



S V P P L I C A T I O N V M
 P R O S I N G V L I S I N A V G V S T I S S I M A
 C A M E R A I M P E R I A L I E X T R A H E N D I S P R O C E S S I -
 b u s e x h i b i t a r u m , a n n e x i s v o t i s a c d e c r e t i s d e s u p e r h a b i t i s , v n ã
 c u m v a r i j s D e c i s i o n i b u s , R e l a t i o n i b u s , D u b i j s , C o n s u l t a t i o -
 n i b u s q u e a d s i n g u l a s C o n s t i t u t i o n e s I m p e r i j p r æ s e r -
 t i m m a n d a t o r u m .

T O M I Q V A R T I
 P A R S P R I M A .

V O T V M I .

In causa primæ appellationis
 L. contra R.

S V M M A R I A .

- | | |
|--|---|
| <p>1 Actorum intellectus quis.</p> <p>2 Nullitas, quin index secunda instantia in hoc casu ad diffinitionem causæ rectè procedere possit, quando & cur non existat.</p> <p>3 Procuratoria cur iusta.</p> <p>4 Ratio, quare causæ determinationi & sententiæ ferendæ nihil obstare putetur, quæ.</p> <p>5 Formalia cur iusta.</p> <p>6 Directam hereditatis petitionem esse institutam, vnde cognoscatur.</p> <p>7 Directa hereditatis petitio quando & cur competat.</p> <p>8 Causa totius negotij circa successionem vniuersalem versatur.</p> <p>9 Regula, potior in gradu, potior est in iure, quando obtemet.</p> <p>10 Hæc actio etiam contra titulum possidentem vniuersalem, locum habet.</p> <p>11 Ius representationis ad nepotes fratrum se non extendit.</p> <p>12 Protestationi super eo quod non apparet, non creditur.</p> <p>13 Paria sunt non esse, & non apparere.</p> <p>14 Protestatio non habentis ius, nil proficit.</p> <p>15 Reus vnde hoc loco vnicè se fundet.</p> <p>16 Consuetudine tales actus tam per se notorij, quàm partium confessione sunt certi.</p> <p>17 Consuetudine & statuto sollemnitas testamentorum minui & mutari potest. Sed & iuri conformes sunt eiusmodi testationes apud acta, num. 18.</p> <p>19 Acta ibi esse intelliguntur, vbi aliquid iudicis auctoritate fit. Nec hoc loco testium assignatio requiritur, num. 20. Comparaturque insinuationi donationis, ibidem.</p> <p>21 Donationes inter virum & uxorem cur prohibita & quando prohibita intelligantur, ibi. num. 22. & quando sit valida, ibid. num. 24.</p> <p>23 Donatio, quæ mutuo fit, non dicitur vana.</p> | <p>25 Conuentio siue pactum inter viuos, si ita fiat, vt altero decedente, alter sua bona habeat, & vicissim, valet idque in coniugibus, quando locum habeat, & quando non, ibid. num. 26.</p> <p>27 Donationis mortis causa principaliter, due species, & quæ.</p> <p>28 Donatio causa mortis, quando dicatur.</p> <p>29 Requisita donationis mortis causa reciproca quæ.</p> <p>30 Obiectiones actorum contra consuetudinem in Bmstatt) quæ & quot.</p> <p>31 Responsiones reorum pro conseruanda dictæ ciuitatis consuetudine.</p> <p>32 Tertij puncti affirmatio.</p> <p>33 Iudices, assessores & arbitri, finito officio, in causâ principali testes satis idonei non sunt, sed suspecti.</p> <p>34 Statuta loquæcia in materia pænali, non sunt extendenda, sed restringenda, idque quatenus obtineat, ibi. n. 35.</p> <p>36 Queritur, an vltra pœnam statuto insertam, venias etiam annullatio actus, de qua statuti verba nihil habeant. Opinio Barto. & aliorum. Item ipsius auctoris quæ. ibid. nu. 37.</p> <p>38 Nomen Amptmanni in testamento nē esse adscriptum, id, cum non sit de substantia inscriptionis, non attendendum.</p> <p>39 Afferenti negatiuam, ad impugnationem scripturæ vel sollemnitatis, incumbit onus probandi.</p> <p>40 Sollemnitate aliqua vbi opus est, presumitur interuenisse.</p> <p>41 In dubio presumitur, Testatorem dispositionem suam iuri municipali conformem facere. Ratio huius quæ. ibi num. 42.</p> <p>42 Omne dubium non interuenta sollemnitatis, tollitur propter antiquitatem, siue diuturnitatem temporis. Ea quæ antiquitate existente, omnia requisita interuenisse presumuntur. ibid. num. 43.</p> <p>44 Factum antiquum vnde colligatur.</p> <p>45 Presumitur ex cursu temporis, testamentum Cardinalis incuria conditum fuisse de licentia Papa. 45.</p> |
|--|---|

- Item consensus Capituli in alienatione bonorum Ecclesie interuenisse presumitur. *ibid.* num. 46. Item presumitur in testamento pralati, consensus Episcopi precesse. *ibidem.* num. 47.
- 48 In dubio pro testamento pronunciatur.
- 49 Notarius sine commissione iudicis, testium dicta & iurata, vt fidem faciant, recipere non potest.
- 50 De probatione facti antiqui, etiam imperfecta probationes valent. Item quanam probationes in antiquis sufficiant. *ibi.* nu. 51.
- 52 Operatio temporis quadraginta annorum qua.
- 53 Effectus verborum enunciatorum & fama quis.
- 54 Probationes imperfecta quandoque probant.
- 55 Iudex diuersis probationibus ad vnum tendentibus, vel etiam singularibus testibus, quando fidem habere potest.
- 56 Singula si non prosunt, cumulata tamen iuuant.
- 57 Dispositio iuris communis, in hoc casu qua.
- 58 Iudici, si coram eo testamentum, vel donatio, vel alius actus insinuat. quid faciendum.
- 59 Testium dicta, cur contra producentes in dubio interpretanda.
- 60 Argumenta que aduersus producentes moueri possint.
- 61 Appellatio in dubio non presumitur deserta. Ratio qua. *ibid.* Nec beneficium appellanti facile auferendum. *ibi.* nu. 62.
- 62 Effectus vnus est appellationis, causam scilicet & eius cognitionem ad superiorem transferre.
- 63 Appellatio licet non teneat simpliciter, in alio tamen tenet.
- 64 In decidendis causis quid faciendum.
- 65 Rationes appellantium, quare reus siue appellatus pro herede inutiliter se gerat, qua & quot.
- 66 Quando locus est successioni testata, cessat successio ab intestato.
- 68 Consuetudine non potest remitti iusurandum.
- 1 **C**onstat ex actis, quod coram inferiore iudice iudicatum, in prima instantia, pro consuetudine eiusmodi iudiciorum, satis stricte & precipitanter, & quidem ore tenus processum esse. Quia tamen actio summarie proposita, & exceptiones, negando narrata, vel diffinendo, per inficiationem, loco litis contestationis obiecta, vt per *Marrant. par. 6. verb. litis contestatio, n. 4. Gail. obs. 73. nu. 1. lib. 1.* vbi dicit communem. Insuper Replicatum, Duplicatum, & Conclusum in causa. Prius tamen probationum facta relatione auff das Gerichtsbuch daselbst. Puto, nullitatem adeo non extitisse, quin iudex secundae instantiae ad diffinitionem causae recte processerit, *Myns. obs. 62. cent. 4.* prout nec in sequentibus duabus instantiis, nullitatem processus vllam video.
- 3 Procuratoria iusta: Non enim obstare puto, quod defuncto appellato *Wendel. Kleinlein. Ramminger* se solummodo legitimauit pro filio & filia, tunc superstitibus ex primo matrimonio (vbi & maritus saltem constituit) pro liberis vero secundi matrimonij Tutores citati non comparuerint. Conclusum enim erat finaliter in causa aliquot annis ante mortem dicti *Kleinlins*. Anno videlicet 72. 20. Maij. Sed is obiit demum Anno 74. Ideoque nihil esse puto, quod obstat & causae determi-

nationi, & sententiae ferendae: praesertim si pro appellatis pronuntiandum fuerit: idque vigore Visitationis Abschieds. Anni superioris 78. Accedit, quod contra dictos Tutores *Russen* ergangen / quod non puto attendi, ideo non faciendam mentionem in sententia, & iam in omnem euentum valida pronuntiandum esse. Formalia iusta: nisi quod secundum terminum, a iudice praefixum, duorum videlicet mensium, ad introducendam appellationem, per *D. Schwarzenberger* vna iuridica serius sunt reproducti. De rigore itaque appellatio pro deserta haberi potest. Cum vero in hac primae appellationis causa, saltem duo ad introducendam appellationem, in altera vero tres sint designati menses, & sic ea inaequalitas minus, quam error scribentis forte praesumi potest. Et eo tempore, Anno videlicet 54. & circa; Procuratoribus in einer *Wirsfrag* vix licuerit ultra duos vel tres recessus habere, id quod *D. Schwarzenberger* testante prothocollo iudicij, in ipsa die finiti termini praeslitit: & statim subsequenti audientia dictos processus reproductit. Quod & aduersarius sufficere arbitratus est, qui se nunquam opposuit, sed ea reproductio, tanquam in termino, & pro stylo iudicij legitime facta, contentus fuit. Tanto minus itaque is defectus obstat, quin causae principalis merita discuti, & pro confirmanda priori sententia examinari possint. *Gail. obs. 137. per tot. lib. 1.* Ideoque iurisdictionem in hoc satis fundatam puto.

Que actio.

Institutam esse petitionem & haereditatis directam, facile intelligitur, tam ex libellis & gramminibus omnium instantiarum, quam ex assertionibus parrium. Ea competit non solum, cum tota haereditas, sed & cum pars eius, licet minima petitur, *l. regulariter. cum l. seq. de petit. hered. l. 2. & per tot. si pars hered. per.* Et licet consequenter, instat Replicae, obiecta sit exceptio annullans & irritans reciprocam donationem siue institutionem: quia tamen in iam dictum finem & effectum, actum & petitum est, attenditur id ipsum, & libellus subsistit, *Abb. ca. 2. de libell. oblat. num. 23. glossa in §. aequ. verb. altius tollendi. ibid. Zas. Instit. de am. Requisitione eius actionis sunt nota.*

An vero probata.

Hic recordandum puto, totius negotij cardinalis nempe & vnice versari circa successionem, quae ius succedendi in bonis dictae *Mergelins* habuerit & sic solummodo de eius hereditate agi. Cum itaque ea decessit sine haeredibus lineae, descendens, vel ascendens, consequens est, vt proximi transuersales admittantur. *Auth. cessante. C. de legit. hered.* Tunc enim locum habet regula potior in gradu, potior est in successione, *tot. tit. Insti. de legit. agn. success.* Cum itaque plerique testium huius causae (quibus ne vnus quidem contradicit) vt puta 1. 2. 3. 6. 8. 9. deponant, saepe dictam *Margaretham* mortis tempore non habuisse proximiores cognatos nostris appellantibus, ipsarum intentio sua data erit, praesertim cum & probatum

barum sit appellantes dictam hereditatem animo adijcti (test. 1. 2. 3. 6. 9.) satis etiam patet ex actis, & confessione partis, Reum, siue Appellatum hereditatem, & in specie domum controversam possidere pro herede. Licet enim iudicialis illa donatio vel institutio reciproca, contractus dici possit, & sic reum possidere titulo: quia tamen etiam eo casu tanquam contra titulum possidentem vniuersali, dicta actio locum habet, vt *Couarru. pract. quest. cap. 12. num. 2. & seq.* non puto insistendum. Deinde quoad dictam proximitatem non refert, quod prima, secunda, & octiuius testes sunt consobrinæ, & patruales: sicque pari gradu distant à Margaretha. Quia eo tempore, quo defuncta est Margaretha, dudum obierat mater & parens dictarum testium, & solus Nicolaus Knesler, pater appellantium, & frater dictæ etiam matris, tanquam proximus cognatus, superstes erat, ideoque remotiores excludebat, per regulam vulgatam: Qui potior gradu potior est in successione. Tali enim casu cum fratribus solùm modo admittuntur filij & filix fratrum & sororum, nec ius representationis se extendit ad nepotes fratrum. *§. si autem cum fratribus, & §. si vero neque fratres. Authen. de heredib. ab intestat. venient. & Authen. post fratres. ibi glossa. C. de legit. hered.* Sic etiam nil releuat iudicialis protestatio Philippi. *§. Holten 17. Mij Anno 57. coram Hoffmeister zu Eydenheim facta vt habent acta secundum instatiam:* Quia sibi & consortibus reseruat contra die Knesler vnd N. N. iura postmodum proponenda. Et si enim hi tertij, sua, si quæ habebant, potiora iura deducere, & se in causa intromittere potuissent: tamen postmodum cessarunt, & post ibidem latam sententiam, nil quidem hæcenus de iure suo, vel docuerunt, vel egerunt, & sic protestatio seu reseruatio nihil operata est, sed euauit, cum allegata iura non extent. *l. si quis legauerit. de legat. 1. ibi Bart. & DD. & not. l. minor. §. fin. de euit.* Non enim debet credi protestationi super eo, quod non apparet. *l. apud eos. C. de fid. instrumen. Wesemb. consil. 6. num. 23.* Et paria sunt, non esse, & non apparere: Sed protestatio non habentis ius, nil proficit. *l. si maior. C. de rescind. vend. l. tutor, de minor. Wes. consil. 58. nu. 26.* Inde concludo, Actionem probatam.

An Elisa.

Hoc loco vnice se fundat Reus, iam appellatus, ex actu illo iudiciali, reciproce donationis, vel institutionis, an vero per modum testandi, vel donationis causa sibi inuicem voluerint, sua relinquere, Wendel & Margaretha, parum referre puto, dum ad effectum eundem vtrunque tendat, sintque tam iure, quam consuetudine tales actus validi. Consuetudine quidem hoc casu per se notoria, quam partium confessione certi, id vndique, perhibentibus actis totius causæ, & singulariter ipsorum appellantium assertionibus, præsertim articulo, 1. 2. 5. 6. 7. 12. 13. 14. 16. Adicionali, primæ appellationis, vbi passim testamenta vnd Bergab/ nuncupant, nisi quod ipsis hoc casu videatur deesse heredis institutio: quæ

tamen si opus esset, forte ex communi forma & stylo eiusmodi iudiciorum, nec non ipsis verbis dispositionis iure æquiualeanti, quæ mutuo institutionem ostendunt, aliquo modo elici possit. Cui nec refragatur seu potius subuenit tenor statuti Spirensis, 17. Ianuarij, Anno 71. producti. Et potest consuetudine & statuto solennitas testamentorum minui & mutari, vt late per Angel. de Cambellio. in tracta de testamen. gloss. 6. Sed & iuri conformes sunt eiusmodi testationes apud acta, per ea quæ ordinarie in leg. omnium, C. de testamen. à Dd. traduntur. Vbi textus habet: *Securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis, aut municipium, aut auribus priuatorum, mentis sue postremum publicauit iudicium.* Et intelliguntur acta ibi esse, vbi fit aliquid iudicis autoritate, Baldus & Iason. in leg. 2. num. 4. C. de eden. l. post gloss. in verbo, actio. Bald. in leg. illud num. C. de sacrosanct. Eccles. Wesenbec. consil. 28. num. 24. Nec requiritur hoc loco testium assignatio. Iason dicit. *leg. omnium. nu. 15. per ibid. allegat.* Comparaturque is actus in sinuationi donationis, gloss. leg. testamentum verb. solent. C. de testamen. Bald. & Dd. in l. i. C. de summa Trin. & si de Cath. Sin vero is casus pro donatione inter virum & vxorem reciproca potius accipiendus: quod & mihi non displicet, causa minus erit dubia: id enim fieri posse, sentit glossa in leg. licet inter priuatos. C. de pact. refert Petrus à Duennas, regula 221. limitat. 1. Licet enim donationes inter virum & vxorem, ne matrimonia sint venalia, & se spolient mutuo amore, iure sint prohibita, leg. 1. 2. & 3. de donat. inter virum & vxorem. Id tamen intelligitur, cum donationes sunt simplices, & non, quando mutuo vel reciproce fiunt. Dd. in leg. si pater puella. C. de inoffic. testamen. Ias. ibid. & Chassan. in consuetud. Burgun. rubr. 4. §. 7. verb. donations. Non enim ea dicitur donatio vana, quæ mutuo fit, ibidem Cassan. num. 2. Quodque inter coniuges donatio, hoc modo facta, si contingat alterum præmori, superstes habeat bona, sit valida, tenet Ias. post Cyn. Bald. Salic. & Modernos, in dict. leg. si pater puella. num. 2. per quatuor rationes. Idque in primis procedere, quando talis reciproca donatio facta est si nul, & eodem tempore, dicit Ias. nu. 7. Et ita tradit Iohan. Pyrrhus in suo tractat. de donatione mutua inter virum & vxorem per totum. Et Tiraquellus in leg. si vnquam, C. de reuocan. donat. Verb. donatione largitus, num. 132. & citra. Licet enim non valeat pactum aut conuentio inter viuos, de hæreditate viuentis, secus tamen, si ita fiat, vt altero decedente, alter sua bona habeat, & vicissim. Idque præsertim in coniugibus locum habet, quando æqualis sunt propætatis: secus, si alter multum senex, alter multum iuuenis. *ibid.* Tiraquell. numero centesimo trigesimo quinto. Quinimo & donatio causa mortis reciproca inter coniuges magis dici potest. Recensentur enim donationis causa mortis principaliter duæ species. Vna quæ fit ab homine sano, qui nullo tenetur mortis vel alterius imminētis periculi metu. Altera vero, ob instans periculum. Sed alterutra harum donationum optime cadere inter virum & vxorem potest

potest, ita vt præmoriēte vna coniuge, cōfirme-
tur donatio, & retrorahatur ad diē donatio-
nis. *text. est in leg. si mortis causa. vltima, sic incipiente. ff. de mort. causa donat. l. si cum vxori, §. final. & duabus legibus sequentibus, de donation. inter virum & vxorem. Roland. in tractat. de donat. causa mortis, rub. 1. num. 5. ideoq; euentualiter in esse producta est, & dicitur vltima voluntas, Guid. Pap. decis. 543. vbi recenset octo genera vltimarū voluntatū, Chassan. in cōsuet. Burg. rubr. 7. §. 5. verb. ne ordinante. num. 3. Rolandin.*

28 in tract. de donat. causa mort. rub. 1. n. 1. Sed q̄ dicatur † donatio causa mortis, quando duo, videlicet præmoriens superstiti faciunt donationem ad inuicem bonorum suorum, tenet Chassan. d. iam §. 5. verb. le testateur, num. 9. post Ioan. Fab. in l. 1. c. de inoff. donat. Cum itaq; talis actus iure sit validus & subsistat, prout & alias donatio omnium bonorum permissa est, præsertim si fiat de bonis præsentibus tantum. *Castr. in conf. 339. circa fin. lib. 1. conf. 75. n. 2. lib. 2. Iohann. à Lupo in repet. rubr. de donationibus*

29 inter vir. & vxor. §. 52. num. 10. Idq; in donatione † causa mortis reciproca inter coniuges, per rationes in dictis locis à Dd. assignatas, præcipue locum habeat: puto, eius insinuationem hoc casu apud acta iudicij factam, ad probandam veritatem actus, eiusque validitatem, sufficere.

Sed iam ad instar Replicæ, quæ summam negotij continet, ab actoribus obijcitur: Primo, † vltra hominum memoriam consuetudine indutum in Umbstatt/quod testamēta vnd Vbergab/cum consensu superioris præfecti in Bruchheim actis iudicij insinuari debeant, & quod venientes contra eam consuetudinem & statuta provincialia, non solum puniantur multa pecuniaria, verum & inde subsecuti actus efficiantur nulli & iniutiles. Secundo consuetudinem esse, vt iudicialiter peratur decretum pro admissione inscriptionis, vnd werde darneben das Bruchheimge/erlegt. Tertio, his ita obseruatis demum fieri inscriptionem, cum specificatione nominis Præfecti, qui cōsensum adhibuit: simul & nominū Schultheiß vnd Schöpffen. Quarto, sed nostro casu inscriptionem non factam cum consensu Præfecti, nec nomen eius insertum actis iudicij. Quinto, non solum das Bruchheimge/erlegt nec secutum esse decretum. Sexto, nomina Sculteti vnd Schöpffen nō adscripta. Septimo, ignotam manum scribentis. Octauo, communem esse apud seniores eius loci opinionem, nisi omnes istæ solennitates obseruatæ reperiantur, inscriptionem nullius esse roboris, sed inualidam.

27 Ad primum & secundum † quod attinet (qui continentur 2. & 5. additionali, item 2. & 7. declaratiuis articulis) asseruntur hi diuersimode à nonnullis testium. Quartus enim dicit, sibi recordari 30. annis ita obseruatū. Quintus, solches sey allererst innerhalb eins Jahrs von den Amptleuten auffgericht worden. Sextus, es sey also gehalten/so lang im gedencet. Septimus, so lang er bey dem Gerichte/bey 40. Jahren/gedencket es also. Octauus deponit de tringinta annis. Nonus dicit, Es sey von Pleickart Landschaden/ Fauch in Bruchheim/

vor 30. Jahren erstlich also der Bewilligung halben geseht worden Et hoc ipsum confirmatur testium dictis ad 4. additionalem. Item sextum & septimum declaratiuum, vbi deponunt 4. 5. 6. 7. 8. 9. testes, tenorem eius mandati siue statuti annuatim esse prælectum subditis, An vero id ipsum eo tēpore, quo reciproce testati sunt Iens & Margaretha, necessario & stricte obseruandum fuerit, non recordantur testes. & sic non probant, eam consuetudinem exiitisse sub id tempus.

Tertius punctus, de expressione nominum, affirmatur per quartum testem; Sed deinde ad 4. 5. declaratiuos, & sextum additionalē dicit, se tanquam Scultetum in Zentern/nunquam aliter audiuisse, quam quod sufficiat, das Schultheiß vnd Gerichte in der Einschreibung geseht werden/ vnd derselben keiner namen in specie zubemennen von nöten sein, verstehe sich/ es sey in Umbstatt auch also Cōcordat quintus testis, Schultheiß zu Steffelt/ sey nit von nöten/ den Juncfern mit namen in specie zuuermelden. Sic & septimus testis, einer des Gerichts zu Umbstatt/ ad interrogatorium quintum, & ad decimum sextum declaratiuum, nescit an specificatio nomūin requiratur. Et licet † sextus testis dicat, se aliter non scire, & quod putat ita fieri, prout tertius & quartus declaratiui continent. Est tamen eius depositio dubia & confusa, aliquando de tēpore viginti annorū, quo ipse fuit ein Gerichtsmann zu Umbstatt/ aliquando de 40. annis deponit: Et tandem ad 16. declarat. se nescire dicit, nunquam enim talem casum contigisse. Cumque ad patrocinandum sententiæ late in Umbstatt/ vbi vnus Iudicij ipse fuit, eius dictum tēdat, si q; magna ex parte singularis, eius dictū non magnificiendum puto. Iudices enim, † Assessores & arbitri, finito officio in causa principali, testes satis idonei non, sed suspecti sunt, tanquam cupidi sententiæ tuendæ in gl. in l. ne arbitris. C. de arbit. arg. l. eos. C. de appellat. c. statutum ibi glossa 2. q. 5. tenet Alberic. de Maletis in tractat. de testibus ca. 4. num. 30. & Nellus de S. Gemimiano, in eod. tractat. p. 1. num. 31. Quod vero (quarto loco) non obseruantes eam consuetudinem & statuta (secundum contenta 8. 9. 10. declarat.) haecenus, & quidem vltra hominum memoriam, & fuerint puniti, & ipse actus pro nullo & iniutiles habitus, non inuenio probatum. Licet enim dictus sextus testis in genere ea vera dicat: tū quandoque præsertim ad 14. additionalē, suam ignorantiam quoad tempus immemorabile fatetur, vnd sey bey seinen Zeiten nit gesehen/ das ein Testament/ ohn Erlaubnuß für vnkreßlich gehalten worden. Septimus testis dicit, octauum & nonum articulos veros, sey also gehalten/ so lang er bey dem Gerichte gewest. Sed postea ad 14. additionalē (sibi contrarius) es hab sich bey seinem gedencen nicht zugegetragen/ daß dergleichen für vnüßlich gehalten worden wehren. Huic (quod videlicet pœna nūquā cōmissa, nec casus vnquā contigerit) concordant omnes fere testes. Sicq; articuli huius puncti non modo non sunt probati, sed & aperte repugnant tenori der Gebott vnd Verbott/ siue Spireu.

rensum statuto, ab ipsismet actoribus producto. Ibi non nisi Schultetis prohibetur, ne in scio prefecto ad acta recipiant die vbergaben / sub pœna

30. *Wundt Heller*: Quæ lex & pœna non nisi eos respicit, in quos, vel quorum intuitu est promulgata: statuta enim † loquentia in materia pœnali non sunt extendenda, vt per *Afflic. decis. 21. nu. 5. Sed & cum à persona ad aliam extensio facienda est, Bolognin. Conf. 42. num. 67. sed refringenda. Wessemb. consil. 6. num. 136. Dyn. Iohann. And. c. odia. de reg. iur. in 6. idque non tantum cum ab vno casu ad alium, vt per *Afflic. decis. 12. num. 5. Sed & cum † à persona ad aliam extensio facienda est, Bolognin. conf. 42. num. 67. Bart. in l. multa. de condit. & demonstr. Bald. leg. 1. in. 3. opposit. C. de his qua pœna nomine, & cap. Hainrichman consil. 1. num. 508.**

- Deinde seposito queritur: An ultra pœnam † insertam statuto, veniat etiam annullatio actus de qua statuti verba nihil habeat? Hic, omissis superfluis, ex doctrina † *Bar. in l. pretor ait. §. 1. nu. 3. de noui oper. nunc. qui distinguit aliquot casus, cū quo transeunt Castr. Imol. Alex. qui ibidem multa ad hoc allegant*: sentiendum puto, hoc casu statutum siue mandatum Spirense, prohibens inscriptionem fieri sub pœna imponenda facienti talem actum, commissa pœna, actum manere validum, & non annullari, idque per rationem *Bartol. in quinto membro dictæ distinctionis*. vbi vult, quando nullitas actus, non eius, cui pœna tantum imponitur, sed alterius præiudicium respicit, tunc actum non esse nullum, per iura ibidem allegata. Et licet *Raphael Cuman.* eam distinctionem *Bartol.* non probet. Sed indistincte velit, actum non annullari, propter impositionem pœnæ, per *l. quamuis. & ibi notat a per Dd. de in ius voc. vbi dicit*: licet libertus incidat in pœnam propter vocationem patroni in ius, tamen non esse, quod ipsa vocatio annullaret; Item, quod debeamus altero esse contenti, vel pœna, vel annullatione actus. Quam opinionem *Lasen ibid. num. 11. amplectendo, dicit optime defendi posse. Tamen in proposito & Bartoli & Raphaelis opiniones conueniunt, vt patet ex iam relatis. Et quidem hæc quaestio tanto minus hic negocij faceffet, cum liquido non cõstet sine præiudicio prædicti, nostram inscriptionem factam esse: sed potius ex actis colligitur, pœnam ob hoc nunquam solutam vel exactam, & consequenter nec commissam, multo minus actum annullandum esse.*

- An vero (quod quinto loco videtur obiectū) inscriptio facta sit irrequisito *Amptmanno*: constat quidem ex copia extracti *des Gerichtsbooks* / ipsius nomen † adscriptum non esse: Sed hoc nõ attendendum, nec esse de substantia inscriptionis, proxime satis ex probatis demonstratum & liquidum puto. Ad requisitionem & consensum *des Oberfauchs* quod attinet, cum eam non esse factam, & sic scripturam non solennem, actores tories asserant, & principaliter ex eo se fundent, probationis onus ipsi vt ferant, conuenit. Asserenti enim † negatiuam, ad impugnationem scripturæ vel sollemnitatis, incumbit, onus pro-

bandi, dicit *Bald. in l. si post diuisionem. 3. notab. de iur. & fact. ignor. per ibid. alleg.* Sed hoc esse præstitum ab actoribus, ex actis nullibi patet. Quin potius ex probatis & adminicularibus præsumptionibus eius contrarium magis elici potest, (posito etiam, tunc temporis, Anno videlicet tertio, illam consuetudinem siue statutum certo extitisse, de quo tamen non constat, & sic superfluum esset, multa de consuetudinum materia mouere) Vbi enim † aliqua sollemnitate opus est, præsumitur ea interuenisse *Bal. in l. cum virum. num. 7. versic. hoc sequitur. de fideicommiss. notatur in leg. sciendum de verb. obligatio.* Et in specie dicit *Alexand. consilio 15. num. 47. part. 4.* In dubio † præsumi, testatorem suam dispositionem iuri municipalium conformem facere, late *las. consilio 1. num. 41. lib. 1.* Idque præcipue † propter antiquitatem siue diurnitatem temporis, qua tollitur omne dubium non interuentæ sollemnitatis: ea enim † antiquitate existente, omnia requisita interuenisse præsumuntur, notatur in *cap. sicut. de re iud. & dicta. l. sciendum. de verb. oblig. Dec. consilio 409. n. 7. Alex. consilio 1. num. 1. 20. lib. 4.* Et intelligitur † factum antiquum (quod est 40. annorum) auctoritate & decreto Iudicis *Alexand. consilio 79. num. 5. Ancharan. consilio 136. num. 2. Alexand. conf. 45. num. 9. lib. 3.* Ideoque etiam ex cursu temporis † præsumitur testamentū Cardinalis in curia conditum fuisse, de licentia Papæ: Et cõsensus † capituli in alienatione bonorum Ecclesiæ interuenisse. *Dec. d. conf. 409. num. 1. 2. Aym. Crauet. de antiqu. tem. libr. 3. num. 30. 31. §. vidimus. & serè per totum eum librum.* Sic in testamento † prælati præsumitur consensus Episcopi præcessisse. *Gabr. libr. 1. de præsumptionibus. conclus. 1. n. 7.* In simili consuluit *Zaf. consilio 1. nu. 38. & seq. libr. 1. Grammat. decis. 79. n. 2. & Dec. ibid. allegat.* Quia in dubio † pro testamento pronuncianum, vt per *Wesembec conf. 75. nu. 46. 47. Bartol. in d. l. testamentum. ibi additiones. Verb. testamentum. C. de testam.* Et Licet Notarius † sine cõmissione Iudicis testium dicta & iurata, præsertim die non iuridica, recipere non possit, vt fidem faciant, *Iohann. Crotus in tractat. de testib. part. 7. n. 36. & in addit. ibi. in verbo, Notario.*

Tamen prædicta præsumptio sollemnitatum interuentarum, accedentibus alijs adminicularibus circumstantijs aliquo modo iuuatur extraiudiciali hac licet alias, vt dictū, inualida testium depositione, (debuerat enim *Lenz* per cõmissionem ad futuram memoriam eos facere examinari, sed rustico errore putauit idem esse) præsertim cum hic de probatione facti † antiqui agatur, vbi etiam imperfectæ probationes valent, *Zaf. conf. 5. lib. 1. num. 2. & conf. 15. num. 3. lib. 2.* & est generalis conclusio, † quod in antiquis probationes leuiore & faciliores sufficiant: item sufficit & probatio per indicia & coniecturas, nec non præsumptiua & adminicularis, multa allegat *Aym. Crauetta de antiqu. temp. part. 1. num. 30. 31.* Licet autem tempus quadraginta annorū à plerisq; nõ dicatur de antiquo, vt sufficiat in materia probationis, operabitur tñ † tale tēpus, vt facili⁹ habea-

tur plena probatio: Ideo licet verba † enuncia-
 53 tiua, aut fama non bene probant post tempus
 quadraginta annorum, probabunt tamen ali-
 quid, & plus quam semiplenè, latè *Crauet. d. tract.*
 54 *part. 1. nu. 5.* Quodque † imperfectæ probationes,
 iunctis coniecturis, non tantum adminiculen-
 tur, sed probent, multis autoritatibus deducit
Zaf. in d. consil. 5. nu. 16. Et *Gabr. Commun. conclus. verb.*
probatio conclus. 1. nu. 34. 35. Et potest iudex † diuer-
 55 sis probationibus, ad vnū tendentibus, vel etiam
 singularibus testibus fidem habere, si ex illis in
 credulitatem ducitur, dicereturq; captiosus Iu-
 dex, qui hisce non crederet, refert ex *Socino. Ca-*
strensi, Bartolo & Alexandro Zaf. consilio 1. n. 24. lib. 1.
 Quod vero præsumptioni, quæ resultat ex actis
 instantiarū, & libro iudicij, vel actis, sit standum,
 accordent duo hi testes instrumentati, hisq; opi-
 tulentur non puto esse obscurum, iurati enim de
 sua præsentia, cum certa causa dictorum, verifi-
 milia, de consensu & præscitu des̄ *Sauths* / alijsq;
 circumstantijs concorditer deponunt. Quæ
 56 itaque † singula si non prodesse, cumulata ta-
 men iuuabunt *Wesemb. d. consil. 75. nu. 46.*

Deinceps, cum sexta obiectio, quæ consistit
 super mera negatiua, videlicet, nō esse depositam
 pecuniam (dictam *das Brthelgest*) nec ad peti-
 tionem pro more fiendam, interpositum decre-
 tum scabinorum (inquam) non sit probata, sed
 nude ex litera inscriptionis allegata: Arbitror, ex
 iam præmissis satis liquere, longe validioribus
 præsumptionibus & argumentis, quam vt appel-
 lantes prætendunt, etiam hanc partem obiectio-
 nis dilutam esse.

In primis vero cum ex actis nullibi constet nec
 probetur, talem solennitatem, vi certæ consue-
 tudinis nempe inscriptionis, eo loci viguisse, id-
 57 eoque dispositioni † iuris communis insistendū,
 quæ est, quod in tali donatione, eiusque insinua-
 tione, iudiciali non requiratur, vt Iudex aliquid
 decernat, etiam parte non citata, *Gab lib. 2. verb. ci-*
ratio. conclus. 1. limit. 41. num. 398. & sic non requi-
 ratur decretum Iudicis. Quando enim testamen-
 58 tum, † vel donatio, vel alius actus insinuatur co-
 ram Iudice, non est necesse, quod aliquid Iudex
 dicat vel faciat, sed sufficit, quod eo præsentē fiat
 scriptura in actis, per ea quæ allegat *Iaf. d. l. omnium*
4. C. de testam. Idque tum maxime, cum tempore
 donationis nulla fuit controuersia vel contradi-
 ctio, & sic non constat, quod tum quis se oppo-
 fuerit *Iaf. d. iam loco & cons. 51. col. 2. vol. 1. Gabriel late*
lib. 3. verb. Donatio. concl. 1. num. 50. & seqq. Et posi-
 to, quod dicta consuetudo satis probata esset, ta-
 men potius interuentio vel obseruatio sollenni-
 tatis, quam omissio præsumenda foret, per supra
 dicta.

Huc etiam id, quod septimo & octauo loco
 de specificatione hominis, & manuscriptoris (de
 quibus æque nil extat in *d. libro.*) obiectum est,
 breuitatis studio refero.

Quod vero tandem à nemine hominum ali-
 ter vnquam visum, nec à seniorioribus & præ-

decessoribus dici auditum, quam quod vltra
 tempus immemorabile, ita vt appellantes asse-
 runt obseruatum, alias actus pro nullis semper
 fuisse habitos, &c. Susceperunt in se huius
 puncti probandi onus Appellantes, prout & alias
 tale tempus de cuius initio memoria non extat,
 probare debet is, qui suam inde fundat intentio-
 nem *Curt. Iun. consilio 90. in fin.* communem dicit,
 & refert *Villalob. lit. T. numero 15.* Sed eam probatio-
 nem posse fieri per testes, non ambigi puto (li-
 cet quoad scripturas & instrumenta, diuersum
 statuatur) ita tamen, vt eiusmodi testes deponat,
 quod toto tempore eorum memoriæ vsque in
 præsens tempus ita sit, & sic audiuerit à suis maio-
 ribus, qui maiores etiam à suis maiorib. prius au-
 dierant: & quod communis opinio ita sit & fue-
 rit, & quod nunquam viderint aut audiuerint
 contrarium. Hanc communem esse Doctorum
 opinionem, dicit *Balb. de prescription. 2. part. prin-*
cip. quest. 6. num. 24. Gabriel. lib. 5. verb. prescriptio. con-
clus. 1. num. 81. vbi latissime. Quamuis autem sentiāt
 sufficere probationem famæ tantum, vel quod
 communis sit opinio, memoriam in contrarium
 non extare, per plura allegata per *Gabriel. in iam ci-*
tato loco. tamen omnia testium dicta si discutiam
 & perpendam, non inuenio, vnum vel alterum
 dictorum modorum probandi tale tempus im-
 memorabile sufficienter præstitum. Articulos e-
 nim ad hoc destinatos, nempe 4. 5. 6. & vltimum
 generalem, Additionales: 9. 10. & 16. declarati-
 uos, plerique testium se ignorare fatentur. Nec
 puto sufficere, quod sextus & septimus testes di-
 cunt, aliter se non audiuisse. Nondam enim per
 hoc satisfit vni ex supra dictis modis, præsertim
 cum hi testes in suis depositionibus sint varij &
 suspecti, suamque, & à se in priori instantia sen-
 tentiam latam, tueri satagant. Nec vnus quidem
 reperitur, qui vltra memorialem & conformem
 obseruantiam, quoad annulationem actus, affir-
 met, sed imo contrarium potius non obscure te-
 stentur, vt supra ostensum, quo me refero. Acce-
 dant quorundam assertiones, dicentium: *Wor*
Jahren sey es liederlich vnnnd schlechẽ zugangen/
nachmals Enderung vnnnd Besserung angerichte
worden. Ein Amp: mann machts anders dā der an-
der: c. (vt puta testes 4. 5. 9.) Hinc igitur constat,
 depositiones & dicta testium assertioni partis
 male conuenire, Quæ dicta appellantes impu-
 gnare non possunt, cum ab ipsis sint producti &
 approbati. Quinimo contra ipsos in dubio inter-
 pretanda, iuribus vulgatis, prout & tertius testis,
 ex actis & probatis, multis rationibus erroris cō-
 vincitur qui & singularis est. Huius enim † testis
 depositioni aduersatur: Primo, *das Gerichts buch,*
 Secundo, consuetudo loci cum alias habuisset
 vsum fructum, & sic frustranea fuisset inscriptio.
 Tertio toties, quoties iterata præstatio des̄ *denck-*
fers. Quæ omnia sunt facta, antequam hic tes-
 tis famulatus est dicto *Lenzen.* Quarto, post obi-
 tum *Wergeleins* coram *Gerichte zu vmbstatt* data
 acta & sententia, vt secundæ appellationis. Quin-

to, testamentum Elisabethæ. Sexto, refectiones domus & meliorationes fundorum, vt per testes.

Omissis itaque & alijs nonnullis argumentis, quæ ꝑ moueri huc possent, vt puta. An non Iudices à quo, loco Domini Episcopi, tanquam auctores dicti statuti, habendi sint legitimi eius interpretes. Deinde de diuerso eius vsu, cui & ipsi renunciarunt, non constat, nec probatum. Item An non dictum Dorff vnd Gerichtsbuch ad Curiam Episcopi translatum, inde se Iudices, neben dem Landfauch informando, sententiam statuto & consuetudini prisca temporis conformem tulisse præsumantur. Item, sicut statuta & consuetudines diuersimode causantur, nec sunt hoc casu confundendæ: An ex hoc appellantes aliquo prætextu se fundare possint, cum de probatione neutrius, prout asseritur ex actis, constet. Item, an videatur necessarium esse, vt ex officio iniungatur reproductio des Dorffbuchs. Siquidem non tantum in priori, sed & hac instantia 25. Augusti Anno 63. in originali exhibitus est liber, cuius extractum apud Acta per Lectorem collationatum & subscriptum habetur. In qua editione non animaduersi sunt eiusmodi defectus qui reputati sunt aliqua nota digni. Nec postmodum tales sunt allegati ex aduerso, vt verisimilis fraus & suspicio præsumi possit. Sed mihi nõ displicebit, quicquid Dominis in hoc puncto visũ fuerit.

Concludo tandem, Actionem quidem, exceptionibus. Reorum siue Appellantum elisam, eas vero per ea, quæ Replicæ loco obiecta sunt, minime subuersas esse. Ideoq; pronuntiandũ, in priori proxima instantia bene pronuntiatum, & male appellatum. Cumque ego appellationis desertionem non attendam, nec appellantes temere vel litem mouisse vel appellasse putem, ex his & alijs nonnullis causis expensas compensabo, Saluis votis Dominorum.

Secunda Appellationis.

Procuratoria iusta, quæ ita se habent, vt in primæ appellationis causa ostensum, Nec formalia deficiunt. Nulliter in prima instantia processum, ideoque ea acta postmodum recte cassata & annullata existimo. Licet enim videri posset, appellationem à prima sententiã lata zu Umbstatt, pro deserta fuisse habendam, dum ex actis non satis liquet, quando ea post interpositionem demum introducta sit. Et in puncto nullitatis non potuisse pronuciari, propter desertionem. Post interpositam enim appellationem fere toto anno cessauit appellans, nõa introducendo appellationem, & sic se arctando. vt impossibile fuerit, intra annũ prosequi & finire appellationem. Et constat, plerunque Consistoria Principum breuiorem habere terminum, sex mensium: & audiam in specie quod hoc loco zu Eudenheim von einem Hoffgericht zu dem andern debere anhengig gemacht werden. Tamen Iudidem secundæ instantiæ recte & non nulliter processisse puto: siquidem ex actis de ea desertione liquido non constat: imo à partibus nunquam reuocata est in

dubium. Habent quoque acta, 19. Maij Anno 50. omnium primo litem cœpisse, & dum aliud tempus vltius nõ exprimitur, innuunt, eadem die, qua proposita est actio, simul fuisse definitiue pronuntiatum. Deinde dicunt Acta, quod destinatus sit terminus, nach dem die Appellation angebracht vnd pro edendis actis compulsoriales erlangt: quo termino, videlicet 11. Aprilis Anno 51. producta esse acta, & super nullitate processus querelatum. Et sic puto, introductionem appellationis non ad hunc vsque terminum dilatam, sed intra tempus latæ sententiæ, & propositæ actionis nullitatis, vt decet, prosecutionem, imprimis cum non sit opposita nullitas à parte, esse factam. In dubio enim ꝑ appellation non deserta præsumitur *Castr. in l. i. num. 4. si quis cautio. iud. sibi cau. fact.* quia, inquit, hoc minus videtur partibus præiudicare: Ideo debet Iudex in dubio pronuciare, non esse desertam: *Dec. consilio 83. num. 7. & consil. 445. nu. 45. Vant. tit. quib. mod. sent. null. & c. nu. 128.* Nec facile ꝑ beneficium appellanti auferendum, *Dec. consil. 356. nu. 1. Wesemb. consil. 43. num. 162.* præsertim hic vbi de introducendæ appellationis termino, vel Iudicis, vel statuti, nil constat, & firmus in dispositione iuris communis, vbi datur annus. Vide *Guid. de appell. fol. 38. Marant. fol. 601.* quia aliud esset in causa appellationis ad Cæmeram factæ, vbi locum habet *Ordinatio. tit. 30. de sex mensibus.* Et licet dicto tempore & termino, super nullitate tantum sit actum, nullitas vero non, sed grauamen duntaxat per simplicem appellationem deuoluatur: quia tamen appellatum à definitiua, nullitas etiam tacite dicitur deuoluta, adeo vt super ea cognosci possit. Is enim ꝑ est vnus effectus appellationis, scilicet causam, & eius cognitionem ad superiorem transferre, vt per *Innoc. in c. dilecto. nu. 2. ante finem de appellat. Guid. Pap. in tractat. de appellat. nu. 37. Petr. Iacob. rubr. 43. nu. 40.* dicit: Licet appellatio ꝑ non teneat simpliciter, at tamen tenet in hoc, quia Iudex ad quem appellatum cognoscet incidenter in causa appellationis de nullitate. Non itaque puto, Iudicem secundum pronuciando super nullitate, & partes admittendo, vt de nouo agant, vltius procedendo nullitatem commisisse: prout in decidendis ꝑ causis non debemus de huiusmodi nullitatibus nimis esse solliciti, sed magis curare, vt finis litibus imponat, vt per *Gail. obseru. 42. n. 5.* Nullitates itaq; in duabus recentioribus instantijs nullas esse dico.

In actionis genere proposito non discrepant causæ vtriusque appellationis, nisi quod hic totalis, ibi vero ad partem hæreditatis petitio instituta est. Probationes Actorum siue appellantium hic non meliores sunt prioribus, imo non æquabunt eas, cum sint infirmiores. Rei & appellati nituntur iisdem fundamentis & probatis. Ideoque non minus hic elisa actio, quàm in præcedenti causa, eaq; late iura relata iterum deducere superfluum puto, nec conuenit. Ideoque huc refero omnia motiua & argumenta, quæ in præcedenti causa primæ appellationis sunt adducta, cum vtraq; ex eodem

eadem fonte descendat, eodemque iure dependat. Et concludo per omnia pronuntiandum esse, vt ibidem.

Saluis votis Dominorum.

D. N. In prima causa appellationis, nullitates nullæ. Formalia. Præstitatus fuit Appellanti-
bus terminus duorum mensium, quod cum & iure communi, & propter ordinationem præcise sit seruandum, alias pro deserta habenda appellatio: Deserta ideo esse dicendum hanc causam. Sed non putat attendendum hic, quia proximam sententiam à qua sumus confirmaturi, *Myns. obser. 60. cent. 2. Gail. lib. 1. obser. 137. num. 2.* Actio vt referens. Sed appellantes ab intestato sibi ius cõpetere in domum relictam à Weichen Wergel, sua cognata prætendunt: Item Reum siue appellatum pro hærede inuuliter se gessisse contendunt
66 Propterea ꝑ quod dispositio illa facta von dem Gericht: (neque enim testamentum proprie dici potest, cum desint solennitates, præsertim hæredis institutio) nullam vim habeat, vt puta, quia consensus desj Fauths am Brurheim non præcesserit: Item quod non fuerint adscripta nomina desj Schultheissen vnd Schöpffen: Nec constet, à quo illa dispositio siue gemacht sit ad acta publica delata. Quare ea dispositione non subsistente, Reum frustra putare se hæredem esse & ideo pro hærede se possidere. *pro hærede de petri. hæred.* Quod si ita esset, probata consisterent requisita. Sed quoad posterius, pro herede scilicet, tantum sine titulo Reum dicta bona possidere, longe secus se habet, vt ex eiusdem replica constat, qua eliditur intentio Actorum. Nam quamdiu ꝑ locus est
67 successioni testatæ, cessat successio ab intestato. *quamdiu de reg. iur.* Ac Reus quidem, illam inscriptionem in Acta factam esse Anno 3. probasset, si non examen duorum testium esset validum. Nam aut (sed vix sustineri possunt) testes ante depositionem iurarunt, vt non gl. & *Dd. c. iudices. C. de offic. deleg. l. omnes ibi Bal. c. de feriis. Worms. lib. 1. de testam. obs. 2.* Nec potest consuetudine ꝑ remitti iusiurandum. Verum etsi nulla ratio habeatur eius examinis, tamen sufficit inscriptio: & non probatur, eam solennitatem tunc fuisse requisitam, sed potius contrarium ex testibus liquet, quia paulatim emendata: & præsumitur magis pro, quam contra scripturam eam: habet enim speciem publicæ scripturæ. Eodem facit, quod Iudices secundæ instantiæ pro illa scriptura pronuntiarunt, & Iudices primæ instantiæ male iudicassent. Ac cum ipsi librum inspexerint; ideo argumento est, eas solennitates tunc non fuisse receptas. Putat, quod dicta dispositio pro valida habenda. Inde infert, non esse dubium, quin secundum testamentum, quod solenne est, valeat. Verum Reus institutus hæreditatem eam iusto titulo acquisiuit & possidet: Quo fit, vt intentio actorum sit elisa. Ideo pronuntiandum, in nechst vergangener Instanz bene iudicatum. male appellatum. Expensas, quia causam videantur Ap-

pellantes litigandi habuisse, vult compensare.

In causa secundæ instantiæ per omnia, vt supra.

D. N. Causam putat desertam, vt per *Gail. obser. 140.* Quia tamen Iudex pronuntiare potest, vbi prior cõfirmanda est, *Gail. obser. 137.* Ideo vult & in hac causa pronuntiare. Quandoquidem vero à referentibus fuse & late merita & requisita causæ & actiones, non solum primæ, sed & secundæ Appellationis discussa sunt, & ipse sit eius sententiæ, plane concludit cum illis, addendo, neq; Actionem per Replicas Reorum esse elisam. Expensas vult compensare.

D. N. Ex rationibus & iurium fundamentis à Referentibus adductis, sentit in vtraque causa pronuntiandum, vt per ipsos. Expensas omnesat.

D. N. Quia causa tota per Referentes discussa & percursa, etiam obiter, quæ incidere videbantur, diligenter agitata & remota, ne actum agat, illis simpliciter accedit:

D. N. similiter cum Referentibus, propter consuetudinem allegatam non probatam tempore testamenti contra Appellantes pronuntiandum putat compensatis expensis.

Sententia.

In sochen der Kneller/ Appellanten/ eins/ wider den Wendel Reinlein. Jesu dessen Erben vnd deren Vormünder / in actis benannt/ Appellaten andern Theils/ primæ Appellationis. ist allem fürbringen nach zu Recht erkannt/ daß durch Richter nicht vorgehender Instanz wol gehandelt/ vbel davon appelliert. Die gerichtskosten gegen einander auß bewegenden Ursache compensirendte vnd vergleichendte.

In causa secundæ Appellationis, per omnia in eadem forma.

V O T V M II.

In causa

Episcopi L. Appellantis

Contra.

A. de la V. & filios.

S V M M A R I A.

- 1 Appellationis remedium non ad defensionem iniquitatis, sed ad præsidium innocentie institutum est.
- 2 In Camera quando libello appellationis, siue grauaminibus reiectis, causa pro conclusa acceptatur, & diffinitiuè pronuntiat, idque in alijs obseruatur. ibi num. 3. 5. 6. & 7.
- 3 Semel capitulatum vel interrogatum, non vltius est capitulandum siue interrogandum.
- 8 Cur obiectio Appellantis iam non habeat locum.
- 9 Exceptio non infringens sententiam, obijci potest etiam post sententiam.

CVM appellationis ꝑ remedium non ad defensionem iniquitatis, sed ad præsidium innocentie institutum sit. cum speciali. S. porro. de appell. c. ad nostram ibi gl. eod. tit. Ideo tam ius commu-

ne, quam ordinario permittit, sicq; receptum est
 2 frequenti vlu Cameræ, † vt non nunquam libello
 Appellationis, siue grauaminibus reiectis,
 3 causa pro conclusa acceptetur, & definitiue pro-
 nunciatur. Idq; inter cætera † attenditur, quan-
 4 do grauamina nil noui continent: quod enim se-
 mel capitulum † vel interrogatum, non vlterius
 capitulum vel interrogandum est. Sic etiam
 5 iam quando † libellus appellationis, per omnia
 conuenit cum libello & actis primæ instantiæ,
 causamque non plenius instruit. Sed est mera re-
 6 petitio priorum articulorum. Similiter cum † ar-
 ticuli grauaminum continent materiam ad cau-
 sam impertinentem, ita vt, licet probata esset, ta-
 men nil releuaret, per iura adducta à Gail. *obf.* 128.
 7 *lib. 1. per tot.* Denique idem † attendi posse puto,
 quando ex antiquo facto non dependentia &
 connexa, nec ad decisionem causæ utilia, sed so-
 lummodo iuris articuli ex priori facto inducun-
 tur. Lectis itaque grauaminibus, tam prioris in-
 stantiæ, quam præsentis, vidi & aduertit, iam ad-
 ducta in effectu plane eadem esse cum prioribus,
 nisi quod iam additur, Comitatum Loffensem
 (imo Episcopatum Leodiensem) ex cuius per-
 tinentijs redditus annuus distractus est, Imperij feu-
 dum esse: Inde non potuisse absq; Domini con-
 sensu & iuris requisitis alienari: Cum tamen is
 punctus, posito quod verus sit, in iuris decisio-
 ne consistat, & non ex facti probatione depen-
 deat, ideoque decidendus, non probandus veni-
 at. Deinde prætenditur, iam actricem, eiusq;
 prolem tanquam hæredes præmortui Iohannis
 Henrici Decani, &c. qui fuit patruus dictorum
 hæredum, ratione officij teneri in residuo, ad
 maiorem summam, quam petitur, quæ compen-
 sanda foret, in euentum, si deberet Episcopus
 soluere. Cum tamen certum sit, quod hæc obie-
 8 ctio † iam locum non habeat, tum quod in vim
 reconuentionis obijcitur, & male, per iura, vt
Marant. par. 4. distinct. 6. nu. 15. Tum quod, licet et-
 iam in Appellatione compensatio locum ha-
 beat, *l. 1. §. fin. que sent. sine appell. rescind. habetur c. fin.*
 9 *de appellat. in 6.* Quia exceptio, † non infringens
 sententiam, obijci potest etiam post sententiam
l. peremptorias. c. sentent. rescind. non posse. allegat Innoc.
in c. cum dilectos. de ord. cognit. Tamen compensatio
 hic obiecta, est illiquida, ex parte obijcentis, nec
 habet promptam probationem que facile sui exitum
 præster, sed altiore requirit indaginem. Et
 supra dicta possent habere locum, si per confes-
 sionem actricis, vel alias liquide de debito con-
 staret: *Marant. par. 4. dist. 6. in princip.* Hoc vero ca-
 su in prioribus instantijs de hoc iure compensa-
 tionis vel debito dicti Decani, nunquam cogita-
 tum fuit, quod nunc calumniæ suspicionem mouet,
 quod in referendis id non tantum negatur
 sed & super iniurijs protestatum est.
 Quin obstant aperte extractus rationum red-
 ditarum statui Ecclesiastico separatim, & deinde
 ipsi Episcopo & similibus statibus ab ipso Ioann.
 Henric. qui redditus rationibus fuerint contenti,
 & loco honorarij aliquid remiserunt, An. 59. &

sic longe post emptos redditus, & receptas contri-
 butiones expeditæ sunt rationes d. Henrici.

Denique in 33. additionali obijcitur: Reditus
 non esse emptos ad ratam viciesimi denarij, iuxta
 constitutionem Caroli V. &c. Sed & hæc excep-
 tio in iuris decisione consistit, quæ definienda
 erit in causæ meritis, nec probationem forte re-
 poscit. Ideo cō. ludo, grauamina hæc nō esse qua-
 lificata, vt admitti ad probandū debeant, sed vt in
 eausa nō obscura, bono officio Iudicis lis præci-
 datur, & reiectis articulis, definitiue pronuncietur.

Salus. &c.

D. N. Correferens cum Referente.

D. N. Pariter: Sed compensationem non ha-
 bere locū in Appellatione, allegat *Gail. in 2. li. &c.*

D. N. Similiter. Vt & reliqui.

V O T V M III.

In causa

Episcopi L: Appellantis

Contra

Annam de la V.

S Y M M A R I A.

- 1 Nullitas processuum & iudiciorū præcedentiū in gra-
uaminib. huius tertie partis obijcitur duplici modo.
- 2 Iudices seculares non habent cognitionem super
spiritualibus rebus & personis.
- 3 Exceptio nullitatis, quando ex defectu iurisdictionis
venit est attendenda.
- 4 Processum recte & legitime coram prioribus iudici-
bus fuisse captum, ex quibus colligitur.
- 5 Si natura causa, vel alia ratio facit, vt negotium a-
pud Episcopum decidi nequeat, tum per ciuilem pro-
cedit Iudicem.
- 6 Bona immobilia non sequuntur conditionem personarū,
sicut mobilia.
- 7 Exempla huius rationis ibidem inueniuntur sub n. 7.
- 8 Agens reali, potest conuenire vbi res est, licet ibi fe-
rum non habeat reus.
- 9 Felini opinio de hac materia. ibi. nu. 9.
- 10 Principalia siue Stirftliche & prophana bona, & si-
iusmodi causa tam spiritualium, quam secularium
Principum passim in imperio in iudicijs politicis
terminantur.
- 11 Iurisdictioni quando regulariter prorogatur.
- 12 Recusatio Iudicis ex causa suspicionis, debet esse prima.
- 13 Iurisdictioni Iudicis secularis in spiritualibus, non sacra-
ment alibus (qua ibid. videnda) prorogari potest.
- 14 Iudex ex certis coniecturis & presumptionibus exce-
ptionem nullitatis malitiose, ob differendam execu-
tionem, oppositam, ex officio reijcere potest.
- 15 Nullitatem & defectum iudicis malitiose obijcens,
quasi calumniosus repellendus est.
- 16 Contentio si est inter vasallū & extraneū, tunc causa
actiue & passiue corā Iudice ordinario ventilanda.
- 17 Actor regulariter Reisorum sequitur, si super feudis
pignoratione agitur.
- 18 Absolutoria in vna lata, parit rei iudicata exceptio-
nem in alia.
- 19 Dominus census seu redditus actionem realem & per-
sonalem simul, contra principalem & eius hære-
dem intentare non potest.

B

CU

- 20 *Cumlatio hypothecaria & personalis simul admittit.*
- 21 *Satisfactio debiti liberatur pignus.*
- 22 *Requisita praecipua quasi Seruiana siue hypothecaria, & actiones ex empto, qua.*
- 23 *Episcopus siue Prelatus, praemisso tractatu Capituli, eiusque consensu praexistente, ob repentina pericula, sine praesitu vel indultu Romani Pontificis, legitime res ad mensam Episcopi destinatas, pro reditu empto hypothecare potest.*
- 24 *Necessarium vix dici vel imaginari potest, quod non simul & vtile contineat.*
- 25 *Elisio in hoc voto, in quibus principaliter consistat, hoc loco demonstratur.*
- 26 *Comitatus Loffensis cum pertinentijs est feudum imperij.*
- 27 *Bona Ecclesiastica quando obligari possint.*
- 28 *De duobus principaliter hoc loco quaestio instituenda, & qua illa.*
- 29 *Ecclesiasticarum omnium rerum, tam temporalium, quam ad Ecclesiam spectantiu, alienatio prohibita est.*
- 30 *Verbi (alienationis) extensio qua.*
- 31 *Ecclesiasticarum rerum alienatio vt valide fieri possit, duo requiruntur. Quibus non obseruatis contractus erit nullus ibid. n. 12.*
- 33 *Quoad formam, de rebus Ecclesia alienandis, qua requirantur.*
- 34 *Causa alienandi vnde principaliter dependeat.*
- 35 *Solennitates, quando de euidenti necessitate Et c. sic constat, adeo stricte non exiguntur.*
- 36 *Vrgente necessitate facilius quid fieri permittitur, quod alias vix licet.*
- 37 *Prin. eps tempore belli, quod illi infertur, cur statim indicare possit contributiones.*
- 38 *Ecclesiastici, cum regulariter a solutione collectarum sint immunes, quandoque tamen cum alijs contribuere tenentur. & nu. 61.*
- 39 *Pralato aut ciuitati pecuniam creditam, in eorum versam vtilitatem ad probandum, sufficit, si contractus tempore pecunia indiguerit.*
- 40 *Creditor tantum in casu mutui probare tenetur, pecuniam conuersam esse in vtilitatem Ecclesia.*
- 41 *Effectus huius alienationis in hoc casu vel contractu quis.*
- 42 *Effectus alienationis rei Ecclesia, de iusta causa facta quis.*
- 43 *Solennitates non sunt introductae, vt Ecclesiasticis alios decipere permittatur, sed duntaxat, ne Ecclesia decipiatur.*
- 44 *Subitanea irruptio vbi sit, non occultanter & secure de sufficiente necessitate, & c. deliberandum. Ipsius belli praesentia, & armorum fremitus necessitatem publicam & inuitabilem facit, ibid. n. 44. 45.*
- 46 *Propter casus emergentes receditur a solitis, & transitur ad insolita. Ratio qua ibi.*
- 47 *Principis reditus & thesaurus pro locupleti, quando habeatur, & quare.*
- 48 *Minus est habere actionem, quam rem.*
- 49 *Iura non praesumunt, principem promptos & sufficientes habere thesauros, ad sumptus bellicos faciendos.*
- 50 *Forma & solennitas in alienandis & obligandis Ecclesia rebus, duplici respectu adhibenda.*
- 51 *Alienandi causa si est euiaens & in Ecclesia rem & vtilitatem cedit, tunc re ipsa solennitatis & forma iuris effectus habetur.*
- 52 *Horum probatio qua.*
- 53 *Pupillo vel minori, vindicanti fundum ab eius tutore sine decreto venditum vel obligatum, quando & cur obstat exceptio doli.*
- 54 *Occasio iuris non debet trahi ad iniquum dependium.*
- 55 *Ecclesia ex contractu nullo, vel non rite facta, tenetur, quatenus locupletior facta.*
- 56 *Tempore belli, ob imminentem necessitatem multa licent, qua alias sunt illicita: ita vt & tunc res Ecclesia, inconsulto summo Pontifice, alienari possint. ibid. num. 57. Ratio eius ibidem subnectitur.*
- 58 *Necessitas legi non subest, sed omnibus dominatur.*
- 59 *Necessaria venditio, generaliter non continetur in prohibitione alienationis. Et lex in alienatione rerum Ecclesiasticarum, pro homine interponit suum decretum. ibi num. 60. Ratio eius ibidem. & nu. 61.*
- 62 *Solennitas remittitur, vbi res celeritatem exigit.*
- 63 *Necessitas est ex lex & legi non subiacet.*
- 64 *Iuramentum ab Episcopo praestitum, quod inconsulto Romano pontifice, res Ecclesia alienare nollet, quomodo intelligendum, & in quibus casibus.*
- 65 *Suspicionis purgationes qua.*
- 66 *Probationis necessitates qua.*
- 67 *Collecta pro stipendijs militum conductorum contra hostes patriae paratam habent executionem, secus vero est in collectis, ratione onerum praeteritorum.*
- 68 *Quaeritur, an contractus praedecessorum obliget successores. Affirmamus. ibid. num. 69.*
- 70 *Pralatus si rite contrahit, Ecclesia ipsa contrahere dicitur.*
- 71 *Succesor quare bene gesta praedecessoris sui ratificare obstringitur. Item conuentiones cum principe vel pralato, nondum impletae, per successorem adimplenda sunt. ibi. nu. 72. Quinimo successores ad dignitatem non per successionis, sed electionis viam venientes, gesta & contractus decessorum seruare & approbare debent. ibi. nu. 73.*
- 74 *Dignitas Episcopalis, & c. sicut & Vniuersitas & Respublica regni, non moritur. Nec heredem, quia in semetipsa semper viuit, habere dicitur.*
- 75 *Distinctio, An succesor Principis qui pecuniam mutuam accepit, ob honorem suum, aut ob aliam suam vtilitatem, aut ob statum dignitatis, teneatur.*
- 76 *Necessitas mitigat rigorem iuris, facitque vt teneatur, qui alias non teneretur.*
- 77 *Ex contractu datur actio personalis contra successorem, Item hypothecaria, contra res Ecclesia vel dignitatis, cuius gratia contractum est.*
- 78 *Contractus Principis efficacia qua.*
- 79 *Probationis facta per testes efficacia qua.*
- 80 *Instrumentum sigillo principis vel capituli sigillatum, executionem habet paratam ex consuetudine. Imo maioris dicitur virtutis, quam quarentigiatum, & ratio qua. ibi. nu. 81.*
- 82 *Sigilli efficacia.*
- 83 *Sigillum Archiepiscopi, Episcopi vel Pralati, ordinariam iurisdictionem habentis, quid operetur.*

- 84 Filius consentiens patri donanti tenetur.
- 85 Præpositus aut Decanus Ecclesie, cur, etiamsi dignitati suæ renunciavit, obligatus maneat.
- 86 Origo obligationis & obligatoriorum attenditur, à primordioque tituli posterior formatur euentus.
- 87 Prohibitio feudi sub pœna amissionis, vt sine consensu domini pignori non possit, quomodo intelligenda.
- 88 Per Hypothecam feudi, nisi secuta traditione, non transfertur ius reale.
- 89 Proventus commoditatis & redditus ipsius feudi, ipso iure alienari permissum est.
- 90 Electores, Principes & magna feuda ab imperio habentes, cum pro receptis pecuniis nonnulla ex eis feudis obligant, etiam transferendo possessionem, non opus habent specificum Imperatoris consensum exigere.
- 91 Feuda sine consensu domini non tantum hypothecari, sed & de consuetudine, qua ipso iure consistit, alienari possunt.
- 92 Consuetudo inspiciens feudum, vincit legem, & pro ipsa lege habetur.
- 93 Consuetudo in regno Francia est, quod sine delectu omnia feuda alienari possint, etiam domino inuito.
- 94 Exceptio obiecta cur consensus Domino non releuet.
- 95 Queritur, An quantitas empti redditus ad ratum 20. denarij, iuxta Constitutionem Carolinam, moderanda &c.
- 96 Queritur, An per pactum excessiuum, totus corruat contractus vel excedens iustam pensionem, reduendum sit ad legitimum modum census &c.
- 97 Pecunia pupillaris gaudet iuris prærogatiua.
- 98 Consuetudine communi & vsu receptum in terra Leodiensi & illis Germania partibus vt redditus anni ad ratum 61. denarij vendantur.
- 99 Constitutio Carolina, fere ab omnibus imperij statibus nunquam obseruata fuit.
- 100 Queritur, An mensa Episcopalis sola eiusmodi obligationem, cum pecunia in communem causam & rem statuum cesserit, sustineri debeat.
- 101 Hypotheca & ad ius & passus est indiuisa, nec inuito creditori diuiditur.
- 102 Cardo negotij in quo consistat.
- 103 Episcopus Leodiensis temporalia seu regalia ab imperio in feudum possidet.
- 104 Constitutio Carolina tacito consensu populi derogari potest.
- 105 Emptiones reddituum ad ratum decimifexti denarij per totum fere Belgium, & in Ducatu Brabantia receptissimæ sunt.
- 106 Iudices Prouincia Leodiensis, omnes territorij leges & consuetudines in pectoris scrinio reconditas habent.
- 107 Qui peccauit, ipse moriatur.
- 108 Pœna personam non egrediuntur, sed eandem comitantur.
- 109 Consuetudo est facti, & non presumitur. (debet.)
- 110 Iudex ex actis, non ex consentia priuata iudicare.
- 111 De pœna temere litigantis, hæres & successor non tenetur officit vero, qua ipsi imponitur.
- 112 Pœna temere litigantis est arbitraria & pecuniaria.

114 Episcopus L. est sub imperio & non exceptus consuetudine.

TAMETSÌ in grauaminibus huius tertie instantia, nullitas processuum, & iudiciorum præcedentium obiiciatur, idque duplici modo: vt quia prætenditur defectus iurisdictionis priorum iudicum, tanquam singularium, non habentium cognitionem in spiritualibus rebus & personis: de his enim Iudices & seculares se non intromittunt. c. si diligenti. de foro compet. c. seculares. eod. in 6. Dd. in cap. viii. o. de clericis coniug. lib. 6. Vant. fol. 157. Specul. tit. de reconuent. §. 1. 2. 3. vers. & trado & in tit. de sentent. §. 4. vers. pen. Sed exceptio nullitatis omnino est attendenda quando ex defectu iurisdictionis venit, late Guil. obs. 42. num. 8 lib. 1. Tamen eam objectionem factam hic puto magis, vt illudantur iudicia, & vexerur aduersarius, quam vt causæ iustitia detur. Quod vero rictus & legitime coram prioribus iudicibus processum sit, videtur ex eo quod causa principalis consistit super Arresto ab ordinario loci obrento, de re hypothecata, vigore liquidati contractus. Et sic Iudicium cœptum, erat reale, vel dependebat ex realitate: quo casu coram Iudice seculari causa tractari debet. l. de ijs. 3. C. de Episc. & cler. Auth. Cleri. ibi quod si natura & causæ, vel alia ratio faciat, vt negocium apud Episcopum decidi non possit, per civilem procedat iudicem. & c. ibique notatur. C. eod. Licet enim persona clerici non sit de iurisdictione temporali: secus tamen quoad bona, præsertim immobilia Oldrad. conf. 17. nu. 8. per tex. in l. 1. C. de his qui in Sacro Palat. milit. l. 12. & l. 1. in pr. C. de imponenda iurat. descript. li. 10. Guiliel. de Cugno in d. auth. Cler. de Episc. & Cler. n. 2. ibi. O. ofred. num. 1. Et ita dicit per maiora decisum, Boer dec. 69. nu. 7. Nam bona in mobilia & non sequuntur conditionem personæ, si cut mobilia d. l. 1. C. de imponend. iurat. descript. l. 1. §. si vero violator de pace tenend. sentit in terminis Paul. ast. in conf. 352. numero 1. p. 1. Hinc dicit: si conuentus habet & bona in aliqua ciuitate, ille Iudex mittit in possessionem illarum rerum, in cuius sunt iurisdictione. Item in alienatione illarum rerum, si decretum necessarium, decurrendum est ad iudicem illius loci, vbi sunt. Item cum agitur & realis, potest quis conueniri, vbi res est, licet ibi non habeat forum l. si C. vbi in rem act. Facit quod dicit Felin. in c. super literis. 9. col. ibi. tertio facit. de reser. refert Chassan. in tit. des retraiés. rub. 10. §. 1. nu. 9. vbi dicit, quando & actio personalis ad exhibendum est præparatoria ad actionem in rem, tunc sicut Iudex secularis debet esse Iudex causæ illius realis, sic etiam debet esse Iudex causæ præparantis, &c.

Idque nostro casu tanto magis quod bona, de quorum immisione agitur, sunt de comitatu Loffensi, quæ ex ipsiusmet Appellantis iudiciali confessione, feuda Imperij, sicque non proprie ecclesiastica, sed Principalia siue Fürstlich: & prophana bona sunt, & passim in Imperio receptum, vsu, & notorie consuetum, vt eiusmodi causæ, tam spiritualium quam secularium Prin-

cipum in iudicijs politicis terminentur: Sed & prorogata est iurisdicção tacite, quia nec in prima nec in secunda instantia opposita exceptio declinatoria: Quinimo causa ad seculare confistorium Principis Leodiæ est appellata & prorogata, solummodo ob grauamina iniquitatis, nulla facta mentione nullitatis, ex incompetencia iudicis: sicque per hoc ratificatus & approbatus processus prior, & iniquitas sententiæ saltem impugnata est.

- 11 Verum prorogatur regulariter iurisdicção † cum ante exceptionem declinatoriam (prout hic factum) opponitur alia exceptio: tunc enim per talem oppositionem inducitur consensus in iudicem, & non potest postea opponi declinatoria, *l. si susceperit, in princ. de iudic. l. fin. C. de except. Dd. in c. inter monasterium. de re iud.* Prout & recusatio
- 12 Iudicis, † ex causa suspicionis, debet esse prima, quæ opponitur: *Dd. in l. quidam consulebat, de re iud. Lanfr. c. quoniam contra, vers. recusationes, in princip. de probat. Marant. 12. distinct.* Quando enim per aliquem actum posituum in iudicem fit consensus, proponendo exceptiones contra personam agentis, vel contestando litem, tunc præsumitur pro iurisdicção ordinaria iudicis, qui alias se publice pro tali gerebat, & communiter reputabatur. *Vant. tit. quib. mod. sent. null. defend. num. 36.*
- 13 Quod verò in spiritalibus, † non sacramentalibus (vt sunt decimæ, ius patronatus, & similia notata per *Vant. de nullit. tit. ex defect. iurisdic. ord. n. 54*) iurisdicção iudicis secularis prorogari possit, habetur per *Fel. in c. significasti, n. 1. de foro compet. ibid. Soc. n. 30. & refert Myns. resp. 23. nu. 7.* Nec verisimile est, Dominum Episcopum per ignorantiam vel errorem obtinuisse, & nõ obiecisse incompetenciam Iudicis, in prima & secunda instantia. Ideoque deprehendi potest, ipsum calumniose voluisse sibi reseruare hanc incompetenciæ exceptionem, ad vltimam instantiam, pro impedienda executione, & vt tandem processus & sententias impugnaret & illuderet. Quod sibi patrocinari vel prodesse non debet. Si enim Iudex † præsumit, & ex certis coniecturis colligit, exceptionem nullitatis malitiose opponi, ob differendam executionem, tunc potest ex officio eam reiicere, etiam si sit peremptoria, *Abb. in c. super eo, ad fin. de appellat. l. 1. §. condemnatum, de re iud. Myns. d. respons. 23. nu. 5.* Et taliter obijciens † nullitatem & defectum Iudicis, quasi calumniosus, repellendus est. *Bald. vt per Vant. quib. mod. nullit. sent. defend. nu. 35.*
- Deinde obijcitur nullitas, ratione incompetenciæ, propter qualitatem rei hypothecatæ, in quam facta immissio, ac si causa coram Domino feudi agitari debeat. Sed & hæc obiectio nil releuat. Quando enim contentio † est inter vasallum & extraneum, causa actiue & passiuæ coram Iudice ordinario ventilanda est, *argum. c. 1. de content. int. dom. & alium.* Idem, si lis inter Dominum & alium, non vasallum, occasione feudi sit orta: vt
- 17 si super feudi † pignoratione agatur: tunc enim

ex communi regula: Actor Reiforum sequitur, *Zaf. in epit. feud. part. 11. nu. 9. 10. Myns. cent. 1. obseruat. 99. Zaf. cons. 13. nu. 38. lib. 1.*

Tertio possit prætendi nullitas sententiæ secundæ instantiæ, cum ex actis non constet, qualiter à prima sententia ad superiorè appellatum, & an eius iurisdicção, mediata appellatione, fundata fuerit: sed quod errore conscribentis acta, tempus appellationis transpositum sit, ex relatione satis liquet, vt suo loco ostensum est. Quodque isto modo appellatione rite interposita & prosecuta fuerit, tacita partium confessio probat, qui tale dubium nunquam mouerunt.

Denique non inferit nullitatem, prætensus defectus constitutionis filiorum Appellatæ, cum, vt ex actis colligitur, priores processus ratificauerint, & his præsentem interfuerint, sitque pro ipsis secundo iudicatum: Et in hac instantia singulariter pro se, cum ratificatione omnium priorum, constituerint. Hinc nullitatem nullam video. Procuratoria sunt iusta, vide tamen, an filij constituerint, & examina rursus, etiam ex parte Episcopi. Formalium nullum video defectum. Ideoque iurisdicção Cameræ satis fundatam puto. Actionem hypothecariam cumulatam cum actione ex empto, sicque eas alternatiue esse propositas, libellus primæ instantiæ 31. Octobris Anno 70. exhibitus aperte demonstrat. Licet autem ea cumulatio, præsertim si vtraque principaliter intenditur, vix defendi possit. iuxta textum in *lege fundi, & leg. fundum, de except. & pras. ript.* Eo, quod vbi absolutoria † lata in vna, parit exceptionem rei iudicatæ in altera. *Chassan. in Consuet. Burg. rub. 4. ver. des le teume, num. 17. mibi fol. 750. vbi concludit, quod Dominus † census seu redditus, non possit intentare realem actionem & personalem simul, contra Principalem, & eius heredem, sed debeat esse vna contentus. Attamen quod hypothecariæ † & personalis cumulatio admittatur, præsertim vbi ad vnum finem, & per eundem actum & modum proponuntur, est textus in §. sed neque in auth. de fideiuss. Ioan. Fab. in §. Item Seruiana, inst. de act. Quamuis enim † satisfatione debiti liberetur pignus: tamen non est absurdum, ea simul peti, quæ ad conseruandam solutionem producuntur, compendio litis: *Neguz. tract. de pign. & Hypoth. 1. membr. 8. part. num. 9. & 2. memb. num. 6. Zaf. in §. fin. autem, nu. 12. Instit. de action. Oldendorp. in class. actione quasi Seruiana. prout & in hoc iudicio Cameræ, reiecta opinione Chassanei in supra allegato loco, ita obseruatur, testate Myns. obs. 58. cent. 1.**

An probata.

Præcipua requisita † quasi Seruianæ siue hypothecariæ, item & Actionis ex empto, sunt, imprimis, quod debitum subsit, sicque & contractus interuenerit. Id membrum per literas obligatorias, subsecuta recognitione & confessione partis, nec non testium, lucidis & clavis depositionibus, ad 2. 4. 5. articulum, Actionis primæ instantiæ, satis probatum est. Deinde quod res alienabilis verè sit vendita vel hypothecata, interueniente

neniente pretio, vel æquipollente: Item q̄ personæ contrahentes fuerint habiles ad alienandum, vt per *Rofred. Papienf. Pgt. Iacob. in formationib. eorum libellorum. Hęc*, inquam, omnia partim dicta obligatione partim testium, omni exceptione maiorum asseueratione confirmantur. Si enim primariæ actricis, nunc appellatæ, testium depositiones examinentur, maxime vero, si & domini Rei testificata eis coniungantur, aperte patebit, quod tempore numeratæ pecuniæ, & empti redditus, tantum belli periculum Leodiensi Episcopatu incubuerit, adeoque summe necessarium fuerit, pro colligendo milite pecuniam comparare. vt Dominus Episcopus, † præmisso tractatu Capituli, eiusque consensu præexistente, ob repentina ea pericula, sine præscitu vel indultu Romani Pontificis, rite, legitime & valide res ad mensam Episcopi destinatas, pro reditu empto hypothecarit. Quod enim summe necessarium fuerit, pro defensione totius Episcopatus, & soluendo milite, parare nummos, & creditoribus hypothecis, aliisue modis idonee cauere, asserunt testes vtriusque Rotuli: & quidem Actricis inter cætera, ad secundum articulum, & præliminaria interrogatoria, testis 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. In Domini Rei vero Rotulo, ad interrogatorium 3. 4. 8. 9. 14. 15. 16. 20. Testis 1. 2. 3. 4. 5. 7. 10. 11. 13. 16. Cui ad accedit extractum computus facti & redditu Ioannis Witten, Cancellarij, 20. Iunij, Anno 71. in prima instantia producti, vbi aperte exprimitur, hunc redditum pro tuitione patriæ & prouinciæ, prouidendique contra pericula & necessitates, per tres status patriæ venditum fuisse, cum quo iam dictorum testium depositiones directe concordant: quorum verba, cum in Rotulo copiose referantur, iam late repetere non necessarium puto. Quod vero ea pecunia exposita sit in utilitatem Episcopatus, iuxta contenta tertij articuli primæ actionis, & interrogatorium 12. & 13. Secundi Rotuli, deponunt testes Actricis, 2. 3. 4. 5. 8. Rei vero 3. 4. 10. 11. prout vix dici † vel imaginari potest, necessarium, quod non simul & vile contineat, secundum Philosophos. Et in iure nostro per *l. apud Celsum, §. Labeo, de doli mali & metus except. & glos. in l. de pupillo, §. meminisse, de noui oper. nūciat.*

Tractatum Capituli super eo contractu (vt tali casu decet, communicata te, deliberatoque negotio, concluso) intercessisse, deniq; & consensum adhibitum, & promissiones factas, vt transfixum continet, pariter liquet ex testificatis, ad 4. 6. 7. testium Actricis dictis, nempe 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. & ipsiusmet Rei ad interrogatorium 2. & passim, 1. 4. 10. Estque ipse consensus Capituli in prima instantia originaliter productus, satis dilucidus, vt effectualiter impugnari non possit. Quod vero improuisus hostium incurfus effecerit, vt magna festinatione colligenda pecunia fuerit, resque moram non tulerit, imo nec collectæ siue contributiones præcedentes, nec mobilia & utensilia Episcopi ei necessitati suffecerint, pariter comprobatur per Actricis testem 1. 2. 3. 4. Rei vero 1. 2.

7. 10. 11. 15. Quod & clarum fit ex descriptione status Leodiensis, eius tēporis in relatione Iureconsultorū pro causæ decisione 9. Maij. Anno, &c. 73. iudicialiter producta. Concludo itaq; per hæc, & infra latius attingēda, Actionem esse probatam.

An elisa.

Elisio principaliter consistit in eo, † quod videlicet omnia bona Episcopi Leodiensis habeant priuilegia Ecclesiastica, & sint exempta & libera ab omnibus iurisdictionib. & superioritatib. ordinarijs, sintque immediate sub Pontifice Romano. Item, quod sine eius decreto & solennitatibus in iure expressis, obligari vel alienari non possint. Item dictum Episcopum eius temporis non fuisse coactum, nec tantas extitisse necessitates, vt bona ecclesiastica obligari vel distrahi oportuerit: ad hoc enim suffecisse priores collectas, ad quas soluēdas status fuerint prompti. Itē, Capitulum, præcedente tractatu necessario, in forma & præscripto iuris, non consensisse.

Primum membrum ex dictis testium Domini appellantis, nec non dispositione iuris, satis clarum est, adeo vt latiore deductionem res non exigat: imprimis cum ea dispositio restringatur ad casus, de quibus subsequenter non nihil agendum. Attento etiam, quod quidam testium asserunt, Comitatum Loffensem, † cum pertinentijs vt nostro casu receptoria in Hasfeldt, feudum esse Imperij, id quod ex ipsiusmet Rei confessione planum est, ita vt hypotheca nostra magis prophana, quam spiritualis res, quoad effectum præsentis quæstionis, dici possit: adeo vt Imperatoris potius, quam Romani Pontificis consensus exigendus fuisset.

Eadem ratio, quod videlicet bona † ecclesiastica ex certis, & in iure expressis causis, cum vel sine consensu & solennitatibus, &c. qualitate circumstantiarum, casuum fortuitorum, & ingruentium necessitatum, obligari possint, etiam hoc secundo membro, quod simpliciter ex dispositione iuris depēdet, militat, de quo & infra.

De tertio, quod nulla sufficiente causa & necessitate ingruente obligatio facta sit, non video aliquid ex parte Domini Rei præstitum, quo hæc asserta verificari possint: ipsiusmet enim testium depositiones diuersum ostēdūt, nec documenta in mediū adducta sunt, quibus hoc loco iuuari possit Appellans. Si denique transixū, q̄ consensum & tractatū Capituli continet, nec nō clarissima dicta testium vtriusque Rotuli, impugnanda & cassanda forent, amplioribus probationibus & argumentis, quam hæctenus ex actis iudicialibus colligi potuit, ex parte Domini Rei causa agenda esset. Inde concludo, Actionem minime elisam.

Pro enucleatione iam dictorum, de duobus principaliter quæri potest. Primo, † An tempore venditi redditus sufficientes causæ extiterint, sufficientisque modus & forma iuris obseruatus fuerit, pro rite & legitime alienandis & obligandis rebus Ecclesiæ. Quod autem rerum † ecclesiastica-

- ficarum, & quidem non tantum earum, quæ pro sacris habentur, sed & prædiorum & possessionum temporalium, ad Ecclesiam spectantium, alienatio prohibita sit. Canones & Leges satis ostendunt, notatur in c. nulli, de reb. Eccles. non alienand. Auth. de non alien. reb. Eccl. Adrian. Pulua de prohib.
- 30^o *rer. alien.* Et continetur verbo alienationis ¶ non tantum venditio, sed & donatio, permutatio, emphyteusis, hypotheca, & cætera id genus, quibus aut dominium aut aliud ius simile & affine domino, transfertur, l. prima, de fund. dotali, l. fin. C. de reb. alien. vel non, d. c. nulli. Cuiac. in nouel. 7. vers. alienationis verbo. Verum ut alienatio ¶ earum rerum valide fieri possit, præcipue duo concurrere necesse est. Vnum, ut ob iustam legitimamque causam id fiat. Alterum, ut modus & forma iure definitus rite obseruetur. Quod si aliter res ¶ Ecclesiæ alienata vel hypothecata fuerit, contractus erit nullus, imo & venditio & repetitio locum habebit, c. non liceat. 12. q. 2.
- 31^o Quoad formam, iure Pontificio ¶ quidem requiritur, ut diligens tractatus, & concursus deliberatio Capituli eiusque consensus, siue maioris partis placitum, insuper & subscriptio eorundem adhibeatur, coniuncta auctoritate & ratificatione superioris, prout hoc loco Pontificis Rom. c. sine except. 12. q. 2. c. 1. de reb. Eccles. non alien. lib. 6. c. 1. de his qua fiunt a prælat.
- 32^o Causæ alienandi ¶ principaliter dependent ex necessitate, utilitate & commodo Ecclesiæ. Quod autem ex communi deliberatione cleri siue collegarum, aut maioris partis Ecclesiæ Leodiensis consensu, venditio redditus facta sit, ex instrumento alienationis, & speciali transfixo dicti collegij, prout supra tactum, liquido constat, ita ut ea auctoritas consensus, nulla firmitate impugnata, nec in posterum, ut ex actis elicitor, conuelli possit. Imo,posito, & non concessio, id requisitum deliberati consensus, in forma iuris non exacto fuisse obseruatum, tamen ea solennitas ¶ adeo stricte non exigitur, quando de euidenti necessitate Ecclesiæ constat: Ea enim, quæ nostro casu satis liquida est, legem non habet, id eoq; ius præsumit iustam causam accipiendæ pecuniæ subfuisse, adeo ut neque tali casu præsens necessitas, quasi constituto de periculo belli, aliter probari debeat. Ideo tunc facilius ¶ fieri permittitur, quod alias vix licet: sicut in simili, extraordinariæ collectæ per Principem vel quæcumq; superiorem, non possunt indici, nisi vigente necessitate publica, Bald. in l. neminem, C. de sacros. Eccl. Egid. Thom. de collect. vers. ne scienter aliquid, n. 6. &
- 33^o tamen tempore belli, ¶ quod Principi infertur, potest is statim indicare contributiones, non docto aliter de necessitate publica, quasi de ea satis constet, hoc ipso, quod bellum suis limitibus & terris illatum est, ut Dd. qui in hac materia collectarum scripserunt, notant, utpote Thomatus & alij. Nam etsi Princeps & Fiscus præsumatur locuples, non tamen præsumitur, præsentem & necessariam pecuniam habere ad sustinendum
- onera repentini belli. Inde etiam fit, quod licet Ecclesiastici regulariter ¶ a solutione collectarum sint immunes, tamen in subsidijs, quæ inducuntur propter bellum, quod suscipitur pro defensione patriæ, etiam Ecclesiæ subijciuntur & tenentur contribuere cum laicis, d. c. 1. de his qua fiunt a prælat. & c. clericis, de immun. Eccl. Quibus accedit, quod satis est, si constat de indigentia Ecclesiæ, ad hoc ut pecunia possit recipi. late Alex. in l. ciuitas, de reb. cred. ad quod facit Castr. in l. fin. de exercit. action. quod qui mutuauit pecuniã nauis præfecto, ut is nauim reficiat, si ea inde sit refecta, habere exercitorem obligatum. Ut autem hoc nostro casu hostium incurfiones impediuntur, colligendus fuit miles: & cum Princeps Leodiensis, & eius Ecclesia, destituta esset apparatu, & prompta pecunia, quæ neruus belli est, opus fuit, aliunde remedium quærere, reditumq; pro comparanda pecunia super bonis Ecclesiæ constituere. Deinde dictæ solennitates etiam non adeo superstitiose attenduntur, quin tamen valeat alienatio earum rerum, quando Ecclesiæ is contractus fuerit utilis, secundum communem Dd. sententiam, ut per glossam, Ang. Bald. & alios, in l. cum hi, §. eam transactionem, de transact. Alberic. in Auth. hoc ius porrectum, de SS. Eccl. Mathesil. sing. 156. Et satis constat ex rationibus Cancellarij Witten, deputati ad eam collectam, alijsque probationibus, pecuniam pro reditu solutam, in utilitatem Episcopatus esse versam, ideoque satis est, pecuniam fuisse creditam Administratori, & numeratam, Bart. in d. l. ciuitas, nu. 13. & ibi Zas. nu. 11. vers. quod autem diximus, de reb. cred. Et dicit ibi Bart. quod satis sit ad probandum, pecuniam Prælato ¶ aut ciuitati creditam, in eorum versam utilitatem, si contractus tempore pecunia indigerit. Imo etiam si probatum non esset, pecuniam in utilitatem Ecclesiæ cessisse aut versam esse, tamen contractum consistere, cum satis sit, constare, propter necessitatem alienationem factam esse: quia non nisi in casu mutui creditor ¶ probare tenetur, pecuniam conuersam esse in utilitatem Ecclesiæ. Bart. in l. 1. C. de vendendis rebus ciuitatis. lib. 11. Bald. in d. aurb. hoc ius porrectum. Corne. conf. 142. lib. 2. Alciat. d. l. ciuitas. & Molin. ad Decium in d. l. ciuitas, in fin. Estque eius alienationis ¶ incommodem Ecclesiæ factæ, is effectus, ut valeat, licet solennitas non accesserit, ut per Dec. in c. qua in Ecclesiis, num. 5. de constit. Zuchar. conf. 197. Et notatur in addit. ad Dec. in d. c. qua in Ecclesiis, in verb. interuenisset. num. 13. Facit quod notat Molin. ad Dec. c. 1. in verb. contentioso, de constit. vbi inquit: si constat, alienationem ¶ rei Ecclesiæ factam de iusta causa, huiusmodique alienatio temporalis sit, seruanda est in iudicio, licet defectus solennitatis appareat, §. Emphyteusis, auth. de alien. & emphyte Dec. in d. c. qua in Ecclesiis, num. 9. & in conf. 124. n. 2. Johanni. Fab. Inst. de eo, cui libert. causa bona adiunguntur, in fin. Capoll. conf. ciuili 14. num. 2. Dec. conf. 124. num. 3. Paris. conf. 16. vol. 2. Grat. conf. 46. lib. 1. Et ita in senatu Parisiensi iudicatum fuisse dicit Molin. Idq; non iniuria, cum

43 solennitates ꝛ non sint introductæ, vt Ecclesiasticis permittatur alios decipere, sed duntaxat, ne Ecclesia decipiatur, facit *M. Mnt. in d. c. qua in Ecclesiarum, num. 13.* Considero etiam in præsentia: quod nulla potest Ecclesiæ considerari læsio, ratione obligationis nostræ, cum mensa Episcopalis per hoc potius locupletior sit facta, non solum in pretio redditus venditi, quod in suum vsum & necessitatem accepit, sed etiam ob interusurium eius pretii, per & propter quod res mensæ exempta ab incommodis & voragine militum, tam conductorum, quam hostium.

Quibus etiam aecedit, quod tanta hostilis necessitas tunc incubuit Leodiensi, vt ex mora parandi pecuniam, & colligendi militem, pro defensione, graue periculum sibi immineret. Quia casu, & vbi subitanea ꝛ irruptio fit, non oicitanter & secure deliberandum est, an sufficiens necessitas, pro obligandis rebus ecclesiasticis subfit, & an Princeps satis pecuniosus & potens, ad sustinendam belli molem. Quia ipsa belli ꝛ præsentia, & armorum fremitus necessitatem facit, & quidem publicam & inenitabilem. *Albert. Brun. cons. 117. est inter consilia feudalia.* Et receditur à sollicitis, ꝛ propter casus emergentes, & transitur ad insolita: quia necessitas hoc facit, quæ legem non habet, vt loquitur *Bald. in cons. 435. incip. super eo, volum. 5.* Ideo Princeps, tempore Gierre, potest recipere calices & cruces argenteas. *Afflic. §. similiter potest, nu. 21. de Cap. qui cur. vend. Roland. à Vall. cons. 69. cum seq. lib. 2.* Et licet redditus & thesaurus ꝛ

46 Principis pro sufficienti & locupleti habeatur, quoad ordinaria ad successiua onera patriæ: secus tamen, quoad improuisa, momentanea & subita onera: allegatur *Iac. de Syello. in tract. de iure Adobe. vbi præsentia pecunia opus est, nec spectatur, quid in nominibus habeat Princeps, cum militibus non nomina assignari, sed prompte stipendia numerari debeant.* Et tunc eo casu vera

48 regula, Minus esse ꝛ habere actionem, quam rem, *l. minus, de reg. iur.* Hic enim inest periculum in dilatione solutionis: imo & iura non præsumunt, ꝛ

49 ꝛ Principem, licet sit secularis, promptos & sufficientes habere thesauros, ad sumptus bellicos faciendos, *arg. l. in bello, §. facta de captiuo & ostim. reuerf. Abb. c. cum super, num. 20. de caus. possess. & propriet.*

50 Hinc fit, quod defectus ordinis, iuris & forme, in alienandis & obligandis ꝛ Ecclesiæ rebus, prout obijcitur nostro casu, nihil impedit: Ea enim forma & solennitas duplici respectu adhibetur: nempe, vt cognoscatur, an subfit casus permissus, & vt præcaueatur, ne Ecclesia in alienando decipiatur, vt notant *Dd. in c. hoc consultiſſimum, de reb. Eccles. non alien. in 6. & in d. c. sine exceptione 12. q. 1.*

51 Si itaque alienandi causa, ꝛ prout nostro casu constat, est euidentis & cedit in rem & utilitatem Ecclesiæ, tunc re ipsa habemus solennitatis & forme iuris effectum. Ideoque de modo curandum non est, *l. si filiusfam. §. 1. vbi gl. & Ang. quod cum eo qui alienat, ne leges videantur impolitæ verbis & nõ*

rebus, *l. nominis; ibid. Alciat. de verb. signif.* Hæc ipsa confirmantur, ꝛ argumento sumpto de pupillo, *52* seu minore ad Ecclesiam, de quo in *c. c. auditis, de in integr. rest. & plura per Euerh. in locis sub eodem tit.* Sed certum est quod ꝛ pupillo vel minori, vindicanti fundum vel prædium suum, quod eius tutor sine decreto (& sic nulliter, & contra ius, *l. magis puto, de reb. eor. qui sub tut. sunt sine decret. non alien.*) obligauit vel alienauit, obstat exceptio doli, nisi pretium, & medij temporis vsuras restituat, quando in ipso pretio & interusurio locupletatus est, *Molin. in d. tract. de vsur. q. 37. nu. 282. & seqq. textus in l. si fundus, §. quanquam, l. si pupillorum, §. fin. de reb. eor. qui sub tut. l. patri, §. prædium, de minor.* Rationem assignat Imperator in *l. fin. c. de vsucap. pro emptore*, dicens: Non debere iuris ꝛ occasionem *54* trahi ad iniquum compendium. Quod sane fieret, si occasione omiſſi decreti, minor, per contractum nullum ex defectu forme, captaret lucrum pretii, & eius interusurij cum iactura emptoris, prout nec lex minoribus adeo fauet, vt sub pretextu non rite factæ alienationis, licet utilis & necessariæ, permittat pupillos lucrari cum alieno damno, *d. §. quanquam, in fin. & ibi notatur per Fulgof. de reb. eor. qui sub tut.* Hoc enim naturali æquitati & iustitiæ repugnat. *l. nam hoc natura, de cond. indeb.* Ideoque in specie *Bald. in d. l. si c. de vsucap. pro empt. per illum rex. annotauit*, Ecclesiam ꝛ ex contractu nullo vel non rite factæ, teneri, quatenus *55* locupletior facta est: & agentem vel excipientem repelli exceptione vel replicatione doli, textus est in *d. §. quanquam.*

Hinc etiam fit, quod ꝛ tempore belli, ob imminuentem necessitatem, multa licent, quæ alias *56* sunt illicita: ita vt tunc, ꝛ & res Ecclesiæ, inconsulto Romano Pontifice alienari possint, multis probat *Cacheran. de is. Pedemont 68. n. 23. 24. 25.* Vbi enim existit præses necessitas, & res celeritatem desiderat, adeo vt dilatio siue mora consulendi Pontificem, periculum habeat; tunc alienatio absq; ea solennitate valet, *Panor. in c. fi. de Eccles. adif. Zabarell. in Clem. 1. num. 27. de reb. Eccl. non alien. Archidiacon. in c. Abbatibus. 12. q. 2.*

Necessitas enim ꝛ legi non subest, sed omnibus dominatur. *Tiraq. vbi multa allegat in tract. de retract. consang. §. 26. nu. 20. cum seqq.* Et generale est: quamuis necessaria venditio ꝛ non contineatur *59* in prohibitione alienationis, *l. Diuus, de petit. hered.* *Tiraq. d. tract. §. 1. gl. 14. nu. 11.* Lex enim, ꝛ etiam in *60* alienatione rerum ecclesiasticarum, pro homine interponit decretum suum, per citata per *Canonist. in d. c. fin.*

Quia ex magna causa, vt videlicet periculis obuictur, licitum est leges transgredi, *l. si hominem, mand. r. cum multis, vt per Felin. in cap. 1. colum. 16. de constit. Ias. in l. cum seruius col. fin. de condict. caus. dat. caus. non secut:* Inde fit etiam, quod Ecclesiastici ꝛ regulariter à solutione collectarum *61* sunt immunes, sub pœna tripli, & banni Imperialis, *Festaf. de collect. part. 4. c. 1. num. 1. 2. 3. Thomar. de*

de collect. verb. *Exactio munerum*, numero 31. Nisi indictæ fuerint propter bellū, quod suscipitur pro defensione patriæ: quibus etiā Ecclesiastici subijciuntur, & tenentur contribuere cum laicis. *d. c. 1. & c. ecclesiarum, de immunit. Eccles. late Thomat. d. tract. verb. non obstant. quasi per tot. & Festas. d. loco. nu. 15.* Et licet etiam in huiusmodi subsidij Ecclesiastici non possint ad solutionem constringi per secularem magistratum, sed Pontifex, vel eorum Superior sit requirendus. Tamen ea ꝑ solennitas remittitur, vbi res exigit celeritatem: allegatur ad hoc *Nicol. Balb. in consilio suo, relato & inserto decisionibus Pedemont. decis. 68. nu. 3.* & mora est periculosa: id enim necessitati imputatur & adscribitur, quæ est ꝑ exlex. & legi non subiacet. Ideoq; traditum est, licet Episcopus ꝑ iurauerit, non alienare res Ecclesiæ, inconsulto Romano Pontifice, non tamen intelligi, alienationem necessariam esse prohibitam. Tale enim iuramentum intelligitur præstitum in casu, quo ius non resistit sed in casu, quo necessitas requirit aliquid, non resistit ius, sed adistit, vnde actus contra iuramentum celebratus valet. *Panorm. in cap. cum intellecto, de iureiur. Corn. consil. 372. num. 7. lib. 3. Lap. allegat. 31. num. 5.* Et ita in auditorio Rotæ decisum, dicit *Marcellus Cardinalis in suis decisionibus, decision. 149. & seqq. Refert & sequitur Ant. Bardus in tract. de temp. vtili. c. 12. nu. 12.* Cum itaque indubitatum sit, Episcopum Leodiensem in dictam necessitatem & angustiam esse coniectum: sequitur, quod libere & valide, inconsulto Pontifice Romano, bona mensæ suæ, pro necessaria pecunia, reditu aliquo redimibili, iuste onerauerit.

Nec obstat, quod dicitur, Ioann. Henrici, mala fide versatum circa hanc alienationem. Hanc enim suspicionem ꝑ purgat & elidit, consensus Capituli manifestus: Item necessitas & utilitas Ecclesiæ probata: Item, quod adhibetæ sint omnes solennitates, quas rerum status eius temporis ferre potuit: alias etiam Pontificis auctoritatem accommodasset. Item, quod non stetit per d. Ioann. Henrici, quod non aliter fuit deliberatum vel consensus, super ea alienatione: quia istam omissionem totam excusant supra dictæ necessitates & pericula.

Quod vero ad probationem eius necessitatis attinet, dicitur ea satis esse ꝑ liquida ex eo, quod tempore contractus hostis inuasit ditionē Leodiensem, & ob hoc indicta Comitum, ordinisque statuum conuocati fuerunt. Quo ipso ius præsumit, circa aliam vltiorem probationem, necessitatem præsentem subfuisse. Bellum enim necessitatem ostendit & probat, patet ex simili: Quod collectæ extraordinariæ per Principem non possunt indici, nisi urgente necessitate publica. *Bal. in l. neminem, C. de SS. Eccles. Thomat. d. tract. de collect. §. ne scienter aliquid, num. 1. & seqq. fol. 343.* Si tamen Principi bellū inferatur, potest simpliciter collectare, licet aliter de necessitate nō doceatur: ita intelligitur *Thomat. in d. §. non obstant. n. 13. circa medium, mihi fol. 141.* & alij, qui in hac materia scriplerunt. Inde fit, quod ꝑ collectæ pro stipendijs

militum conductorum contra hostes patriæ, habent executionem paratam, cum secus sit in collectis, ratione onerum præteritorum, vbi quis auditur in suis defensionibus: quia cessat necessitas & metus damni publici, pulchre *decis. Pedemont. 86. nu. 6. 7. 8.*

Deinde, secundo loco quæritur, An contractus prædecessorum obliget successores. Qui enim succedit in dignitate, non succedit in bonis, siue in hæreditate: sed qui non succedit in hæreditate, non tenetur creditoribus antecessoris sui, *argum. l. filij, de iure patron.* Sed, ne prolixior sim, breuius puto, satis noti esse iuris, contractum prælati ꝑ obligare successorem in beneficio, ad debitum & ad forum. *Innoc. in c. querelā, ne prælati vices suas, vel rationes sub an. cens. conced. Bald. in sua Margarit. verb. Prælati.* Quando enim prælatus ꝑ rite contrahit, Ecclesia ipsa contrahere dicitur: Nomine autem Ecclesiæ & officij quis contrahit, quando id ipsum in contractu exprimitur, *Cardin. in Clem. fin. de procurat.* Ideoq; successor ex contractu prædecessoris, qui habuit administrationem nomine Ecclesiæ, obligatur: quia Ecclesia nunquam moritur, *c. gratis, de postri. c. liberti. la. 2. 12. q. 2. Natta cons. 122. nu. 10. & seq.* Obstringitur etiam successor, ꝑ bene gesta prædecessoris sui ratificare, *c. decessorum 25. q. 2. ibi Archidiacon.* Succedit enim in honore & onere, *Bald. in sua Margarit. in verb. dignitatis. Oldrad. cons. 249.* Hæc confirmant notata per *Dd. in l. digna vox, C. de ll. vbi dicunt, conuentiones prædecessorum ligare successores: Et conuentiones ꝑ cum Principe vel Prælato, nondum impletas, per successorem adimplendas esse, l. as. cons. 10. libr. 3. Viuius lib. 2. commun. opin. cap. 235.* Quinimo successores, ꝑ qui veniunt ad dignitatem, non per successionis, sed per electionis viam (vt Papa, Imperator, Episcopus, & alij) gesta & cōtractus prædecessorū seruare & approbare debent, *Bald. cons. 159. lib. 3. & post eū Capit. decis. 121. Roland. à Valle cons. 1. n. 40.* Tales n. cōtractus celebrati sub nomine dignitatis, officij & domini, transeunt ad successores, *c. Abbate sane, in princ. de sent. & re iud. lib. 6. c. intellecto, de iureiur. Innoc. ibid.* Debet enim tali casu considerari dignitas, ꝑ quæ non moritur: sicut etiam in simili dicitur, quod vniuersitas & Respublica Regni, semper perseuerat, & non moritur, nec dicitur habere heredem, quia semper viuunt in semetipsa: notatur in *l. 1. §. fin. si quis ius dicenti non obtemp. eleganter Bald. in d. cons. 159. n. 4. 5. Et Natta cons. 122. n. 3.* Nec refert, quod successor non habet à prædecessore causam, sed de nouo creatur per electionē, *l. si quis domum, in princ. locat. l. lex vectigalis, de pignori.* Quia nihilominus succedit in iure dignitatis, & afficit contractus ipsam dignitatem, cuius est administrator. *Castr. in d. l. digna vox. Bald. cons. 326. lib. 1.* Idq; maxime quā cōtractus est gestus pro vtilitate Ecclesiæ, *Alex. Imol. l. si filio, §. fin. solut. matrim. Ang. d. l. ciuitas. Alciat. cons. 14. & cons. 23. cons. 38. & per supra allegata.* Ideo locū habet distinctio, quæ habet *Iacob. de Beluis. in auth. vt nulli iudic. §. si vero quis, vers. solutio. & post eum Luc. de Penna. quem refert. in l. si quos, vers. solutio secun-*

secundum Iacobum, C. de fundis rei priuat. lib. 11. videlicet. Aut Princeps accepit pecuniam ob honorem suum, aut ob aliam suam vtilitatem, aut ob statum dignitatis. † Primo & secundo casu, successor non tenetur, nisi succedat ei in hereditate, arg. l. prouidendum, C. de decurion. lib. 10.

Tertio verò casu: Aut prædecessor in dignitate, accepit pecuniam mutuam, in causam voluntariam, aut in causam vtilem ipsius dignitatis: & his quoque casibus successor non tenetur, l. si rem communem, Codic. si cert. petat. Aut verò accepit in causam necessariam, vt puta, ob dignitatis statum, vel dignitatis res considerandas: quò casu successor tenetur. Dignitas enim & persona, siue successor, & res dignitatis, tunc afficiuntur, leg. sicut, §. final. quod cuiusque vniuersit. nom. Et necessitas † mitigat rigorem iuris, facit namque vt teneatur, qui aliàs non teneretur, leg. final. cum. auth. sequent. C. de pignorib. Daturque actio † personalis ex contractu contra successorem, Dd. in d. c. 1. de solut. & in d. l. ciuitas. Datur etiam hypothecaria, contra res Ecclesiæ vel dignitatis, cuius gratia contractum est, §. his consequens, Auth. de 78 aequal. dot. His etiam succurrit, quod contractus † Principis, debet esse tam efficax, vt ex eo non solum hypotheca (quæ nudo pacto constituitur, l. contrahitur, de pignor.) contrahatur, sed & dominium sine traditione transferatur, Dd. in l. quoties, C. de rei vend. habeatq; effectum instrumenti guarantee. Rebuff. in commen. ad const. reg. tit. de lit. oblig. in prefat. n. 26. Sed id instrumentum, probatis requisitis, paratam habet executionem, Bened. de Barfis in tr. de libello gaurentig. q. 2. vers. descendo igitur ad quar 79 tum. Et probatio facta † per testes, ad corroboracionem obligacionis & instrumenti, habetur perinde, ac si descripta fuisset in instrumento. Bar. in l. certi conditio, §. quia, de reb. cred. Bal. in l. fin. C. de fideic. Bened. de Barfis in d. tr. q. 9. vers. & ad corroborandum. 80 Instrumentum etiam sigillo Principis vel † Capituli sigillatum, executionem paratam habet ex consuetudine. Ioh. Fab. in l. certum, C. famil. ercisc. in verbo est. Boer. in consuet. Burg. §. 27. sit. de iurisdict. omn. iud. Imò maioris † dicitur virtutis, quam guarantee. Nam per sigilli appositionem, insinuatū dicitur. Pyrrh. in consuetud. Aurelian. in rub. execut. in str. artic. 1. 2. Sigillū enim † facit indubitam scripturam, Bart. in l. in bona fidei, num. 5. C. de reb. cred. & indubitam scripturæ probationem: quia signū est ratificationis & confirmationis contractus, l. in fraudeim, §. 1. de milit. testam. & ita per regias ordinationes constitutum, habet Rebuff. supra dicto loco, n. 26. Estque iuris, quod sigillum † Archiepiscopi, Episcopi vel Prælati, ordinariam iurisdictionem habentis, dicitur authenticum, & probat, executionemque paratam habet, glos. in ca. 2. de fid. instrum. Et ita seruatum in curia Romana, dicit Ar 83 chidias. in cap. curia, 11. quæstion. 3. Idque tantò magis, quod Episcopus appellans, tempore contractus fuit Decanus & Canonicus Leodiensis, qui consensit & sigillauit. Simile est in patrono, consentiente donationi, l. non videtur, si quid in fraud. pa-

tron. Sic & † in filio, consentiente patri donanti. 84 Tirag. in tract. de retract. consang. §. 1. glos. 9. nu. 135. cum seqq. Similiter & Præpositus aut Decanus † Ecclesiæ remanet obligatus, etiamsi dignitati suæ renunciauit: quia parti ab initio ius quæsitum fuit. Socin. consil. 160. col. 4. Nec status mutatio in altiorum gradum, eximit aliquem à prima obligatione, l. si. Reus, iudic. solu. Remanet enim tunc effectus obligationis, leg. final. C. de decur. Zas. consil. 9. nu. 10. lib. 1. Et attenditur † origo obligationis & ob- 86 ligatorum, à primordioque tituli posterior formatur euentus, l. 1. C. de impon. lucrat. descript. lib. 10. Zas. d. loco, n. 1. 2. 3. & seqq. Inde concludenter puto, Dominum Appellantem, tanquam successorem in dignitate, ex contractu prædecessoris obligatum, eumque vigore instrumenti obligatorii, Appellatis ad satisfactionem teneri.

Deinceps potest de aliis quibusdam, non admodum releuatis punctis quæri: de quibus saltem conclusiue, quid sentiam, breuibus dicam.

Primum est: An ob hoc, quod Receptoria in Hasselt sine consensu Imperatoris est hypothecata, dicendum, contractum esse nullum, cum sit feudum Imperii, ideoque Dominum Episcopum ad reditus non obligatum. Hoc loco puto, satis cognitum esse: licet feudum sine consensu † 87 Domini, sub pœna amissionis, pignorari non possit, per text. in ca. 1. Imperialem, de prohib. feud. alien. per Frid. c. 1. de prohib. feud. alien. per Lothar. Id tamen intelligi ita demum, si processum fuit ad traditionem rei, aliàs secus: dicit Bald. in cap. 1. §. aut si libellario, in vlt. column. vers. sequitur in textu, nu. 4. quib. mod. feud. amitt. vt per Cyn. in l. si alienatum, C. de verb. signif. quia per simplicem hypothecationem, nudo verbo factam; nunquam intelligitur ventum contra prohibitionem, nisi sit processum ad traditionem: licet aliàs hypotheca nudo consensu consti- uatur: neque per verbalem pignorationem incurritur pœna, cum promitte e non sit alienare, l. ad eum, §. Lucius, de donat. Bald. in cap. 1. §. denique, quæ fuit prima caus. benef. amit. & c. 1. in princip. ad fin. prima col. de prohib. feud. alien. per Frid. Et per hypothecam feudi, † non transfertur ius reale, nisi secuta tra- 88 ditione, sicque non, nisi secuta inuestitura, cap. 1. quid sit inuestit. Præpos. & alii post Bald. in d. c. 1. de prohib. feud. alien. per Frid. circa princip. Zas. in Epit. feud. part. 9. num. 18. Hartm. obs. 20. per tot. tit. de feud. Curt. iun. in tr. feud. 4. parte prin. n. 95. Quod verò nostro casu, non tantum nulla possessionis translatio siue traditio realis facta, sed nec pretium, nec interesse vel reditus, ab Anno 58. vsque in hunc diem, restitutum sit, ex actis manifestè constat; nec vllibi negatum reperitur. Imò si obligatorie literæ perpendantur, patebit, non tam alienationem, quam com 89 moditatis prouentus & reditus ipsius feudi, esse factam † id quod iure permissum esse non negabitur, vt per Bald. & alios in d. c. 1. §. aut si libellario, quib. modis feud. amitt. facit, Specul. in titul. de pignor. §. 1. circa. finem. & Bart. in leg. si is qui, §. an vsufructus; de pignor. Curt. iun. in iam dict. loco, limit. 3.

Et communem opinionem dicit *Ruin. consil. 176. numero 13 lib. 1.*

- 90 Considerandum et à tali casu puto, in Imperio nunquam ita obseruatum esse, vt Electores, Principes, & qui habent magna feuda ab imperio cum pro receptis pecuniis, maxime in necessitatibus casibus, nonnulla ex eis feudis etiã transferendo possessionem obligant, opus habeant specificum Imperatoris consensu exigere. Idque ex consuetudine & vsu recepto. Hinc dicit *Zaf. in Epit. feud. par. 9. n. 22.* In Germania nostra Frederici constitutione & prohibitionem male seruari. Quod verò feuda sine consensu domini non tantum hypothecri, sed & alienari (quod plus est) ex consuetudine possint, eaque consuetudo iure consistat, parum ambigitur. Ita tenet *Iohann. Reinald. in cap. 1. §. habito, de prohib. feud. alien. per Frid. prout allegat Iacobin. de S. Georg. de feud. verb. & cum pacto, n. 6. arg. glossa in clem. dudum, §. fin. de sepulturis. Zaf. iam dicto loco.* Et hanc communem opinionem Doctorum esse dicit *Cur. Iun. con. 158. n. 8.* sicut etiam videmus, quod in ceteris omnibus, quæ respiciunt feuda, & consuetudo vincit legem, & ipsa pro lege habetur. Inde & in regno Franciæ consuetudo est, quod sine delectu feuda alienari possint, etiam si feuda Ecclesiæ essent, & etiam id ipsum Domino inuito, dicit *Per. Rebuff. in tractatu suo circa arborem feudalem, vt refert Zaf. supra dicto loco.* Nec videtur releuare hęc exceptio consensus Domini: Aut enim est obiecta pro cassando toto contractu, & id fieri non potest, quia principaliter de solutione debiti agitur, quod ius separatum est à iure hypothecæ, accessorie contractui adheerenti. Et sic in omnem euentum Dn. Appellans de principali debito tenetur. Aut est obiecta, ratione pœnæ & amissionis feudi, & tunc malè ad commodum Appellantis allegatur, quia eo ipso prodit suã turpitudinẽ, qua versatus est circa alienationem rei feudalis: Ergo non audiendus, *95 iuribus vulgaribus.* Queri etiã potest, An quantitas empi reditus moderanda sit, ad ratam vicesimi denarii, iuxta constitutionẽ Carolinã, & sic in hoc (dato quod aliàs pronunciandu pro Appellatis) prior sententia reformanda? Hęc exceptio in prioribus instantiis nõ fuit obiecta. Nũc verò in effectũ totius contractus cassationis & annulationis opposita est. An verò per tale pactum excessiuũ, totus corruat contractus, vel id, quod excedit iustã pensionem, reducendum sit ad legitimum modũ reditus, iuxta constitutionẽ Imperii. Nolo in hoc esse prolixior, refero me ad ea, quæ *D. Gal. c. 5. li. 2.* multoties in Camera obseruata esse, & se meminisse dicit: eum videlicet excessum reiectũ, & reductionem ad legitimum modũ vsurarum factam, nec totum contractũ cassandum esse: id quod & nostro casu, vt opinor, fieri potest. Considerandũ tamen puto, quod nec in hac nec in precedentibus instantiis reductio ad ratã dictæ constitutionis vllibi petita, sed solũ modò pro cassatione totius contractus submissũ est. Item, quod hic contractus celebratus est ex pecunia pupillari, quæ &

iuris prærogatiua gaudet, ita vt ei interestesse vsura pupillaris nuncupetur. *Anton. Costa. lib. 1. q. iuris ca. 1. n. 7.* Et aliquando centesimam, aliquando minorem summam attingat, vt latè *Molin. de contr. alt. & vsur. q. 76. & 77.* Item quod in terra Leodiensibus, & 98 illis Germaniæ partibus, communi consuetudine & vsu receptũ, vt reditus anni ad ratam decimifexti denarii vendatur. Item, quod constitutio Carolinã non tantum in hoc puncto, sed & aliis 99 articulis, à plerisque, & ferè omnibus Imperii statibus in effectum nunquã deducta, sed diuersim haftenus obseruata fuit: Scundũ ea enim non tantum pacta excessiua cassanda & reicienda, sed & condemnatio in pœnã, & amissionẽ quartæ partis summæ principalis, facienda foret. Putarim itaq; iudicẽ hoc casu posse saltẽ in terminis petitionis versari, & reformationem sententiæ prioris euitare, attempta imprimis qualitate Iudicis, quod, qui correctionẽ primæ sententiæ non inermisisset, in vsum Leodiensibus, sui Superioris, & Domini, si iusta ratione fieri potuisset. Si tamẽ Domini placuerit, supra allegata ex *Gall.* omninò etiã hic imitanda esse non resistam.

Denique non importunè quæri potest, an mensa Episcopalis siue Episcopus solus, obligatione hac sustinere debeat, cum pecunia in comunẽ causam & rem statũ cesserit? Sed paucis, videtur eam exceptionem communis utilitatis statuum, Appellatis malè obijci, ad hoc, vt actio distrahatur & diuidatur in plures Reos. Cum notoriũ iuris sit, hypothecam & actiue & passiuè esse indiuisam, nec diuidi, inuito creditore, *l. 1. C. de iur. pign. l. solutum, §. si creditori, de pignor. act. Molin. in tract. de diuid. & indiuid. part. 3. n. 28. Facit, vt per Ronchegall. de duobus Reis instituendus ad leandẽ rem, n. 284.* His ita perpenſis, concludo, reiectis, siue non admissis grauaminibus, hęc productis, & causa pro conclusa in principali acceptata, pronunciandu, in priori instantia benè iudicatu, & malè appellatum, cum refusione expensarum.

Salus DD. votis.

D.N. Iurisdicctio & Procuratoria iusta & fundata, causam non esse prophanam, Actione dat, vt Referens. Esse probatam, Pro Elisione allegatum, vt Referens. Non elisam, Vult summã reducere ad legitimam ratam. Sicq; concludit cum Referente, nisi quod reformanda sententia, quoad ratam, cum expensis.

D.N. Cardinem negotii esse: An res Ecclesiæ sine solennitatibus possint alienari. Sed rem esse alienatam ad tempus, *gl. in cap. 1. de reb. Eccles. alien. vel non. ibi Dd.* Concludit, obligationẽ validã: Dat actionem qualẽ Seruianã, non esse absolutã alienationem vel venditionem. Quoad reductionẽ, vult reducere ad vicesimam, quia meminit, in hoc Senatu ita obseruatum, vt æquitas seruetur. Non curat morem in Belgico, quia in toto imperio sit, & hęc moderatur: alias in pœnã temerè litigãtis puniter. Expensas compensat huius instantiæ.

D.N. sibi difficultatem mouebat, quod cum Episcopus Leodiensibus & temporalia seu regalia ab

Impe-

Impetio in feudū possideat, non posse, &c. c. 1. de alien. feud. per Frid. Sed quandoquidem prouent⁹, seu rectoriam, & sic non ipsum feudū, sed eiusdem potius fructus & commoditates, prædicto redditui destinatos, eiusq; annua solutione grauatus (in cuius generis obligatione de Domini consensu non laborandum, vt per Referentem) non amplius hæret.

Quoad reductionem, secundum normam & præscriptum constitutionis Caroli ineundam.

105 Quin tacito populi & consensu derogari eidē constitutioni possit, extra dubium constituit *l. de quibus, in fi. de ll.* Et quamuis, quid in prouincia Leodiensi hac in re increbuerit, aut frequentatur, certò nequeat affirmare, per totū tamen ferè Belgium,

106 & in Ducatu Brabantia, qui agro Leodiensi confinis est, eiq; immediatè cohæret, emptiones reddituum ad ratam decimifexti denarii esse receptifimas, sibi peculiariter & priuatim esse notum: quam consuetudinem in Leodiensium morès facillè potuisse etiam prorepere, verisimile esse, arg. dict. *l. in quibus, in princ. & l. i. c. que sit longa consuetudo.* Quam opinionem præsumit, quia in duab⁹ prioribus instantiis, in ipsa Leodiensi prouincia agitat⁹, nil hoc nomine sit exceptum, imò eiusdem

107 prouinciæ Iudices & coram quibus causa bis acta (qui omnes territorii leges & consuetudines in pectoris scrinio habent reconditas, arg. *l. omnium, c. de test.*) vel ex officio saltem nil sub hac reductione decreuerunt, *tex. l. si seruus plurium, §. fin. de legat. 1. l. semper in stipulat. de reg. iur.*

Pœnam temerè litigantis si præmortuus Episcopus, qui tertio alicuius iudicii non bona fide subiit adhuc existeret, non euaderet: attamē cum sententiæ iam ferendæ executio in modernū Episcopum, qui alicuius fraudis aut suspicionis conscientia nequit argui, pœna ista eum multandū, æquitatis ratio admittere non videtur, qui peccauit, & ipse moriatur, diuinis præditum literis, & ex suo delicto vnumquemque pœna subiici, non autem alterius ciriminiis successorem constitui, æquitati consentaneum est, *l. crimen. de pen.* Quod

108 denique pœnæ & personam non egredi, sed eandem comitari debeant, est constitutum *l. sancim⁹. c. eod.* In omnibus itaque cum Referente concludit.

D. N. Vult quantitatem empti redditus ad vicissimam reducere, etiam expressè, non petente parte, sicut etiam factum in causa Mandesloe contra

110 enim facti est, nec præsumenda, nec in actis deducta, multò minus probata, & iudex ex actis,

111 non & ex conscientia priuata iudicare debet. Concludit, quoad empti redditus summam, excedentem Constitutionem Carolinam, faciendam moderationem: sic etiam quoad condemnationem expensarum, priorem sententiam reformandā, & eas compensandas.

D. N. Rem feudalem posse obligari: Roland. à Valle consil. 31. num. 61. nu. 64. vol. 2 & consilio 54. vol. 3. Caualean. de vsufr. mulieris. num. 184. & hoc iure vti-

mur, Hartman. Pistor. quæst. 24. n. 38. Et idem in censibus & redditibus feudilibus locum habet, *Dd. c. 1. §. his consequenter. Hic finitur Lex. Contr. ad. Pistor. q. 25. n. 22.* Ergo talis redditus fructus obligari possunt. Deinde posito, quòd res hypothecata fuerit feudum, tamen non releuat: Nam dato ex abundantia, quòd hypotheca nulla esset, tamen tenetur Appellans actione personali.

De pœna temerè litigantis, & licet hæres & successor non teneatur *l. 1. de priuat. delict.* Tamen limitatur, quòd pœna hæredi quoque officiar, quæ ipsi imponitur. *l. commissæ. de publican. & vectigal. l. 3. §. quod autem. glo. verb. etiam heredi. versicu. vel hic real. quod quisque iur. Gaul. de pace. pub. c. 20. lib. 1. n. 51.* At pœna ea est arbi traria, & pecuniaria. Quòd eo magis statui potest, quia successor temerè litigantis, non cessit liti, sed ratam habuit, & adhuc habebit: Vnde in eadem mala fide hærebit, & particeps erit. Sed quia libentius sentit cum Dominis, qui volunt ratam deducendam esse ad vicesimum denarium, hic etiam cessabit. Quæ sententia reformanda. Nam Episcopum & esse sub Imperio, & non exceptum esse consuetudine, de qua non constat. Compensatis expensis vtriusque instantiæ: Quia facienda reformatione sententiæ, tunc litis expensæ compensantur: *Gaul. c. 10. lib. 1.*

Sententia.

In causa quondam Domini Gethardi, Episcopi Leodiensis, nunc Laurentij Wildhelmi, tanquam Domini litis, Appellantis ex vna, contra quondam Annam de la Venne Viduam Matthiæ Henrici, & confortes in actis nominatos, appellatos ex altera partibus. g. auaminib⁹ 5. Octob. Anno 74. & additionalibus 15. Decembris, Anno 74. productis, tanquam irrelevantibus reiectis, causam ex officio pro conclusa acceptamus, & secundum hinc inde allegata & deducta pronunciamus, sententias priorum instantiarum reformandas esse, prout easdem reformamus, nempe hoc modo, quòd pro singulis centen⁹, quinque salte floreni annui compensandi. In reliquo verò bene iudicatum; malè appellatum. Expensas, in hoc Imperialis Camerae Iudicio factas, ex causis nos mouentibus, compensantes.

V O T V M I V.

In causa Nobilis L. von H.

Contra

Nobilem L. von H.

S V M M A R I A.

- 1 Citationes, in appellationibus ad altiore^m indagine & consultationem inuestigandam factis, vt iudicia liter petantur, vel decernantur, nec iuris necessitate, nec de iudiciorum ritu opus est.
- 2 Presumptio militat pro Iudice.
- 3 In dubio, an bene vel nulliter fit processum vel appellatum, iudicari debet, vt actus suslineatur vt magis valeat, quam pereat.
- 4 Iudex procedendo ad vltiora, regulariter tacite obiectionem reieciisse videtur.
- 5 Sententia declaratoria, & subsequuta confirmatoria, si sub nomine Iudicis, & verbis non leguntur, sunt nullæ.

- nulla. Limitatur in casibus aliquot. Tum si partes tacite vel expresse consentirent. *ibid.* numero 6. 7. §. 9.
- 10 Declaratio non debet fieri cum solennitate requisita in ipso actu Principali. Et declaratio testamenti dubij fieri potest coram duobus testibus. *ibid.* n. 11.
- 12 In sententia interpretatione tanta solennitates non requiruntur qua in sententia.
- 13 Declaratio sententia, non nisi semel fieri potest.
- 14 Appellatio ab executione non debet fieri. Neque à decreto executionis appellari potest. *ibid.* n. 15.
- 16 Sententia vim rei iudicatæ sortita, executionem habet paratam.
- 17 Cardo huius appellationis ex quibus dependet.
- 18 Verbum, Collatio, in materia familia heriscunda, quomodo intelligitur.
- 19 Suppletio siue adequatio, non tantum re ipsa, sed & pecunia, vel alia ratione fieri potest.
- 20 Conuento datur electio, an diuisioni consentire, an verò, quod iusto pretio deest, supplere velit.
- 21 Collatio fit duobus modis. Re ipsa qualiter fit *ibi.* n. 22.
- 23 Collatio honorum in quem finem inuenta.
- 24 Satis contulit, qui tantum remittit, quantum alius ex collatione habere debet.
- 25 Diuisionem in melius reformari, quomodo intelligendum. Et quibus de causis id tantò magis in hoc casu attendi debeat. *ibi.* numero. 26. 28. 30. 31. & num. 33.
- 27 Actualis & totalis diuisio an amplius peti possit, & quo auxilio renouari vel rescindi debeat.
- 29 Obscuritas ad iuris intellectum referri debet, & opinio minus ius civile ledens amplectenda.
- 30 Presumptio est præ sententia eiusq; declaratione.
- 31 In dubio magis fauendum est conuento.
- 32 Difficultas in facto, equiparatur impossibilitati.
- 34 In diuisione hereditatis latissimum est iudicis officium.
- 35 Secundo loco quid principaliter querendum.
- 36 Executionem fieri per Iudicem sententia non est opus sed territorij Iudex ad eam.
- 37 Inmissio fit vbi res sunt sitæ.
- 38 Iudex propria autoritate vel inspectione executionem expedire potest, vel duos bonos aestimatores mittere. Vel partes eligere possunt aestimatores vel arbitratores. *ibi.*
- 39 Quod iam est, magis fieri non potest.
- 40 Diuisio inter adultos retractari non potest, nisi probata vltra dimidiam iusta aestimationis.

Submissum esse potius super principali puncto appellationis, & actis prioribus, iuxta ordinat. par. 3. tit. 32. §. 1. & 2. qua super admissione grauaminum, vel non admissione ad probandum, satis constare puto, ex grauaminum, Exceptionum, & Replicarum petitionibus. Quod partes etiam in exordiis dictorum productorum non obscure innuunt, dum vtrinq; fatentur, grauamina nil continere noui, sed solummodo ex prioribus actis esse desumpta. Cui & protocollum Iudicij concordat.

Formalia appellationis, tam huius, quam

præcedentium instantiarum, sicut & Procuratoria, iusta esse, inter referendum admonuisse sufficere potest. Nullitates nonnullæ in grauaminibus obiectæ sunt, quas non attendendas puto. Licet enim Iudex Iudicij cum Homborn vno Borck 21. Aprilis Anno. 70. se declararit, se non posse recipere Appellationem, cum sibi non constet de sententia, à qua appellatum: Cum tamen ea declaratio, non in forma, vt patet ex sequentibus decretis iudicialibus, nec in vim sententiæ iudicialis, vel interlocutoria, quæ & ipsa reuocari posset, nec absolute & decisiuè, sed potius cum suspensione ad altiore inuaginem & consultationem sit facta, id quod ostendunt verba: *Es were dann / daß man mit Recht was fönt erhalten.* Ideo non puto multum referre, quod ab ea declaratione, ad cautelam & ex abundantia appellatum, neque appellatione neglecta prima in effectum deducta, & ad eius prosecutionem rirè, decimo videlicet Maij sequente, processus imperati fuerint. Prout nec iuris necessitate, ¶ nec de iudiciorum ritu opus est, vt eiusmodi citationes iudicialiter petantur vel decernantur. Malè igitur hoc loco dicitur, per actum appellationi contrarium, ab ea esse recessum, eique renunciatum, sicq; desertam appellationem in puncto Executionis.

Deinde ex altero capite (quod videlicet Iudici & Iudicio intra decendum sein *Gerechtigkeit nicht soll gegeben sein*) desertio malè præ tenditur: nam acta priora diuersum habent: videlicet Lubertum se purgasse iudicialiter, dicendo, se cum appellatione simul deposuisse quosdam nummos, quos Iudex receperit, & contentus fuerit, eique sententiæ 23. Maij satisfactum esse, reprehenditur ex eo, quod postmodum Iudex, recepta appellatione, pro declaratione sententiæ late Veneris post Vocem Iucunditatis Anno 60. Acta remisit Iurisperito, quod testatur decretum 24. Maij, iuncta ipsa sententia declaratoria 15. Decemb. eod. Anno publicata, vbi Iurisperitus rescribit, sibi pro declaratione d. sententiæ à Iudice & partibus acta esse remissa. Nisi enim appellans tunc, pro more Iudicii, & vigore præcedentis decreti, 23. Maij Iudici debitos nummos numerasset, nec appellatio recepta, nec Acta Iurisperito remissa, nec sententia declaratoria iudicialiter publicata fuisset. Sicq; nec ex hoc capite desertio colligitur: Militat enim ¶ pro Iudice præsumptio, ¶ ritè processerit l. 1. C. de offic. ciuil. iud. leg. Herennius. §. Caia de euict. cap. Pisanus de restit. spoliat. Gail. obseruat. 72. lib. 2. Et quando est dubium, ¶ an benè vel nulliter sit processum, tunc iudicari debet, vt actus sustineatur & valeat magis, quam vt pereat. *Vant. de nullitat. per multa alleg. rit. qualiter sent. null. defend. possit n. 27.* Estque in dubio pronuntiandum, appellationem valuisse, nec esse desertam: *Vant. d. l. n. 128. per multa allegata.* Nec opus fuit Iudici, pronuntiare super ea desertione, quæ nunquam extitit. Regulariter enim ¶ Iudex procedendo in causa, eam obiectio nem reiecit dicitur, per *Dd in c. ex parte. de Appellat. Bar. in l. à procedente Iudice. C. de dilat. Alexand. consi. 37.*

num. 18. 19. lib. 2. Van. quib. modis sent. repar. n. 9. Quia procedendo ad vltiora, videtur tacite pronunciasse super exceptione, Bald. c. 2. de iuram. calu. Phil. Franc. late. d. c. ex parte. n. 10.

Tertio obiectum est, sententiam declaratoriam, et subsecutam confirmatoriam, esse nullas, quia non lectae & publicatae sint sub nomine Iudicis, & verbis, non primae, sed tertiae personae, iurisperitorum videlicet, quorum consilio Iudex usus est, tunc enim non rite & in scriptis lata praesumitur, Rota dec. 409. in nou. per V. in cap. ex defect. process. n. 76. Ergo ipso iure non valebit, nec necesse habebit ab ea appellari, cap. si. de sent. & re iudic. in 6. Van. iam d. loco n. 70. per plura. Id tamen et intelligitur & limitatur in nonnullis casibus, ut si partes tacite vel expresse consentiant, taliter ferri sententia: arg. leg. videamus. §. si tamen eantam. de in litem iurand. leg. fin. in fi. de temp. appell. l. si constante. C. de donat. ante nupt. Qui consentus ex actis facile colligi potest, licet in hoc Doctores discrepent. Vel, si Iudex est laicus imperitus, l. certi. C. de iud. alias enim iurisdictio expediri non potest, ut inquit l. 2. de iurisd. om. iud. Vel si consuetudo et loci id ferat. Item in causis, in quibus libellus et non est necessarius, ut per Specul. de sententia. §. iuxta propositionis. n. 12. Item, ubi non et tam sententia, quam declaratoria sententiae fertur & publicatur, prout est nostro in casu: Tunc enim locum habere, quod dicitur: Declarationem et fieri non oportere cum solemnitate requisita in ipso actu Principali, leg. heredes palam. & 2. ibid. Bartol. de testam. Sicut enim et declaratio testamenti dubii potest fieri coram duobus testibus. Bartol. leg. prima, C. de Codicill. & in dict. §. 2. Ita et in sententiae et interpretatione tantae solennitates non requiruntur, quae in ipsa sententia. Bartol. in leg. ab exco. n. 8. de Appell. per dict. leg. heredes. §. 2. de testib. Et puto, nos iam non esse in casu prohibita interpretatione sententiae, ubi ea, vel mutatur, vel augetur, vel restringitur, ut notatur per Bartol. & Dd. in dict. leg. ab exco. de Appellat. sed in nudis terminis declarationis, ubi nihil noui fit, ubi ibid. Bart. & Inson post alios in l. quicquid. de verb. obligat. Cui etiam accedit, quod ex actis colligitur, nostram declarationem expresso partium consensu esse subsecutam. Quod vero talis declaratio dubii & obscuri, per Iudicem, praesertim ordinarium, ut nostro casu factum, cum consilio & consensu partium recte fiat, refert etiam Gail. obseru. 116. lib. 1. n. 1.

Quarto, nullam et esse sententiam declaratoriam ex capite, quod sit contra sententiam priorem, & sic sententia contra sententiam lata, l. prima, C. quando prouoc. non est necess. Franc. cap. dilecto. quest. 14. de appellat. Felin. c. inter monasterium. de re iud. Sed si recte prior cum sequenti sententia confertur, id vix elici poterit. Licet enim in priori, dictio, conferre, intelli possit, prout appellans accipit: tamen etiam in altero significato sumi potest: Sicq; hac in parte dubius est eius intellectus, qui recte interpretationem admittit per supra allegata.

Quinto obiicitur, secundam sententiae interpretationem esse nullam: cum declaratio non nisi

semel fieri possit, l. in dict. l. quicquid astringenda de verb. oblig. Quia Iudex declarans verba ambigua sententiae vel contractus, id mutare, corrigere vel variare nequit Ang. leg. quod iussit. de re iud. l. si quis intentione. de iud. glos. in d. leg. quicquid astringenda. de verb. oblig. Sed responderetur, iterata interpretatione, vel contrariam primam factam non esse: missua enim D. Echtiij aliud non habet, nisi quod se offert ad declarandam sententiam, si id exigatur: sicque ad declarandum obligatio potius, quam ipsa interpretatio sit, prout in ea missua ex priori sententia reperitur, conferre esse idem, quod Embringen. Secus autem apparet ex sequenti declaratoria, quod ipsemet appellans ita intelligit & fatetur, quod nunc praecipuum est inter eius grauamina.

Tandem allegatur appellatum esse et ab executione, quod fieri non debet, ut est communis conclusio Dd. notatur in leg. ab executione. quorum appell. non recip. d. l. ab exco. de Appell. Sic etiam a decreto et executionis non appellatur. Bald. in dict. l. ab executione. Spec. tit. de appell. §. in quibus. versic. & scias Alexander consilio 18. colum. pen. in fi. versic. fortius dico. volum. 6. & consil. 95. colum. 2. versic. quid aurem vol. 2. Felin. c. quoad consultationem. n. 18. 20. de re iud. dicit esse communem. Sed puto casu nostro permissam esse Appellationem, siue dicamus ab Executione, siue a decreto Executionis prouocatum. Quia illic consideratur, quod modus dicitur excessus, & quod in appellatione expressa est causa eius excessus & grauaminis Bartol. & Dd. in dict. l. ab executione. Abb. in dict. cap. quod ad consultationem. numero 30. de re iud. Marant. verb. Executio sententia. numero 55. Hic vero, quia ex ea pronuntiatione siue decreto de exequendo nouum grauamen a prima sententia siue pronuntiatione illatum esse dicitur, quo casu etiam permilla est appellatio Spec. ibid. Ioh. Ann. Andr. in tit. de execut. sent. §. pen. versic. sed secundum eum. Felin. dict. capit. quod ad consultationem, numero decimo sexto, de re iud. Sed nostro casu appellatum esse ab ipsa Executione, imo & mandato executionis, ipsa quae duo simul coincidisse probat copia Executorialium, inserta actis primae instantiae huius causae ubi 13. & 17. Aprilis Anno 70. An vero hic sumis in casu permilla Appellationis, vel non, erit hoc in causae decisione discutiendum. Hoc loco officere puto admonuisse, nullitates ex primis instantiis obiectas; iurisdictionem Camerae non remouari.

Actionis genus primordialiter in hac causa institutum, anxie nobis inuestigandum opus esse non puto, cum sententia et super ea pronuntiat, 16 vim rei iudicatae sortita sit, quae executionem paratam habet: quae finem controuersiae imponit, & pro veritate habetur iuribus vulg. Si tamen vile videbitur, certam sedem & statum controuersiae definiri vel ostendi, tunc ex actis satis conspicuum esse puto ab initio, siue in primo causae processu actum vel familiae heriscunda; vel de doli actione. Cum enim dolus incidit in contractum bonae fidei, vel causam ei contractui dat, recte agitur hac via ad restitutionem, vel retrahendum, leg. & eleganter. in

princ. de dolo. l. si plures. l. arbitrio. eod. titul. Petr. Iacob. in form. libell. act. de dolo. num. 4. Vel actum conditione ex l. maioribus. C. commun. vtriusque iud. ex qua & datur actio præscriptis verbis, & Iudicium communi diuidundo, Ioh. Fab. ibid. vel actum vtili cōditione ex l. 2. de rescind. vend. Quod magis hoc casu placet. Quia omnia hic concurrere videntur, ex quibus cōdictio ex l. dari debet, per text. in l. 1. de cōdict. ex lege. Illa enim l. 2. de nouo succurrit, cū antea nullū remedium læsis datum sit. Rationibus hoc probat Pinellus in repet. d. leg. 2. part. 1. c. 1. n. 2. 3. Et tali casu obligatio non resultat ex tenore conuentorū, sed principaliter ex æquitate, cui d. l. 2. vires tribuit d. leg. 1. de cond. ex leg. Quod autē ea legis secundæ decisio, locum habeat et in materia diuisionis bonorum, notat gl. Bartol. Bal. Castr. & alii hinc inde, præsertim in d. l. maioribus. C. commun. vtriusque iud. & in d. l. 2. Schiuff consi. 85. n. 15. 16. cent. 1. Quodque super hac actionis specie pronunciatum, idque iam in iudicatum abierit, ante atigi, & ipsius sententiæ tenor satis declarat. Non igitur conuenit iam excutere, an & qualiter probationes & deductiones in primo processu hincinde agendo & elidendo factæ fuerint, nisi velimus actum agere, & superfluos labores sumere.

Sed id iam præcipuum est, videre, An grauamina appellationis, quatenus concernūt merita causæ, siue materialia, & quæ principaliter consistunt in puncto iuris sint fundata. Cardo enim † est. An sententiæ prioris declaratio, eiusque secuta cōfirmatio, iure cōsistat. Cuius resolutio ex hisce duobus dependet dubiis. Primo, an vigore sententiæ, Veneris post Vocem iucunditatis Anno 60. latæ, quæ transiit in rem iudicatam, collatio & diuisio bonorum paternorum & maternorum ita faciēda sit, vt omnibus bonis conferendis, à cohæredibus reuocatis, & in commune latis siue positis, ac si neuter possessionem separatam vnquā habuisset, demum partitio fiat. Vel quod collatis & æstimationis bonis, id quod iusto precio alterius partis deest, suppleatur, & cohæredi in pecunia satisfiat, æqualitasq; constituatur. Quod itaq; tali casu realis bonorum, sicque iterata diuisio, & non pecuniari suppletio fieri debeat, asserit Appellās noster. pe. tex. in l. incerti. C. famil. hercisc. l. hæredes. §. in familia. D. rod. Verbum enim, † collatio in casu familiaris herciscundæ, aliter non intelligi quam in medium latis, & communicatio bonorū defuncti, notatur in l. 1. de collat. bon. Bart. ibid. in rubr. Azo & Ias. eod. tit. in rubr. Nam quod erat proprium, dicitur ibi in medium collatum, id est, communioni subiectum: Et si infusio siue coadunatio rerum conferentis in res communes, seu cum rebus communibus diuidendis, vt not. in l. si soror. C. de collat. Alberic. de Rosat. in dicto verb. collatio. Ideo quidā tradunt, non audiri contentum, qui vult in pecunia satisfacere, sed eum præcise teneri in rebus ipsis diuisis, vel quod iterum fiat diuisio, Ioh. Fab. in d. l. maiorib. Sequitur Molin. de contract. vsur. & commer. n. 182.

19 Sed è diuerso, quod suppletio † siue adæquatio fieri possit, non tantum re ipsa, sed & pecunia, v

alia ratione, probat text. in d. l. 2. & l. si voluntate. in si. C. de rescind. vñ. c. cum dilecti. de empt. & vend. Datur enim † electio cōuento, an consentiat rescissioni diuisionis, vt alia fiat, an vero velit supplere, quod iusto precio deest. Idq; in materia d. l. 2. expeditum est, per eum. tex. & d. l. si voluntate. in si. communiter sentiunt Dd. Quia emptor vltra dimidium deceptus, potest petere, vt restituatur id, quod vltra verum precium dedit, vel, vt totus contractus rescindatur, sicq; petitur vtrumq; alternatim: Sed in arbitrio rei conuenti est, alterum eligere. Refert Oldend. in class. 4. act. 1. cap. 6. n. 7. Et licet hoc loco disceptetur inter Dd. An sola res distracta sit in obligatione, supplementum verò pretii in facultate soluedi, prout est opinio glossæ, quam sequuntur plurimi; An vero & res & pretium sit in obligatione, vt communiter tenent Canonista in d. c. cum dilecti. de empt. & vñ. tamen eam alter catione minimi, vel nullius momenti esse, comprobat Pinell. d. l. 2. part. 3. c. 3. n. 7. & 8. vbi dicit: siue vna siue altera opinio teneatur, nihil impedit Libellum & Iudicē procedere. Sicut enim procedit libellus alternatiuus, ex glossæ sententia. Ita secundum Canonistas valet, si agēs simpliciter esse petat, idque quammaximè in casu hoc, l. 2. vbi per apertum & clarum ius, cōuento salua manet electio, & modus agendi, conuento nil adimit. Sufficit ergo, si apte narretur, vt ius elici possit (id quod nostro casu, ex sententiæ & re iudicata perspicue habetur) cui? veritas ex verbis agentium non mutatur, l. sicut. C. ad l. Cornel. de fals. Nec enim ad actorem spectat, formare sententiā, cum Iudicis & agentis diuersa sint officia, l. deo inquit Bar. in d. l. 2. numer. 16. hic varie peti posse, vno modo, vt libellus concludat alternatiue: Alio vero, quod solammodo petatur res restitui, & hoc veniat iure actionis, sed per officii Iudicis dari conuento facultatem retinendi rem, & supplendi iustum pretium: & Bald. ibid. n. 19. Quamuis autē sententiæ nostræ tenor innuat, simpliciter ad rem ipsam, siue portionem iustam hereditatis obtinendam, casu nostro actum & petatum: id quod iam præcipuus controuersie status est, vt dictum. Quia tamen in hac materia, iura petitionem vel præcisam vel alternatiuam admittunt, vt vtroque modo agi possit, & vtroque conuento libera sit electio, eaq; opinio verior & receptior censeatur, quæ ex reg. l. 1. C. de form. sublat. iuuatur, vbi rei veritas, non formula attenditur. Ideo puto, id per supra dictas rationes nō attendendum, sed tam id quod petatum, quam quod iudicatum subsistere, ita vt conuentio, legis beneficium, (electio videlicet,) saluum maneat.

Similiter nec obstant, quæ supra ex definitione & etymo dictionis, Collatio, siue conferre, præmissa sunt. Fit enim † collatio duobus modis, videlicet vel re ipsa, vel cautione. Si re ipsa, † tunc fit vel per actualem diuisionem bonorum conferendorum, vel per æquipollens, quia in eo dicitur fieri collatio, vt si tantum remitto, quantum teneor conferre, & idem, si nomen debitoris paterni tibi delegaero, vel fundum, aut rem aliam dedero pro

pro parte bonorum, quæ debeo conferre, dicit *Vitalis Neumanensis in tract. de collation. part. 2. num. 24.* Ex æquipollentibus enim quod fit, non refert, *l. si doicominisse. §. si cui. de leg. 3.* Et collatio ꝑ bonorum tantum æqualitatis seruandæ gratia est inuenta, *Bald. in leg. illud. in princ. C. de collat.* Habita itaque qualitate, de modo non curatur, *leg. si sui natura. quem ad. testam. aper.* Inde dicitur, satis contulisse, ꝑ qui tantum remittit, quantum ex collatione alius habere debet, est *text. in leg. prima. §. aut enim re. dict. de collat. bon.* Et sunt iuxta hanc distinctionem etiam intelligendi supra allegati textus, *in leg. in veri. l. donatio. l. heredes. §. in familia:* qui in genere & indefinite dicunt, rationem habendam reru, quas cohæredes assumpserunt vel deteriorarunt. Cui nec nostra sententiæ declaratio repugnat, sed potius consona est, & inde desumpta videtur.

Quod autem non tantum in contractibus regulariter electio detur debitori, *leg. plerunq. in fin. de iure dot. notatur in l. stipulationum quadam. §. qui il. l. d. leg. si stipuler. ibique Zas. de verb. obligat.* Et vbi quota debetur, vt aliud pro alio solvatur *l. non amplius. §. fin. cum leg. seq. de leg. primo.* Verum etiam in diuisione bonorum, decisio, *dict. leg. 2.* quoad electionem, vt ea competat conuento, locum habeat, adeo vt liberum ei sit, vel consentire rescissioni diuisionis, vt alia, fiat, vel supplere, quod iusto precio deest. Sicq; non obstat, quod dicit *Iohann. Faber. & Molin. supr. citatis locis.* Patet ex eo, quod dum *Dd. comuniter tradunt, dict. l. 2.* procedere in diuisione bonorum, per id non obscure significat, etiam vigore eius legis, conuento competere electionem, Ideoq; *& Bal. in dict. l. maioribus num. 2.* dicit: si actum sit ex diuisione facta, ob enormem læsionem, vltra dimidium, & petitum, diuisionem ꝑ in melius reformari (provi hoc casu dicta sententia innuit) tunc id intelligendum, vt vel recedatur à diuisione, vel factio iustificetur seu suppleatur, & id, quod est immoderate factum, reducatur ad modum, vt *leg. placuit. de vsur.* Ideo inquit, si fratres diuidant ad breuia, & fortis infœlicitate emergit intollerabilis deceptio, debet ea in melius reformari, *per dict. leg. maioribus. & leg. 2. §. primo, in fin. ibi, vel estimatio reru, vel diuisio celebretur. C. quando & quibus quart. pars deb. lib. decimo.* Idque nostro casu tanto magis attendi potest: Primo, ꝑ cum ipsi litigantes (vt ex actis notorie patet) inter se omnia bona hæreditaria, actu & re diuiserint, suamq; portionem quisq; tenuerit: Quæ actualis ꝑ & totalis diuisio amplius peti non potest *leg. si filia §. familia hercis. l. 1. cap. eod. facit optimus textus, in leg. fin. dict. tit.* qui dicit, fratrum communis hæreditatis diuisionem renouari vel rescindi non debere, nisi auxilio ætatis, cõcordat textus, *in leg. si maior. C. commun. diuidu.* Vel nisi fiat per modos & rationes, de quibus actum supra, & quæ in aliis iuris partibus explicatur.

Deinde & ob hoc, ꝑ quod versamur hic in materia dubiæ interpretationis sententiæ: quo loco statur: regulæ quod obscuritas ꝑ ad iuris intellectum referri debet, & amplectenda est opinio, quæ minus lædit ius commune.

Tertio, ꝑ quod præsumptio est pro sententia, eiusq; declaratione, præsertim vbi partes expresse elegerunt declarationem Iurisconsulti, cuius cõsilio prior sententia facta est: prout & alias in ambiguis maxime spectatur sententia proferentis. *leg. in ambiguis. de Reg. iur. cap. quacũque arte. vigesimo secundo, quest. quinta.*

Quarto, ꝑ quod in dubio magis fauendum est conuento, *arg. l. seruum. §. si quitur. de verb. oblig. leg. si plures. §. 2. in fin. de pos.*

Concurrit cum supra dictis etiam magna difficultas nouæ diuisionis. Vt inuenit circũstantiæ, quia & personæ & res diuidendæ, per hoc maiori bus rixis inuolueretur, quarum difficultatũ quædam in Exceptionibus. 7. Sep. emb. Anno 73. productis enumerantur, id q; impossibilitati æquiparatur. Si n. difficultas ꝑ inueniet in facto, perinde est, ac si fieri nõ posset, *Spec. in §. nono, tit. de obligat. & solut. Felin. cap. Ecclesie S. Marie. n. 86. de constitut.*

Tandem mouet, ꝑ quod sententiæ nostre declaratio, se effectualiter fundat super æquitate, & iudicis, siue magistratus officio, quod in materia diuisionis bonorum versatur circa assignationem rerum aliquarum integrarum, vel earum æstimationem, vt per *Plateam in §. quædam actiones, nume. octauo. de Actio. & §. si familie. nu. trigesimo, de offic. iud. institut.* vbi dicit in diuisione rerum corporalium, quæ commodam non recipiant diuisionem, vna res tota vni adiudicatur, sed is grauatur in danda pecunia alteri, vt sit æqualitas. Est bona glossa *in dict. l. secunda. verb. Participibus,* quæ cum textum cõtra maleuolos cohæredes notat, qui (vt inquit) propter vnius minimam portionem vel alterius maximam, volunt diuidere hereditatem minutatim, cum potius per vni e sitatem fieri debeat, q; Itali vocant in g.osso, id est, per assignationem aliquarum rerum integrarum, vel rerum æstimationem. Hinc *Ferrariens. in form. libelli pro hereditate, vel re singulari. §. primo, n. trigesimo quinto,* dicit, in diuisione hæreditatis latissimum esse iudicis officium: quia si viderit commodius esse, poterit vni assignare vnã rem in solidum, & alii aliam, vel vni fundum (inquit) & alii pecuniã, vel alia similia facere, quæ utilitati ipsorum heredum viderit expedire, *per leg. item Labeo. §. primo, & l. heredes. §. pen. & alia iura ibid. alleg. famul. hercis.*

Si igitur declaratio sententiæ, à qua appellatũ ad prædictas iuris decisiones referatur, meo iudicio satis liquebit, eam priori sententiæ non repugnare, sed iuri, æquitati, & intellectui genuino sententiæ congruere, & ab appellante non iustis rationibus impugnari. ideoque recte fieri, vt collatis & æstimatis bonis hæreditariis, id, quod iusto precio alterius partis deest, suppleatur, & cohæredi in pecunia, vel alias, satisfiat.

Secundo ꝑ loco principaliter queritur, An sit computandum id, quod quisque meliorauit, vel deteriorauit, & facienda collatio & suppletio, priusquam ad diuisionem procedatur: vel primo diuidendum, & deinde meliorationum & aliarum rerum habenda ratio.

Huic

Huic quæstioni non parum lucis adfert resolutio præcedentiæ. Ex eis. n. omnino hæc dependere facile colligitur, quæ & ibidem dilucide quasi decisa videntur. Dum autem hic de modo & forma diuisionis, eiusuè reformationis solummodo agitur, id quod magis requirit factum ex re & occasione, quam cognitionem præcisam iudiciale. Latissimum enim Iudicis officium ibi versatur, quod à nobis certis limitibus & regulis præfiniri minime potest, quo & sententia declaratoria respexit: ideoque secundum qualitatem rerum, personarum, consuetudinis loci, & iurium singularium, de quibus sane parum in actis nostris extat, perperam factæ diuisionis (*vt inquit rexus in dict. leg. maioribus.*) in melius reformatio facienda est. Simul autem & vna cum actu diuisionis, etiam æstimationem rerum, & reductio ad æqualitatem, suppletionemque eius, quod alteri deest, sicq; consilium ex re & occasione commodissime debere mihi videtur, vbi etiam simul computatio meliorationum, deteriorationum, alienatorum & receptorum succurret. Sufficit enim sententiam conlequi effectum, vt ut id fiat. Et sicut non est opus, 36 ¶ per Iudicem sententiæ fieri executionem, sed aditur Iudex territorii, *leg. prima, de bon. auth. iud. poss. fid. ibi Bartol. numero primo*, sitque immissio, ¶ vbi res sunt sitæ, *Bartol. in leg. cum vnus, §. is qui possidere. numero primo, dict. tit. de bon. auth. iud. poss. & leg. legitimos, numero quinto, de legit. iur.* Sic etiam nostro casu, forma & modus reformandæ & reducendæ diuisionis, commodius tradi nõ potest, quam per Iudicem & magistratus loci, ex præscripto declaratæ sententiæ, & ex re nata, vel, vt occasio tolerit, qui in diuisione suo arbitrio rem licitare possunt, etiam nullam partem interrogando, *Bartol. l. ad officium. C. Commun. diuid. & l. cum Aquiliana. de trasfact.* 38 Et potest vel ipse Iudex ¶ propria inspectione id expedire, vel mittere duos bonos æstimatores, vt per *Bartol. in dict. leg. 2. C. de rescind. vend. numero vigesimo*, vel etiam partes eligere possunt arbitratores, & æstimatores, secundum ea, quæ refert *Pinell. in dicto loco part. 3. cap. 4. num. 3. 4. 5.*

Quod autem (vt ego opinor) hic fieri nõ possit, vt primo, diuisio ad æquales portiones inter fratres denuo fiat, & deinde computetur, quantum alteri deest: ratioque postea meliorationum receptorum & alienatorum habeatur, me mouet supra adducta argumeta. Si enim reductio in melius dicto modo faciendæ, videlicet, vt quisq; seruet eam partem, quam ex prima diuisione accepit, ita tamen, vt adæquatio per omnia fiat, frustram quæri videtur, an primo partes sint faciendæ, cum prius factæ non mutentur, & quod ¶ iam est, 39 magis fieri non possit. *§. sic itaque discretus. Instituit. de action. actusq; potentiam excludat, leg. si ita fuerint. vers. non enim. de manumiss. testam.* Et quid multis opus, ipsa sententia declarata, quæ in rem iudicatam cessit, hoc dubium dilucide tollit & definit: sic etiam habet: *Sollen als dann alle/te. zu conferieren vnd eynzubringen / vñnd folgens / wie sich gebürt, vñder sich als Gebrüder iusthelle schuldig seyn.*

A qua sententia & re iudicata, eiusque consona declaratione, nobis recedere haud conuenit.

Concludo itaque, sepe dictam declarationem, eiusque confirmationem, etiam nostro calculo approbandam, & pronuntiandum, bene iudicatum, male appellatum, cum refusione expensarum. Si tamen domini maluerint expensas compensare, non refragabor: possunt enim ex actis prioribus nonnullæ causæ colligi, quibus appellans ad prosecutionem rationabiliter motus fuit.

Saluis votis.

D. N. Correferens concludit simpliciter, vt referens: quia illa sententia æquitati magis conformis, & ad præcauendas discordias inter fratres: quæ si in alteram sententiam descenderimus, facile excitari possent maximæ lites: approbat ideo sententiæ rei iudicatæ vires fortitam: Quoad declarationem, pronuntiat vt referens, quam etiam omnes interpretes in *l. 3. C. de trasfact. præsertim Cagnol. in d. l. 2. C. de resc. vend. Couarruu. variat. resol. 2. c. 4. numero 11.* Hanc eandem declarationem videtur quoque approbare appellas: dum se offert alteri fratri relinquere optionem, quam cū appellatus habebit liberam, absq; dubio bona iam diu possessa obtinebit, offerendo alteri precium pro eo, quod sibi deest. Mallet tamen expensas compensare: quia Iudex executionis de vero intellectu sententiæ exequendæ dubitauit, vnde aliqualem dubitandi, & sic appellandi ansam habuit.

Saluo.

D. N. Sententiam primam in effectu nouam diuisionem videtur admittere & iniungere. Quod confirmant executoriales & grauamina appellatis tunc Luberti. Eam actoris mentem fuisse, & ita libello primo petiti, apparet ex *Bisachen / cur appellatio non sit recipienda. Primo, quia bis ibi repetitur dictio Schriftlich, & non de reali applicatione possessionis, & eius abdicatione. Deinde per verba, vñnd also lang von einem Theil jmhäbender Güter. Tertio, quod dicto modo æstimatione facta, etner dem andern sein Theil justellen soll. Ideo nil, quoad sententiam Iudicis, est dubii. Quod autem appellas nouam diuisionem vrget, ac si nulla alia præcessisset, non videt cum Dominis Referentibus, quomodo vel qualiter iustum grauamen ostendi, & sententiæ declaratorie in melius reformati possint. Cum & iuri & æquitati, imo expeditiori via ad concordiam magis conueniatur, quam si ambagibus locus detur. Nec etiã ¶ diuisio retractari potest inter adultos, nisi probata ultra dimidiã iustæ æstimationis læsione. 40 licet ad suppletum æqualitatis agi possit. Nam deidentes ad æqualitatem sunt reducendi, sicut si erratum in ratione vel calculo: Quo argumento vtitur *Bartol. vt per Socin. consilio quadagesimo octauo numero quadagesimo secundo, volum. 1.* Sententia autem & iuramentum præsupponunt errorem. Cū autem in proposito non ultra, sed infra dimidiũ læsio probata sit, sequitur, priorem non esse retractandam, sed tantum ad æqualitatem redigendam.*

dam. Concludit cum Referentibus. Expensas vult compensare.

D.N. Causam satis à Referente deductam, ideo cum eo concludit, compensatis expensis.

D.N. etiam cum Ref. compensatis Expensis.

VOTVM V.

In causa N. contra N.

SUMMARIA.

- 1 Formalia Appellationis, & procuratoria carent defectu.
- 2 Appellationis formalia, propter Appellantis paupertatem, simplicitatem, & verendum erga Magistratum iustificata.
- 3 Consensu partium prorogatio fieri potest.
- 4 Leges varia remedia pro pensionibus seu redditibus annuis exigendis subministrant, ut ibi. num. 5. 7. & 9.
- 6 De similibus ad similia proceditur.
- 8 Ad suam possessionem qui non admittitur reuenire, videtur quasi expulsus.
- 10 Ad probationem huius actionis tria principalia requisita proposita sunt. Quae ibidem sequuntur sub num. 11. 12. & 18.
- 13 Instrumentum qui tradit, videtur tradere possessionem rei. Sic in legato Chirographi vel nominis, continetur substantia debiti, tam in contractu, quam in vltima voluntate. ibi. numero 14.
- 15 Instrumenti traditio habet licentiam exigendi debitum. Et possessor habet in se presumptionem traditionis. num. 16.
- 17 Dominium praesumitur ex possessione de presenti.
- 19 Negatoria datur domino praedij, prohibenti alium vti seruitute, vel volenti depellere inferentem vim siue seruitutem praedij.
- 20 Res ex quo est mea, esse dicitur & libera.
- 21 Agens confessoria quoties est depellendus, adeunda est via negatoria.
- 22 Praecipua, quibus se fundat Reus in hoc casu, quae & num. 23. 24. & 27.
- 25 Producent chartam vel instrumentum, tenetur regulariter in totum, & non in partem ei stare.
- 26 Confirmatio & appensio sigilli Scabinatus N. documento fidem & auctoritatem tribuit.
- 28 Libertas omnibus rebus est favorabilior.
- 29 Instrumenti nuda detentio sufficientem dominij causam non prebet.
- 30 Agens ex donatione siue cessione, debet de ea fidem facere.
- 31 Actor si non est competens iudicium stabiliri nequit.
- 32 Dicitur, de instrumento, tribuente privilegium circa executionem, quomodo intelligendum.
- 33 Possessio non sufficit, nisi probetur titulus.
- 34 Fictus titulus & ficta traditio iuris effectum non sortiuntur.
- 35 In cessione necesse est exprimi causam cessionis.
- 36 Traditio nuda corporaliter, sine causa facta, non transfert dominium rei mobilis. Nec nuda quasi traditio actionis transfert vtilem actionem nec directam.
- 37 Causa in libello, ex qua facta est, cessio exprimi debet.
- 38 Cessio in praesentem vel inherentem causam, eo ipso videtur facta, quod traditur instrumentum.
- 39 Distinctio Baldi de traditione instrumenti quae & quadruplex.
- 40 Traditio inter partes per instrumentum conductionis probatur, secus est quoad alios, vel tertios.
- 41 Obligationis littera siue instrumentum non facit fidem, quoad extraneum, imo nec nocet, nec prodest extraneo. Eodem modo per locationem solam nec probatur possessio, nec dominium, nec traditio possessionis ibid. n. 42.
- 43 Quodlibet praedium praesumitur liberum à seruitute.
- 44 Partem qui non habet, nec totum habere potest.
- 45 Iura non ferunt, ut duo pluraue specialia circa idem simul concurrunt.
- 46 Extranea sunt inhabilia, propter inhabilitatem & defectum iuris vel dominii alienantis & transferritis.
- 47 Dominium eiusdem rei, duorum esse simul, & in solidum, natura non patitur, nec leges.
- 48 Quod vno loco includitur, alibi excludi conuenit, Et de vno conceditur, de alio negatur.
- 49 Titulus hominis vbi extat, ibi conquiscit prouisio legis.
- 50 Praesumptio cedit veritati.
- 51 Titulus vitiosus & inualidus etiam ex quacunque possessione minime conualidari potest.
- 52 Coniectura alia quam donationis, vbi dari potest, tunc ea non praesumitur.
- 53 Donatio ex praesumptione fundata, nonnumquam fallax est, & de re non vera.
- 54 Fictio aut praesumptio plus momenti & roboris habere non debet, quam veritas: nec tacitum plus valere expresso.
- 55 Possessio est facti, nec praesumitur.
- 56 Registra & inuentaria omnes receptores conficere debent, etiam priuati, qui ad rationes tenentur.
- 57 Solus temporis cursus non est potens ad inducendam obligationem nec ad inducendum titulum.
- 58 Obligatio oritur ex praestatione decem annorum. Quod tamen pluribus modis limitatur, ibid. n. 59. & seq.
- 60 Praeiuudicium graue dicitur, vbi vertitur amissio dominij.
- 61 Coactio vel compulsio ipsa praesupponit conditionem & resistantiam: Et sic excludit possessionem quietam.
- 62 Metus praesumitur inter dominum & subditum.
- 63 Bona fides in dubio praesumitur, secus vero est, quando sunt aliqua circumstantia, excludentes praesumptionem.
- 64 Cursus temporis quando non prodest, nec allegatio tituli vitiosi.
- 65 Praestatio debet esse formis, & cum causa.
- 66 Priuilegiatus contra priuilegiatum non vtitur priuilegio.
- 67 Pia causa ratio non habetur quando ei resistunt fortiores probationes. Et iniquum est, si illiquidum vincat liquidum ibid. n. 68.
- 69 Misericors persona agens, quando habet priuilegium eligendi forum. Secus vero si constet de simulatione &c.
- 70 Priuilegiati duo cum diuersis, diuersis respectibus agant

gunt, vnus videlicet de damno, alter de lucro, is tunc qui damnum sentit, gaudet priuilegio.

- 71 Instrumenta in antiquis magis probant, quam testes.
 72 Scriptura minus solenni quando datur fides.
 73 Præstatio Canonis facit præsumptionem, omnia debito modo interuenisse.
 74 Possessio ex solo locationis instrumento probetur, contra conducentem tantum.
 75 Titulus donationis & cessionis interuenisse præsumitur, quando habet admixtum factum hominis, scilicet solutionis.
 76 Longissima, & ultra memoriam hominum detentio, &c. habent vim tituli.
 77 Possessionem instrumenti tenens, rem ipsam, tam rei mobilis quam immobilis habere videtur.
 78 Nuda confessio rei, secuto tamen solutionis censu, probat dominium directum pro concedente, contra Emphyteutam.
 79 Emptor pro dominio præsumitur emere, nisi expresse, ratione Emphyteusis emat.
 80 Substantialia quatuor probanda sunt ab eo, qui ex titulo emptionis se dominum asserit.

1 **F**ormalia Appellationis † & Procuratoria defectu carent. Nam D. Nuspurger cū sufficienti mandato in causa conclusit. Potest ergo vigore Disputationis Abschieds de Anno 77. definitiue pronuciari, licet interim Procurator die obierit. Et est prima sententia lata 11. Martii Anno 56. Licet aut dati sunt duo menses, cum Apostolis dimissoriis, ad prosequendum, tamā 7. Septembris demum per Iudicem communicata sunt Acta: sicq; causante Iudice serius processum. Ideo propter hanc & alias legitimas causas, nempe Appellantis paupertatem, † simplicitatē, & verēdiciam erga magistrā ū, per sententiam iudicalem 19. Septēbris iustificata sunt formalia appellationis: Imo & 20. Septēbris sequentis anni 57. Appellatus pure litē contestatus est, & prorogando iurisdictionē, desertioni, si quæ extitisset, tacite renuntiauit, ad instar prorogatorum fatalium, quod † cōsensu partiu fieri potest, *Gail. obs. 104. n. 8.* Secunda sententia publicata est 18. Febr. Anno 61. & dati sunt, deferēdo Appellationi, tres menses, ad prosequendū, quod tēpus finitū 29. Martii. Sed id prorogatum est in citatione ad quatuordecim dies, id est, vsq; ad 12. I. nū interim, & sic 9. Iunii reproducuntur processus in Camera, Nulla itaque desertio deprehendi potest.

Nulliter in tantum nullibi est processum, vt ea ratione in causā meritis Cameræ cognitio minime impediatur. In prima quidē instantia summarie & leuato velo, wie Ristenpfands Recht vñ Gewonheit/pro more & consuetudine eius loci, citata & audita parte processum est: In sequentibus vero duabus omnia rite, & iuris ordine seruato, peracta sunt.

Agendi causa siue occasio hinc est orta, quod Anno millesimo quadringentesimo vigesimo tertio Nobilis von Geisbusch, & eius gener von Bachheim vendiderūt siue concesserūt ein Erbrecht auff zweyen Mühlen/maioribus nostri Appellantis, sic

tamen, vt ementes quotannis soluant sex modios frumēti, vigore etner deshalbē auffgerichē Schöffen Verschreibung. Sed heredes d. Bachheimers vendidisse dicūtur sua iura, & directum dominium Iacobo Fontis/nostri appellantis proauo, molitori, & per hoc dictas molendinas libertatē affectas, circa annū 1446. Postea Anno 1458. & 1459. seynd widerumb vier Gũlden erbliches vnd jährliches Zins/ doch ablößlich/in Krafft zweyer Schöffen Verschreibung kãufflich auff die Mühlen kommen/dafür etwa vier Malter/ bisweilen sechs Malter Kornis des Mũllern abgenommen worden/vsq; ad annum millesimum quingentesimum quadagesimum septimum, quo anno dictus reditus per molitorem etiam retroemptus & resolutus est.

Dum hæc ita facta sunt, ante & post redēptionem, contigit, daß nach Absterbē Friderich Mũllers nostri Appellantis patris, sein vidua, & mater Appellantis, eins Rests haben/durch Zinshebern des Gottshaus/in Krafft der ersten Schöffen Verschreibung angefordert worden/den er auch entrichten müssen welchen er nachgehends auff Erfahrung indebitæ solutionis, abermals verweigert, bis ihm per Cōmissarios Treuientes solutio auffgelegt vnd abgenommen/der sich aber nachgehends/bis auff diese Rechfertigung/der Gũlt Entrichtung stättig widerfest/prætendendo, daß ihm solche Gũlt von dem Gottshaus indebitē abgefordert vnd abgenötiget worden/vnd noch vnterstanden werde.

Pro pensionibus † seu redditibus annuis exigēdis (nō enim agitur hic ad caducitatem vtilis domini Emphyteuseos, ob non solutum Canonem ultra triennium, ex iuris remediis: vt per *Specul. de Emphyteusi, §. nunc aliqua. nu. 63. & 194.*) leges varia subministrant remedia. Inter cætera nonnunquā interdicto † vtili, vt possidetis, agitur, ad instar feruitutis. De similib. n. † ad similia proceditur, *l. non possunt, de ll. Pet. Iacob. in form. lib. super pensione siue redditu. est sub rubric. libelli*, Actionis in factū, ex interdicto, vt possidetis. Competit & interdictū recuperandæ, † vnde vi, quando recusat solutio redditus: qui enim † non admittitur reuenire ad suā possessionem, videtur quasi expullus, *l. 1. §. siue autē, l. 3. §. vnde vi, de vi & vi armat. Petr. Iacob. d. loco, nu. 57. Oldend. classe 2. act. 10. circa finem.* Nonnunquam etiam agitur † conditione *ex l. 2. & fin. C. de iure Emphyt. vel actione ex stipulatu, ex tempore præsumpto, l. cum de in rem verso, de vsur. Rosf. de libell. part. 4. rubric. iam dicta. vel officio Iudicis, per leg. liti- bus, §. 1. C. de agric. & censit. lib. 11. Rosf. d. loco part. 5. de offic. iud.* quod subuenit dominis ad exigendos redditus.

Sed nostro casu, licet in prima instantia, nullo exhibito libello, ex ritu & consuetudine loci, nach Ristenpfands Recht/petitio solummodo facta sit: Actum tamen colligo ex libello & defensionalibus secundæ instantiæ, confessoria & negatoria respectiue in rem. Vnus, n. asserit ius siue seruitutē pensionis & canonis, alter vero negat, & molendinas liberas esse dicit: quodq; tali casu ea detur actio, refert *Oldend. classe 2. act. 4. tit. vii. possid. & classe 3. act.*

4. tit. confessor in rem. l. 1. post Fabr. in S. a. que, nu. 34. Institut. de act.

- 10 Ad probationem ꝑ huius actionis, per primarium Actorem den Zinsheber des Hospit. als / tria
 11 principalia requisita sunt propolita. Primum, ꝑ præstatio canonis vel pensionis annuæ ex dictis molendinis aliquando constituta est, per contractum emphyteut cum, Anno 1423. qui cōtractus caret contradictione: probatus enim est per originale obligationis, & habet confessionem partium. Secundum, ꝑ quo nicitur Actor, est, id ius à primis contrahentibus nobilibus à Bachheim / per donationem & cessionem in cœnobium, aüss dem Bruderg aben/dictum das Klein Spi. tal/ translātū esse. Hæc partem cœconomus cœnobii probat per exhibitionem & manutentioniam des Original Rauffbrieffs/ cuius se & antecessores suos, possessores esse dicit, ex traditione & cessione dictorum nobilium. Qui enim tradit instrumentum, videtur tradere possessionē rei, l. 1. C. de donat. Et donās
 12 alicui ꝑ instrumentum, actionem & res, quæ in eo instrumento continentur, donare dicitur. Tex. in l. seruu filii, §. eum qui chirographum. de leg. 1. Sic in ꝑ legito chirographi vel nominis continetur sublatia debiti tam in contractu, quam in vltima voluntate. Simile est in creditore, reddente debitori instrumentū crediti, quia per hoc ipsum intelligitur remississe debitum, alias enim ea redditio nullam utilitatem contineret, l. Labeo. ibi Dd. de pact. l. 1. §. alii in d. §. eum qui chirographum. Et habet ꝑ traditio instrumenti licentiam exigendi debitum, gl. in l. §. ibi Bart. n. 1. C. de pact. conuent. Habet & possessio ꝑ rei in se præsumptionē traditionis, l. 2. C. de acquir. poss. l. quædam mulier. de rei vend. Bart. in lege Celsus, nu. 16. de
 13 vsucapion. Præsumitur ꝑ etiam dominium ex possessione de præsentī, Bald. in auth. & qui iurat, n. 4. C. de bon. aut. iud. possid. Bart. in l. à Dino Pio, §. si super rebus, n. 4. vers. quero cui incumbat, de re iud. facit text. in l. sicuti, §. si quaratur. si seruit. vend. Licet autem ex actis primæ & secundæ instantiæ de originali Gũstverschreibung satis nō constet, ea tamen postea ad negationem Appellantis in Camera 19. Aprilis Anno 70. iudicialiter edita est.
- 18 Tertium, ꝑ quo nicitur primarius Actor, iam Appellatus, est, quod d. Gottshaus in queta possessione vel quasi, recipiendi Canonem controuersum, multis præteritis annis fuit, & adhuc est. Siquidē asseritur: Simonem Molitorem, eiusque parentem & maiores, eam pensionem zu vielen vnd offtermal in ei cœnobio soluisse, quæ vna cum possessione originalis documenti, siue allegationis, bonam fidem & titulum iuris longissimo tempore quæsitū, arguit & ostendit, ita vt aliū titulū probare, sibi Actori necessum non sit. Hanc solutionem Molitorum confessus est Appellans, non semel, inter cætera in responsonibus ad 3. & 4. articulum Actoris, 7. Iulii, Anno, &c. 59. in secundæ instantiæ product s. Defuncta videlicet eius matre, sey ein mercklicher Hinderstand Pachtorns gefordert, den er hab müssen mit 57 fl. erledigen. Sic & ad octauum articulum. Et in Replis 1. Aprilis Anno

66. in Camera productis fatetur, pensionem pucis annis solutam. Idque tertio ibidem reperitur. Item in duplicis 4. Aprilis Anno 71. daß er die von seinem Vatter Friderichen hero/ 20. Jahr lang anstehende Entrichtung der Gilt/ 200 Malter Korn/ vñ dannoch für die darauff folgende 33. Jahr/ fünff hundert vnd dreyssig Malter Korn entrichten müssen. Et hæc omnia confirmari videtur per decretū Commissariorum Treuirensium, quod Molitor accepisse & ratificasse dicitur. Inde potest constare, propositam actionem ab originario Actore probatam esse.

Pro Elisione, obiecta sunt requisita Negatorię. Et enim datur ꝑ domino prædii, prohibenti aliū vii seruitute, vel volenti depellere inferetem vim siue seruitutē prædio. Ex quo. n. ꝑ res est mea, esse dicitur & libera, arg. l. fin. C. de reb. alien. non alien. l. si. de seruit. Rofred. in libello Actionis negatoria. Et quoties depellendus ꝑ est agens confessoria, adeunda est via negatoria. Oldend. in form. eius libelli circa fin.

Præcipua sunt, ꝑ quibus se fundat Reus noster, iam Appellans. Primo dicit, ꝑ aduersarium suum Appellatum, vti velle iure exigendi pensionem vel canonem, de duobus molendinis, & asserere, id ius vel quasi seruitutem, sibi competere: quæ interpellatio notoria, & in confesso est, eamq; omnium instantiarum acta satis perhibent.

Secundo: ꝑ Appellans se dominum esse dictorum molendinorum proñetur, id quod quam maxime ad eius defensionem perinet, arg. l. loci corpus, §. competit, si seruit. vend. leg. vti frui, §. 1. si vsufr. pet. Rofred. in form. libelli negatoria. Petr. Iacob. in pract. rubr. 17. de negatoria, n. 3.

Hanc partem probat Appellans per probationem de domo aduersarii, hoc est, per literas vditionis vel concessionis, des Ehrbrechts/ de Anno 1423. Quæ literæ, vt iuuent producentem Appellatum, & primarium Actorem, tamen plenam fidem faciunt contra ipsum. Producent enim instrumentum vel scripturam videtur confiteri contra se contenta in ea, & potest condemnari ex ea, innoc. in c. cum venerabilis, numer. 6. de except. ibi Abb. & Felin. Bart. in l. post legatum, de his quib. vt indign. Et tenetur, ꝑ qui producit chartam vel instrumentum regulariter in totum, & nō in partem ei stare. Cyn. l. 1. C. de conf. §. l. 2. C. de donat. ante nupt. Donat. à Fina. verb. Testamentū. & Felin. in repert. verb. Producent. Inde satis datur intelligi, vñ ille dominium molendinorum tunc temporis in maiores nostri Appellantis fuisse translātum. Quod vero postmodum & directum dominium molitoribus fuerit acquisitū, & pro consolidatione molendina libertatem à debito pensionis cōsecuta sint, fundatur ex eo, quod vltra tempus memoriale, & quidem dum à dictis Dominis, Nobilibus à Bachheim/ venditio & translatio in molitores facta est (id quod parim per originale documentum de dato 1446. & sic ante annos iam 136. factum esse probatur) iudem nullam, nec exactionem nec solutionem vel fecerunt, vel receperunt. Nec etiam è diverso ex actis vllibi constat, dictos nobiles ius suum, quod habuerunt,

buerunt, aliis, quam molitoribus celsisse vel tradidisse. Documentum enim venditionis iam allegatum, licet particulare sit, ei obstat, & è diametro repugnat, cum documento ꝑ fidem & auctoritatem tribuit confirmatio & appellio sigilli Scabinatus Popardiae. Quod facile potest praesumptionem cessionis siue donationis praesentiam, ex nuda ostensione scripturae siue libelli facti inter nobiles & molitorem confundere: dum ea donationis assertio aliis probationibus & adminiculis vacat. Et appellans siue Reus pertinaciter negat, ab Actoribus quietam & iustam quasi possessionem recipiendi dictum Canonem, vniquam obtentam: quodque vi & metu magistratus semel atque iterum impulsi molitores sunt, refundere qualdam restantias, colligitur ex praedictis, & Acta (licet curtum conscripta, vt conuenitur Appellans) non obscure indicant. Qui actus nec possessioni, nec praescriptioni opitulari possunt.

Tandem plenum dominium Anno 1458. & 59. sicq; post dictam consolidationem vtriusque dominii, penes molitores fuisse, satis probant litterae venditionis, comprobatae & sigillatae per eodem Scabinos: quod nec fieri nec obtineri potuisset, si directum dominium ad hospitale, eiusque defensores, eosmet Scabinos spectasset.

27 Tertium, ꝑ quo nititur Appellans & Reus, est controuersas molendinas liberas esse ab onere, siue quasi seruitute praestandae pensionis, siue canonis. Sed hoc non parum dependet à proximo, eique connexum est: quod & iuris praesumptionem habet, *l. altius, l. si tibi, l. manifeste, l. praes, Cod. de seruit. ias. & Dd. in lege, quo minus, de sum. ias. l. si posteaquam, numero quadragesimo & quadragesimo primo, de noui oper. nunciat. vbi habetur, rem semper praesumi liberam. Est enim ꝑ libertas omnibus rebus fauorabilior *l. libertas, l. quoties, l. in obscura, de reg. iur. v. v. f. cons. 58. n. 23.**

Hac ipsa iuris praesumptio fulcitur argumentis pro elisione iam repetitis. Ad quorum confirmationem, nec non ad refutationem contrariorum sequentia breuibus, quantum fieri potest, addo.

Primo satis liquet, Actorem, siue iam Appellatum, suam intentionem nostro casu principaliter ex donatione siue iure cessione, ad probandum iuris controuersi dominium, mutuas se siue assumplisse. Licet enim exhibere possit, imo exhibuerit primariam obligationem, siue documentum contractus, initi inter molitorem & nobiles, de Anno 1423. Tamen ipsemet Appellatus, dum ei instrumento non satis fideret, ad titulum donationis, siue verum, siue praesumptum, resilire sibi, Actis per totum discursum testatibus, necessarium putauit.

29 Secundo. Idq; non immerito. Sicut enim ꝑ nuda detentio instrumenti sufficientem dominii causam non praebet, vt sequentia declarabunt: ita etiam ex ea manutentionia, allegata causa siue titulus non sufficit. Sine cessione enim non potest agi ex iure tertii, *l. fin. Cod. de act. & hered. vend. Dd. in*

lege finali, Cod. per quas person. nob. acquir. Assict. decisione octaua, num. secundo. Ideo qui ꝑ agit ex donatione siue cessione, debet de ea fidem facere, ad exemplum Tutoris, item Syndici, seu Actoris vniuersitatis, *l. vulgo, de admin. tutor. l. item eorum, §. actor. in fin. quod cuiusque vniuers. nom. l. non solum, §. qui alieno, de procurator.* adeo vt nec sufficiat oblatio cautionis: quia iudicium est actus triu personarum, de quibus primo debet inquiri. Si igitur ꝑ actor non est competens iudicium stabiliri non potest, *l. per diuersas, §. ita tamen. Cod. mandat. iacob. de Arena, in tractat. cession. rubr. 7. in princ.*

Tertio, licet instrumentum primi contractus, nostro casu, contineat executionem paratam, per verba, *Mag dem Ristenpfsand nachgehen / als das selbst Ristenpfsands Recht ist / &c.* Id tamen effectum non habet, si dubietas adhuc de iure agentis ex eo instrumento existit. Liquidare enim debet, quod iste sit cessionarius, *Bald. in dicta lege, pro diuersas, numero decimoquarto, Codic. mandat. Innocent. capitul. quia, de iudic. circa princip. Et quod dicitur ꝑ de instrumento tribuente priuilegium circa executionem, debet intelligi de liquido tantum, l. fin. C. de compensat. Bart. in l. proinde, §. notandum, ad l. Aquil. Bald. in l. in testamento, C. de restam. manumiss. Alex. cons. 115. in fin. lib. 7.*

Quarto: Prout nec possessio ꝑ sufficit, nisi probetur titulus (praesertim cum contra aliquem est praesumptio) *cap. si Iudex Laicus, de sentent. excomm. in sexto, cap. 1. de praescript. glossa magistralis in dicto cap. si Iudex, verb. praesumptionem.* Qui titulus in praesenti non nisi ex cessione siue donatione Nobilium de Bachheim asseritur.

Quinto: Sed & dominium tali casu non transfertur, nisi fiat vera cessione, cum titulo: ea enim tribuit potestatem agendi iure suo, & non nuda cessione (quae tamen nec nostro casu reperitur facta) licet enim habeat vim quasi traditionis, notatur in lege penultima, de donat. *Marian. Socin. in consilio decimo octauo, versicul. quamuis enim. ibi & ratio differentia, in prima parte.* Quae quasi traditio fictitia est, & eget vero titulo. Nam fictus titulus, ꝑ & ficta traditio, iuris effectum non sortiuntur, *lege, si aliquam rem, de acquirenda possessione.* Obstat enim praesumptio illicitae redemptionis litium, vt per *Bald. in lege, si actor, de procurat. post Innoc. vt ibidem.*

Sexto: Sicut ꝑ in cessione necesse est exprimi causam, quare cessum sit: siquidē nuda ꝑ traditio corporaliter, sine causa facta, non transfert dominium rei mobilis, *leg. nunquam nuda, de acquirendo rerum dominio.* Et nuda quasi traditio actionis non transfert vtilem actionem, nec directam: Difficilius enim acquiruntur incorporalia, *l. i. §. penultim. pro Soc. & l. 2. 3. eod. l. si quis ergo, de pecul.* Ita etiam in libello causa, ꝑ ex qua facta est, cessione exprimi debet, *l. edito, Cod. de Edict. D. Adr. toll. iac. de Aren. dicto tractat. de cession. iuris, rubric. 7. n. 77.* Cum vero nostro casu nihil appareat de cessione, multominus de causa cessionis aliquid asseuerari potest. Inutilis ergo eius sic expressio, cuius veritas in rerum natura non extat, nec ostenditur.

Septimo:

Septimò: Licet traditio instrumenti pro donatione vel cessione habeatur. Eo ipso enim, quod † traditur instrumentum, videtur facta cessione in præsentem vel inhærentem causam, *vt lege. 1. C. de donat.* Idque, *vt Baldus inquit in leg. si. C. quando fiscus vel priuat. debitoris sui debitores exigere possit,* propter virtutem repræsentatiuâ instrumenti, quia significat substantiam debiti, *vt ibid. per Baldum.* Attamen cum in præsentem de nulla traditione dictum est, frustra de eius virtute & effectu disseritur. Cui inferuit distinctio *Bald. in leg. Mauiæ. solut. matrim.* vbi ponit tres casus: Aut traditio † instrumenti habet in se causam præcedentem, aptam translationi iuris: Aut talem non habet, sed præcedit apta nudæ administrationi: aut neutrum istorum præcedit, tunc instrumentorum traditio merum depositum, & non mandatum, vel cessionem inducit: sicque nusquam hîc translationis domini effectus colligi potest.

Octauò: Quod verò hîc verus titulus donationis præsentis, ex cessione non existat, nec probatus sit, inde demonstratur: quòd ipsæ literæ, ex quibus principaliter & vnicè se fundat Actor, de cessione (secundum contenta 26. 27. 28. 29. articulorum grauaminum) planè nihil continent, sed loquuntur de Nobilibus, venditoribus & molitoribus, emptoribus tantum, vbi nec clausula, alias consueta, est inserta, possessorum videlicet quorumcunque, &c. Nec per documentum traditionis, hoc est, *duch. eitt. Theilbrieff* / vel aliis testificatis aut indiciis, quidquam doctum, nisi quod in subsidium allegatur, quasi possessio iuris recipiendi pensionem, à tempore immemoriali. *Quod vt sese habeat, sequentibus declarabitur.*

Nonò: Licet per instrumentum † conductionis probetur traditio inter partes, *leg. quadam mulier, de rei vendic. Dyn. cap. 1. de reg. iur. in sexto,* Tamen secus est, quoad alios, vel tertios: quia instrumentum factum extra rem, non probat possessionem, nisi probetur, quod factum sit cum possessore, *leg. inter dilectos, de fid. instrum. Bal. in dist. leg. quadam mulier, lectura prima, numero primo,* dicit, valde tenendum eum textum. Quodque obligationis † literæ siue instrumentum non faciat fidem, quoad extraneum, imò nec noceat, nec profit extraneo, quia res inter alios acta, &c. *tenet Innoc. in cap. primo, numero primo, de fid. instrum. sequitur Landfranc. in tract. de fid. instrum. numero 14.*

Sicetiam, quoad tertium † per locationem solam non probatur possessio, neque dominium, *cap. inter dilectos, de fid. instrum. ibi notatur & in leg. ad probationem, Codic. locat.* Nec traditio possessionis, *leg. prædia, cum ibi notat. per Dd. de acquir. poss. & leg. 2. Codic. eod. tit. latè Alex. in consilio 10. per tot. volum. 4.*

Decimò: Idque tantò magis locum habet, quando pro exhibente nudas literas, peregrinas, siue inter alios confectas, non alia coniecturæ & indicia militent, sed potius resistunt va-

lidæ probationes in contrarium: inter cætera nostro casu instrumentum der ersten Gültverschreibung de Anno 1423. simul cum præsentia traditione siue cessione sex modiorum frumenti, per originale documentum redemptionis der Gült/ factæ Anno 1446. directè confunditur, vt inferius deducetur. Quibus intelligi datur, assertum titulum donationis, liquidis & directis probationibus non niti. Quamuis is, qui in hoc genere Actionis, siue agendo siue excipiendo confessoriam intendit, ius suum docere debet, quando negatoria obiicitur. Quodlibet † enim prædium præsumitur liberum à seruitute, *notatur in dist. leg. altius, Codic. de seruit. l. circa, de probat. Petr. Jac. in libello super pensione seu redditu, num. 63. 64. Guid. Pap. decis. 407.*

Vndecimò: Quod verò & ipse allegatus titulus donationis, cum cessione, etiam præsumptiue, hîc nil operetur, inde intelligi potest, quod alterutrum, & non vtrumque verum esse oportet, videlicet: Aut eo tempore, quo liberatio pensionis facta, Anno videlicet 1446. dicta molendina, propter cessionem hospitali factam, fuerunt in cura & protectione Scabinorum, quibus, iuxta asserta testium, quotannis ratio receptorum, ab officiali, siue œconomò, reddi oportuit: Aut eodem tempore adhuc fuerunt in dominio Bacheimensium. Si primum verum est, necessitate absoluta sequitur, secundum contractum fictitium & falsum esse. Quod verò is contractus verus & liquidus sit, probat scriptura, authenticata sigillo Iudicis & Scabinorum, quæ habet præsumptionem veritatis: nec ab ipsis authoribus conuelli vel negari poterit, imò in confesso est, vt sequetur: & facile quisque coniiicit, si tunc temporis Scabinorum, tanquam defensorum & patronorum hospitalis interfuisset, non permisissent vendi à Nobili de Bacheim/ id quod ipsius parentes hospitali antea donassent, idque sub Scabinatus sigillo, autho. irate & fide. Nec rectè prætendi potest, hospitali contractum eum, tanquam rem inter alios gestam, non præiudicare: cum id dici non possit, quando aliquid perficitur ab eo, cuius interest, ratione officii: sed potius rectè hinc argumentari potest. Si hospitalis † tunc tempore partem non habuit, sequi, & totum non habuisse: tali enim casu à parte ad totum in quantitate regulariter procedit argumentatio negatiue, *l. si quis in totum, de except. rei iud. Euerh. in loc. à parte ad tot. ante fin.* Cui subuenit & argumentum à verisimili: quod videlicet nec reliquæ partes pensionis (si modo pro diuiduis habendæ) tunc penes hospitale fuerint.

Duodecimò: Sin verò dici velit, post hoc tempus, vel post eum contractum, hospitali donationem factam esse (quod fieri non potest, eum in 1. & 2. articulo secundæ instantiæ asseratur, ab ipsis nobilibus, qui primò contraxerunt cum molitore, donationem esse factâ: id quod contrariatur documento de An. 1446. & insuper factæ

confessione) tunc rursus non tantum probatio & coniectura in eo deficient: sed contrarium faciliè deprehendetur ex subsequenti obligationum fide & auctoritate, quæ resistit imaginata, & nullibi probata donationi, facta ab his, qui eius redditus siue pensionis annuæ i^o, tanquam totum integrale, amplius non habuerunt ideoque nec efficaciter trasferre in alios poterunt.

- 45 Decimotertio: Nec iura ferunt. † vt duo plurave specialia circa idem simul concurrant, *gl. ff. in d. 1. C. de dot. promiss. & in leg. cum post. §. gener. verb. placuit, de iure dot. l. 1. in §. fuerat, n. 52. Instit. de act.* Prout hic, ex nuda literarum tenentia fingitur, non tantum earum traditio à Nobilibus à Wachheim facta, sed & ex ea ficta traditio, ipsa donatio, siue titulus cessionis. Verum nuda traditio nunquam adfert dominium: imò nec de traditione nobis constat, nisi eam fingamus. Ergo hic tituli siue fictio noua est, ea enim in æquitate fundari debet: imprimis cum id nostro casu in præiudicium alterius vergit, & extrema sunt † inhabilia.
- 46 propter inhabilitatem & defectum iuris vel domini alienantis & transfereantis, *latè Dec. in l. omnia fere heredum, de reg. iur.*

Decimoquarto: Per eam præsumptam & fictam translationem, si deberet effectum iuris habere, non tantum infringeret fides prædicti documenti, verum & contractus postmodum, cum maiori hospitali celebratus, contra ipsorum Scabinorum testificationem, partium confessionem, & facti notorietatem, etiam in damnum & iniuriam eius cœnobii, labæ & nota vix careret. Si quidem & Scabini pactum de translatione iuris controuerit, à minori hospitali ad maius non rectè indulgissent vel ratificassent. Nec integram fuisset molitori, tanquam Emphyteutæ, rem Emphyteuticam alienare. præcipuè in alium, qui se magis est priuilegiatus, *l. final. C. de iure emphyt. Alex. in l. finita. §. 2. de vectig. dicit esse communem. l. 1. d. l. fin. n. 90. & 97.*

Decimoquinto: Quod verò quintum, 6. 8. & consequenter etiam septimum grauamen in responsionibus inique negatū sit, patet euidenter ex originalis productione sæpè dicti documenti, vnde ista grauamina desumpta sunt, cuius contenta non minus, atque ipsa productio (licet eius copia, nescio quare, actis prioribus inserta nō sit) postmodum in conclusionibus tertio Septembris, Anno septuagesimotertio in iudicium datis, per Appellatum confessa sunt. Quamuis enim negè effectum contentorum, prætexendo summæ diuersitatem, & causæ fauorem, attexendo longissimam possessionem, vel quasi, cum allegatione tituli: tamè ex ipsiusmet Appellati verbis constat, nec productionem documenti, nec contenta eius dictis conclusionibus negari posse.

Decimosexto: Deinceps ei documento opitulatur, pro detegendo vitioso titulo Appellati in vtroque contractu, de Annis 1458. & 59. ab ipsis Iudicibus & Scabinis, tanquam prouisoribus

minoris hospitalis: à consulibus verò & senatu vrbis, tanquam maioris cœnobii patronis, gesta & comprobata, quorum præcitu & consensu omnia ea peracta sunt, testante appensione sigilli eorum præsidum iudicii, quod habet vim consensus ac confirmationis. *Bal. in c. 1. de pace constant. n. 7. gloss. l. 1. verb. conquistā. C. de rebus alien. non alien. Rom. consil. 303. Schurff. consil. 17. nu. 12. cent. 1. & probat omnia contenta in literis, maximè si consuetudo ita obseruat Bart. in lege, ad testium, §. si quis, de testib. quia* Habetque vim publicæ scripturæ, *Id in l. si quis C. de Episcop. audient Innocent. c. 1. de fid. instrument. præsertim si fuerit communita: is sigillum, tunc enim facit publicum instrumentum, per iam allegata.*

Decimoseptimo: Si vero eum contractum ex duabus obligationibus der vier verschrriebenen Goldgülden jährlicher Gülte perpendimus, easque literas examinamus, ipsa verba ostendunt, quod *Schultheiß vnd Schöffen* ad quos perinet cura hospitalis, fatentur & attestantur, venditos esse quatuor florenos Rhenenses ab ipso molitore & possessore molendinorum, cœnobio maiori, per adiectas expressas condiciones & pacta, quibus euidenter commonstratur, plenum dominium, & ius molarum eo temporis venditores habuisse. Id que primo patet ex vocabulo *venditionis*, ibi, *verfauffen/erbliche vnd jährliche Zins*. Quæ facultas alienandi vix possessoribus molarum permessa fuisset, si hospitale earum directum dominium habuisset. Secundo, patet ex tenore earum literarum, penes molitorem ius hypothecandi fuisse, ibi, *vnd haben die Eheleut darfür zur Sicherheit gefest / vnd zu Ristenpfand gelegt all solche zwo Mühlen / &c.* Tertio, habuerunt facultatem paciscendi, super iure domini impetrando, ibi: *So die Verkaufser einiges Jahrs / oder mehr jährig sämmit funden würden / an ganser Bezahlung / so mögen die Spittalmeister dem obernannten Ristenpfand nachgehen / als daselbsten Ristenpfands Recht vnd Gewonheit ist / &c.* Et in secunda obligatione id lucidius exprimitur hisce verbis: *Mögen die Spittalmeister das obgemeldte Ristenpfand an Gericht zu Poppart mit sechs Pfenning auffdicen: Istis dann Sach / das venditores & possessores der Mühlen innerhalb vier zehen Tagen nechst darnach / für alle vnbezahlte Zins nicht gnug gethan hetten / so mögen die Spittalmeister mit dem Ristenpfand thun vünd lassen / zu allem ihrem freyen Willen / &c.* Non autem ita pacisci potuissent, nisi plenum dominium molitores habuissent. Quarto patet ex hisce literis, eos tunc temporis habuisse ius & facultatem seruitutis imponendæ in perpetuum, ibi. *Haben gemeldte Eheleut erlaubt / das zu benannter Zeit der Spittalknecht Mägd oder Gesind / das was auff die Walckmühl gehet / auff des Spittals Wiesen sollen vnd mögen abschlagen / zu ewigen Zeiten / so oft es noht ist: etiam in eum euentum, da die vier Goldgülden jährlich abgelöst würden. Quæ constitutio seruitutis tali pacto fieri non potest. *lul. Clar. libr. 4. sentent. quest. 21. per tot. nisi ab eo, qui plenum dominium habet.**

Quin-

Quintò: Iam dictis adminiculatur insertum pactum de vltcrius non hypothecandis & onerandis molendinis, ibi: Daß diese nit mehr sollen beschwert werden / mit einem Zins oder Beschwörung das dem Spittal hinderlich oder schädlich seyn mög an der Verschreibung. Quo ipso caute sibi voluerunt Emptores census, ne aliis, quam sibi dicta molendina obligata sint, quo in euentum non soluti census, vel ad existentiam statim sequentis conditionis, ea pleno iure, & sine onere sibi conferri & appropriari possunt. Quod pactum neutiquam interuenisset, si Scabini vel Prouisores minoris hospitalis aliquod ius vel interesse ibidem habuissent.

Sextò patet, venditori ius fuisse, effluxis paucis annis, molas absolute & totaliter vendere: ibi. Vere auch Sach / daß die Eheleut die Mühlen verkauffen oder alieniren würden / nach Aufgang der Jahr / vnd Verschreibung der Weber (id est, Tuchmacher) soll man ihnen die gönnen vnd lassen / für allerhöchlich. Quo pacto simul etiam datur intelligi, quod finitis annis der Weber / molendina nemini vltcrius fuerint obligata, nec alii inibi ius aliquod habuerint, tunc, quam ipsos pannifices siue tintores. Item quod emptores ita pacti non fuissent, si directum dominium spectasset ad Schöffnenmeister & hospitale, nec verisimile, daß das groß Hospital dem kleinen zinsbar het seyn mögen vnd die Mühlen von ihm / als dem mindern oder Gleichgenossen / zu Lehen würde angenommen / vnd diese / cum tali annuo onere, tanquam Emphyteuta, gebauet haben.

Septimò: Hæc omnia clarius ostendunt verba: So mögen die Spittalmeister damit thun vnd lassen / zu allem ihrem freyen Willen / als mit andern des Spittals engehen Gütern. Et tandem illa sic vera & gesta esse, testantur & approbant Schultheissen vnd Schöffnen des Gerichts / sub sigillo communi iudicii. Et his ipsis verificantur articuli. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19.

Decimooctauò: Si itaque dominium tunc fuit penes molitorem: sequitur, oppositum esse fallum: quia dominium ¶ eiusdem rei, duorum esse simul & in solidum natura non patitur, nec leges, *l. si vt certo, §. si duobus, commod. l. 3. §. ex contrario, de acquir. poss.* Quod enim ¶ hic includitur, alibi excludi conuenit: & quod de vno conceditur, de alio negatur, *l. cum pretor, de iud. l. maritus, Cod. de procurat. gloss. in cap. disciplina, verb. meus non est, distinct. 45. Zas. consil. 14. lib. 1. n. 5.*

Decimononò: Et consequenter, si ex Actis, seriem & successionem temporis & factorum compertemus veritas iam dictorum rursus & hinc elucescet, quod (vt commemoratum) à tempore primi contractus, de Anno 1423. vsque ad Annum 1446. penes nobiles sæpè dictos, sed postea, & quidem Anno 1458 directum dominium molendinorum, non tantum Appellantis maiorum fuerit, sed & vix etiam leuissimum indicium vel coniectura adduci poterit, qua conuincatur, Molitorem tunc cuiquam soluisse canonem vel

pensionem, vel à quopiam eius nomine aliquid exactum fuisse.

Vigesimò: Negotium agitatum coram Consiliariis Electoris, Appellato parum proderit: cum non nisi tractatio amicabile, dependens ex partium voluntate, suscepta fuerit, zu vnuerbündlichen Handlungen / non habens necessitatem, vt vel in minimum extendat effectum: prout & declaratio Consiliariorum, statim à Molitore improbata, nec in eam consensum est. Quinimò nec de mandato & deputatione siue commissione Electoris aliter constat, nisi quod ex libro iudicii refertur: quid aliquando ipse Schöffnenmeister / tanquam defensor hospitalis, nudè, & sine vltiori probatione præterderit, quod quidè (præsertim quoad deputationem Electoris) sicut ab vna parte narratur, ita ab altera negatur: vt patet ex responsionibus ad nonum & decimum articulos defensuales secundæ instantiæ, iunctis Replecis sub numero octauo, & Conclusionibus numero decimosextimo in hac instantia productis, vbi asseritur: Quod Electoris Consilarii gen Poppart / propter alia negotia kommen / sey Müller auff Klag der Schöffnenmeister durch sie beschickt / der sein Verantwortung gethan / vnd als post ipsorum ab ihm Scabini angezeigt / wie sie einen Spruch erhalten / vnd selbst ein neuen Lehenbrieff gemacht mit Begern darohn zu bewilligen. Molitorem & uxorem voluisse consentire dicendo: Sie wolten sich ehe an den höchsten Dañ hencken lassen / es sey anders nit ergangen. Et: haud verisimile est, ob hanc controuersiam, ob supplicationem Molitoris, ab Electore singulariter deputatos & missos Consiliarios. Solent in eiusmodi causis subditi vocari, vt aulas sequantur, & non e contra, Credibile est: si causa magistratus autoritate tunc fuisset definita, Scabinos per prouisorè hospitalis postmodum non ordinariū instituisse processum.

Vigesimoprimum: Ad hoc igitur, vt tituli præsumpti allegatio aliquid operetur, præsertim quando obstant in contrarium probationes & præsumptiones fortes: nõ sufficit eam aliquo modo fucate proponere, sed opus est, vt allegatio ad minuculis sufficiens munitione, valeat aduersarii fundamenta superare. Licet enim de dominio possessoris præsumatur, cum summam de eo quaestio est. *Bald in auth. ei qui iurat, C. de bon. auth. iud. possid. Is iamè præsumptus & tacitus titulus, dicitur titulus legalis, quæ lex ipsa quidè confert, cum cessat titulus hominis.* Sed vbi extat ¶ titulus hominis, ibi cõquiescit prouisio legis, *l. si. C. de pact. conuent. l. 2. de iure emphyt.* Quod verò nostro casu ex parte Appellantis iustior & firmiter sit titulus, ex prædictis patet.

Vigesimosecundò: Cum itaque allegati tituli vitii & inualiditas detegitur, vt quia contraria probatione tollitur. Cedit enim ¶ veritati præsumptio, *l. si. in princ. quod met. caus. l. nuptura, in fi. de iur. dot. l. si chyrographu, l. cum de indebito, §. 1. de probat.* Sequitur: nec ex quacumque possessione ¶ titulum vitiosum & inualidum conualidari posse, vt mox attingendū erit.

Vigesimotertiò: Imò succurrit etiam contra

asser.

- 52 assertionem præsumptæ donationis: quòd ubi potest dari alia coniecturâ, quàm donationis, tunc ea non præsumitur, *l. si cui aurum, de solut. d. l. cum de indebito, de probat. l. eleganter, §. qui reprobos, de pign. act. Alex. consil. 40. lib. 4. numero 4. consil. 164. numero 6. lib. 5. consil. 87. numero. 15. lib. 6.* Donatio enim præfundata ex præsumptione, nonnunquam fallax est, & de re non vera. Ideoque facillè tollitur per aliam præsumptionem, ne fictio præsumptio plus habeat momenti & roboris, quàm veritas: & tacitum valeat plus expresso. De quibus latè per *Tiraquell. in lege, si unquam, C. de reuoc. donat. verb. donationem largitus, num. 156. 157. Afflict. decisio. 80. numero 4.*

Vigesimoquarto: Præsentis is titulus nec temporis subsidio iuuari potest. Ex actis enim nullibi liquet, ne longum quidem tempus, multò minus longissimum ita continuatum, receptione annui redditus, vt longæua & quieta possessio, vel quasi, ad causandam præscriptionem inde constitui possit: Possessio enim facta est, nec præsumitur, *l. 1. §. si vir uxori, de acquir. possess. l. in bello, §. facta, de cap. & postlim. reu. l. si emancipati, C. de collat. Zas. l. possidere, §. ex contrario, eod. tit. Ideo probari debet: *l. si emancipati n. 1.**

Si ergo omnia acta perquiramus, non reperitur, antelitem exortam inter hospitale & molitorum, redditum sex modiorum, nomine hospitalis, vel exactum vel receptum: Quod facillè probari potuisset per libros rationum & registra, tam hospitalis, eiusque *Zinshebers*/quàm Scabinorum, tanquam Patronorum, qui annuatim eas rationes audierunt & receperunt, quæ registra & inuentaria omnes receptores conficere debent, etiam priuati, qui ad rationes tenentur, *l. 1. §. officio, de tutel. & ration. distra Bart. in leg. apparitores, per eum tex. C. de exact. tribur. lib. 10.* Cum itaque inter libros reliquos rationum hospitalis & Scabinotum, nihil horum reperitur, quod facillè præsumitur ex eo, quòd non sunt editi libri, siue prolati, imò nec allegati, sed solummodò nixi sunt Appellati manutentia primæ obligationis, allegatione tituli, & iis, quæ ab Anno 1547. cum molitore peracta sunt, de aliis retrò annis nihil omninò probando: satis colligitur, nò de præscriptionis initio, medio & còplemèto sufficienti & habili ex actis còstare.

Vigesimoquinto: Demonstrant omnes circumstantiæ factorum, dissidia olim inter molitorem (de quibus relatiuè solummodò in extracto libri iudicialis fit mentio) & cœnobium, ante annum 47. & sic post mortem Friderici exorta, nihil pertinuisse ad hospitale minus. Primò, quia nudè narratur, aliquando conquestum molitorem, & remissos duos modios. Secundo, ipsa remissio satis innuit, negotium non tunc fuisse cum hospitali, sed cum cœnobio maiore: hoc enim facillè remittere potuit, illud verò minimè. Tertiò, id apertè declaratur in Duplicis, n. 13. ubi Appellans deducit causam fuisse cum d. cœnobio, vñnd der Spitalmeister habe mit Berreynd wöllen bezahlt seyn/d. s. sen sich der Wüller gewengert/ vñnd also in viele Jah

ren nichts entricht / donec sibi iniunctum à Scabinis, vt cum residuis in futurum soluat quotannis quatuor modios. Sed tamen exactio aucta fuit, vt testes deponunt, & sententia à qua, innuit. Quarto, si res aliter se haberet, sequeretur, quòd post Friderich Wüllers / eius heredes, tam hospitali, quàm cœnobio redditus denegassent & sic duplici lite tunc agitata fuisset causa, cuius contrarium ipsi Appellati asserunt & fatentur in exceptionibus contra grauamina, n. 7. ibi: *Das solche Früchte vbermäßsig von Simonis Borele vn, vñnd ihm selbst vnwegge lict entricht vñnd bezahlt worden / bis vngesährlich ad annum 1547. da sich Simon angefangen zu sperren / vbi Appellati metentur, iniuriam contradictionis, respectu hospitalis minoris, ab eo tempore cœpisse: sibi que malè constat, transferendo iam eam litem des Spitalmeisters / ad suum propositum, suamque possessionem fundando ex solutione, cœnobio maiori facta, & id factum sibi appropriando.*

Vigesimo sexto: Quibus accedit, quòd solus temporis cursus non est potens ad inducendam obligationem, nec ad inducendum titulum, latè *Bart. & Dd. in l. cum de in rem verso, circa princ. de vsur. Felin. c. cum Bertoldus, num. 25. 26. de re iudic. Et licet Alex. in consil. 124. n. 1. & seq. vol. 4. decidat, quod ex præstatione decem annorum obligatio oritur, per multa, quæ ibid. allegat, quod sequitur & *Balb. de præscript. 1. part. 3. part. princ. q. 10. n. 6.* Dicit, id esse valde elegans consilium pro dominis & nobilibus, qui consueuerunt recipere operas & roydas, & alia seruitia à subditis suis, & nò possunt probate de titulo, quia sufficit, quod probent præstationem diuturnam, seu longam consuetudinem, allegando aliquem titulum, siue obligationem validam præcessisse, &c. Id tamen prælimitatur pluribus modis: vt puta, si constare potest, aliquem soluisse, non animò obligandi vetè vel præsumptiuè: quia præsumptio iuris est in contrarium, quòd nemo volens iactet suum, *d. l. cum de indebito. Bald. in l. fin. n. 1. si de statu defunct. post quinquen. quer. Item limitatur, dummodò non probetur de contrario. Cyn. in l. si certis annis, C. de pact. Castrens. l. 2. C. de dot. promiss. Item nisi tractetur de graui & maximo præiudicio. Et dicitur præ graue præiudicium, ubi vertitur amissio domini: prout nostro casu de directo dominio agitur, de quo *Baldus proxime citato loco n. 7. in fine.* Item limitatur, cum præstationes factæ per decennium, fuerint separatae, & sic, ubi præstatio fuit annua, secus, ubi fuerit facta vna solutio, pro decem annis; vel pluribus (vt videre est nostro casu, nec aliter patet ex totis actis) *Cyn. & Ias. in dicta lege, si certis annis. Bald. leg. 2. Codic. de dot. promiss. Et limitat Bal. in iam dicto loco, numero vigesimo septimo, totam eam materiam, dicendo, omnes conclusiones prædictas generaliter limitandas, vt non procedant, ubi probaretur de contrario, quia ista præsumptio non est iuris, & de iure. Quando itaque tempus destituitur aliis subsidiis, vel probatur contrarium, vt est nostro casu: tunc locum habet***

bet supra dicta regula: Quod tempus non est modus inducendæ obligationis: Et sic, vt tradit *Rofred. in act. ex stipulatu*, ex tempore præsumpto malè ageretur, hoc modo: Is soluit mihi centum vel mille annis, condonetur ergo, vt soluat in futurum.

Præterea (inquit) exigimus in persona rustici solutionem per 30. annos, idque per leg. cum de indebito ibi. si miles vel agricultor, forensium rerum expers, vel alia simplicitate gaudens, &c. D. de probat. plura allegat & communem dicit *Gabr. lib. 1. titul. de probat. conclu. 1. numero 26.* Malè igitur gloria- tur Appellatus in exceptionibus contra grauamina, sibi sufficere, immemoriam possessionem recipiendi Canonem, & sic probationem præscriptionis.

Vigesimo septimò: Posito, aliquoties hospitali solutum sit aliquid pro Canone, tamen id errore factum esse colligitur ex Actoris siue Appellati assertis, qui molitur tam Iudici, quàm Appellantibus persuadere, & quidem dudum, etiam per iussiones Scabinorum conatus est, miris modis ad solutiones dictarum pensionum eos inducere: licet nemo suum iactare, & ad iussiones Superiorum liberalis præsumatur, vt in leg. rem legatamen. de adm. legat. glo. in l. si vsu fructum, de iure dot. Sicque animus obligandi inde non colligitur. Sed vbi secus constare potest, verè vel præsumpti uè, puta per protestationem, vel aliter, tunc diutina præstatio non obligat in futurum. *Bald. in dict. leg. fin. de statu defunct. Balb. supra citato loco, nu. 20.*

Vigesimo octauò: Allegatæ quietæ possessioni aduersatur discursus actorum trium instantiarum: quibus deprehenditur, molitorem ad solutiones quaslibet, circa annum 47. sicque breui ante cœptam litem factas, compulsus fuisse: quod nec ipsi Actores apertè negant. Sed ipsa coactio ¶ vel compulsio præsupponit conditionem & resistantiam. Excludit ergo possessionem quietam: quod benè aduertit & collegit Appellans in conclusionibus, dum dicit, illum sibi contrariari, quod Scabini coëgerunt die *Müllerin / hundred Walter Aufstendis in entrichen* / sequi, quod 25. annis nihil receperunt: & hinc intelligi posse, quomodo fuerint in quietâ possessione. Et illa coactio adiuuatur præsumptione iuris, qua, per dominum in exactiōe pensionis violentia facta subdito præsumitur, vt per *specul. de restitu. spol. §. nunc dicamus, versicul. sed si quis, & versicul. pone rusticus. Innoc. cap. bona, la 2. de postul.* ¶ *pralat. Ioan Fab. §. a què, Institut. de act.* Et præsumitur inter dominum & subditum merus. *Innocent. in capit. si diligenti, de præscript. Guid. Pap. decisio. 407. num. 2.* Possessio itaque legitima non exiit. Quoties enim facta exactio, toties denegata est solutio, tanquam indebita. Et sic dum spontanea indebiti solutio non fit, nec repetitio siue conditio eiusdem cesset, leg. cuius per errorem, de reg. iur. ibi. Dec. & alij. Id quod huc propriè non pertinet, sed suo tempore & occasione relinquatur.

Vigesimo nono: His in facto facta præsuppositis, ad præsumptionem malæ fidei facilis fit transitus. Cum enim inter reliqua adducta ex documento de Anno 1446. 1458. & 59. appareat, ius & possessionem duorum molendinorum penes molitores tunc fuisse, sicque antiquior possessio apud ipsos continetur, & modernus possessor, quem se Appellatus prædicat, titulo careat, præsumitur in ipso mala fides, per allegata per *Balb. in repetit. leg. Celsus, de vsucap. numero decimo.* Licet ¶ enim in dubio bona fides præsumatur, 63 tamen secus est, quando sunt aliquæ circumstantiæ, excludentes hanc præsumptionem, *Balb. iam dicto loco, numero 2. & seqq.* Licet etiam cursus longi temporis excludat præsumptionem malæ fidei: tamen hoc casu deficit talis possessio, vt dictum: in d. de contrario, mala videlicet fide, constat, idè tunc illa fortior præsumptio mala fides, nunquam tollitur, vel purga ur per aliquem temporis cursum. *Felin. capit. vigilanti, in fin. de præscript. Boer. decisio. 211 de antiq. temp. part. 4. §. materia ista singularis, num. 21.* Quod verò tali casu etiam in præscriptione immemorialis temporis, bona fides sit necessaria; pluribus comprobatur *Gabriel. lib. 5. conclusio. 1. titulo, de præscriptionibus nu. 57.*

Trigesimo: Suspicionem prædictam auget contra Appellatos: quod Actorum priorum plena editio non est facta: Item quod *Schöpfse fentmeister* instruxerunt & defenderunt causam, tanquam Patroni hospitalis: Item, quod primæ instantiæ Iudicem se scabinatus præbuit: id quod querelatur Appellans, nec obscurè ex primæ & secundæ instantiæ Actis conuicitur; & ipsemet Appellatus in conclusionibus nume. 16. & alibi, fatetur.

Trigesimo primò: Assertæ immemoriali præscriptioni etiam obstat, quod quando ex actis probatis constat, aliquid non debuisse solui, tunc, ¶ non prodest cursus temporis, nec allegatio tituli vitiosi: *Castrens. Alexand. & alij citati per Grauert. de antiq. temp. part. 4. §. absolutis differentiis, nu. 60. & parte 3. §. 1. num. 28.* Debet enim ¶ præstatio esse formis, & cum causa: alias si non constat, eam fuisse formem, & factam ex aliqua legitima causa, præsumeretur facta in dubio ex curialitate seu vrbaniate, vel potius, vt nostro casu, errore vel impulsione. Tunc enim nunquam currere præscriptionem; nec locum habere, dicit, leg. cum de in rem verso. præsertim quando rusticus aliquid præstitit aliquandiu, comprobatur *Balb. d. loco 1. part. 3. part. princip. q. 10. n. 24.* Inde non necessarium puto, plura de hac specie præscriptionis mouere, præsertim quando probetur, in contrarium exiire memoriam hominum: cum ex superiore documentorum deductione id, quantum hoc loco opus est, satis perspicuum sit. Superfluum etiam puto ex hæcenus deductis, ad comprobandum errorem solutionis, in conclusionibus oblatum iuramentum Appellanti deferre.

Trigesimo secundo: Tandem piæ causæ, vel miserabilium personarum priuilegium, Appellatus sibi malè applicat. Euidenter enim constat, hanc causam vtrinque concernere personas miserabiles & pauperes: Actori, qui exigit debitum hospitalis, agit contra Molitoris defuncti derelictum, vt pronunc, eius maritum, vtrosque pauperes, senes & valetudinarios: Sed priuilegiatus † contra priuilegiatum non vitur priuilegio, 66 *Ias. in auth. qui rem. Codic. de SS. Eccles. numero decimo-septimo, & in auth. quas actiones. eod. tit. Zas. in §. rursus. numero decimo-septimo, Instit. de action.* Principi non conuenit, † vt piæ causæ ratio habeatur, 67 quando ei resistunt fortiores probationes: iniquum enim † foret, illiquidum vincere liquidum: cum omne priuilegium sine iniura aliorum accipi debeat, *Bartol. in leg. impuberi. de administ. tut. Nec propter fauorem impensum miserabilium personarum, eis tribuendo priuilegium, aliis iniustitia facienda est. cap. 1. de priuileg. in 6. Afflict. decis. 257. num. 5.* Facit in simili: Quod si miserabilis † persona agit ex iurè cesso, & ex causa lucratiua, bona fide, & sine fraude facta, tunc habet priuilegium eligendi forum, *tot. tit. Codic. de hered. vel. act. vend. Sec. si constaret de simulatione: puta, si facta esset cessio miserabili personæ, de magna quantitate, vel re, pro pauca pecunia, leg. cum hi. §. modòs. de transact. leg. per diuersas. Cod. mand. Vel si esset cessio facta sine titulo, vel sine causa: leg. qui stipendia. C. de pronunciat. l. nunquam nuda eradio. de acquir. rer. domin. l. nudo. de donat. ita sentit Afflict. super Constit. Neapol. li. 1. ti. de offic. magistr. rub. 37. §. statim. n. 27.* Denique satis constat, ex parte hospitalis agi ex causa lucratiua, & sic de lucro ca- 69 prado: illic verò per Molitorè, de damno vitando: Quo casu, † cū duo priuilegiati hisce diuersis respectib⁹ agunt, vnus videlicet de damno, alter de lucro, tunc is gaudet priuilegio, qui damnum sentit, *l. verū. §. si. de minor. in d. auth. quas actiones. C. de SS. Eccles. n. 11.* His liquere satis existimo, ex parte Appellati deficere titulū, tam verum, quam præsumptū, & possessionē non tam immemorialē, quam longissimam, quin & longam, sine quibus præscriptio constitui non potest. Quod ipsum copiosius prosequi, necessarium non putauī. Sufficit constare ex deductione, Actorem suam intentionem non probasse, ideoque Reum absol- 70 uendum *iuribus vulg.* Concludo pronuncian- dum, quoad Hospitale siue Gottshaus, malè iudicatum, & benè appellatū, compensatis expēsis: cum Appellatus duas pro se habeat sententias, & causa obscura & intricata quodammodo sit.

D. N. Quoad fundatam Iurisdictionem, sentit cum Referente: Putat actum actione siue conditione ex l. 2. & fin. *Codic. de iur. Emphyt.* Quia ea videtur vilis Actori: releuatur ab onere probationis dominij. Quod autē competat pro pensione exigenda, tradit *Placent. tract. de societ. act. numero tertio, Oldend. de act. Emphyt. rubr. affin. remed. vers. 8. si Emphy.* Propter antiquitatem † instrumenta magis probare, quam testes 71 *leg. census. de probat. iuncta. leg. peregrè. de probat.* Nec

requiritur, vt exactè probetur, contra eum præcessisse, vel rem expressè datam in Emphyteusim, vt §. udeo. *instit. locat.* Sed sufficit locatio *leg. 1. in prim. si ager vectig. l. fin. C. locati p. ed. lib. 11.*

Accedit, quod à partibus hæc obligatio ita obseruata, vt dicunt Actores: *Grauet. 4. limit. nu. 16. part. 1.* Quia dubium videtur tolli ex obseruantia partium, quæ facit, † vt fides etiam detur scripturæ minus solenni. *Bald. consi. 402. lib. 1.* Hæc autem obseruantia ex Reipius confessione qualificata, tum errore & coactione, quod à Reo probandum, manifesta est in locis per Referentem ex actis relatis, & testis tertij ad septimum interrogatorium depositione. Et præsumptionem † fa- 72 cit præstatio, omnia debito modo interuenisse. *l. de in rem verso. de vsur. leg. si filius fam. vbi nor. Codic. de petit. hered. Felin. cap. sicur. de sent. & re iud.* Hinc possessio † etiam satis constat, quæ licet ex solo loca- 73 tionis instrumento probetur, contra conducentē tantum, *leg. si quis conductionis. leg. conductoris. Codic. locati. Schneidv. §. retinende. rubr. de interd. vt possid. instit. de interd.* Tamen quando locatio alicui facta, & desuper solutio pensionis secuta est à possessore (vt hic) tunc istis concurrentibus, simul cum inuestitura probatur possessio, etiam contra quemcunque tertium, & alios omnes: *gl. & Bart. in leg. quamuis. §. conductor. & leg. qui vniuersas. §. quod si per colon. de acquir. poss. Ferrar. in form. libelli, quando agitur ad & c. verb. recusar. numero. 4. & libelli forma, turbata possessionis. verb. tenent. nu. 6.* Accedit titulus donationis † & cessionis, qui inter- 74 uenisse præsumitur: quia habet admixtū factū hominis, puta, solutionis. *Grauet. de antiq. §. 1. n. 32. par. 3. Vesèb. con. 18. n. 7. Dd in l. ex hoc iure de aqua quot. & esti. c. 1. de præscrip. in 6. & c. peruenit. de cens.* Accedit etiā longissima, † & ultra memoriā hominū de- 75 tentio, & quasi possessio dicti instrumenti, quo se fundant Actores, habet enim vim tituli. *c. 1. de præscript. c. quibusdam. §. præterea de probat.*

Hinc tandem & bona fides colligitur, quæ alias semper tali casu præsumitur *leg. non ex eo. Codic. de Euict. ibi gloss. verb. debes. leg. emptor. Codic. de præscript. Bartol. leg. census, de vsucap. facit, quod possessionem † instrumenti Actor habet: quia qui tale, tam rei mobilis, quam immobilis habet, rem ipsam tenere videtur *leg. prima, Codic. de donat.* Venit enim res ipsa contenta in instrumento *leg. seruum filii. §. eum qui Chyrographum. de legat. 1. leg. qui Chyrographum. de leg. 3.* Ita vt hac ratione fortior sit illa instrumenti restitutio, quam ipsius pignoris redditio. Hæc verò, nisi specialiter actum sit, nihil releuat. *Siehard. leg. 1. Cod. de notat. nu. 5.* Inde traditionem instrumenti præsumi, *leg. minus instructus. de acquir. poss. leg. quadam mulier. de rei. vend. Bald. c. 1. §. facta. si de feud. defunct. fuer. controu.* Sunt etiam coniecturæ de dominio non leues, vt plenè per *Bald. l. quidam in suo. de condit. instit. Dd. in l. siue possidetis. C. de probat. Canonist. in c. cum ad sedem. de restitut. spol.* Maximè cum hoc allegatur per Actores: Imò nuda confessio rei, † maximè, si 76 solutio census sequetur, probat dominium directum pro concedere, contra Emphyteutam, Pa- 77 78*

pa decif. 172. nu. 4. Guil. Bened. cap. Rainuzius. verb. vxorem nomine, decif. 5. nu. 450. Et licet quidem, non solum in hæredibus vniuersalibus, sed etiam quibuscunque particularibus, sibi locum vendicat. Concludit, Intentionem Actoris, argumentis & præsumptionibus dictis, adeo validari, vt vltiori probatione non sit onerandus, sed in reum reicienda, l. circa. de probat. Ripa. cap. saepe. num. 2. de restit. spol. Et casu, quo non probauit, condemnandus ad futuram præstationem: Menoch. remed. 4. de adipis. poss. nu. 794.

An Elisa.

Reus Replicando quæstionem Dominij (quod hoc calu, quando videlicet Emphyteuta locationem diffitetur, iura permittunt. Oldend. in act. Emphyt. versic. affin. remed. nu. 4. Bartol. in leg. legata. de adim. leg. Corraf. in miscell. lib. 3. cap. 2. num. 10. per l. litibus. C. de agric. & cens.) petitionem elidit: Et rem esse liberam, & ad se iure dominij pertinere, conatur ostendere. Et primò quidem Actor proprio ligone vulneratur. Nam instrumentum pro se productum, dominium vile rei notorium facit, concessio namque Emphyteusis alicui facta, probat dominium vile pro ipso, contra concedentem, & alios quoscunque: Panorm. cap. cum olim. num. 8. de cons. Bened. dict. loco num. 450. Dominium autem directum, & titulum Rei ex documentis tribus productis probant.

In primo documento, Anno 1446. sigillo confirmato, & ab Appellatis in conclusionibus confessato, manifestè patet, Iacobum Molitorum, Rei nostri proauum, titulo Emptionis, controuersa Molendina omnino libera acquisiuisse: atque hinc Dominium nactum esse. Cum emptor præsumatur emissus pro dominio, nisi expressè, ratione Emphyteusis emat. l. si in emptione. §. rei sua. ibi Bartol. de contrah. empt. Idem in leg. si rem aliquam nu. 11. de acquir. poss.

Quatuor autem substantialia præ probanda sunt ab eo, qui ex titulo emptionis se dominum asserit: Spec. tit. de act. & petit. §. sequitur videre. num. 24. De primò non dubitat. vt in instrumento: Et præsumitur facta eo tempore: Bartol. l. post dotem. num. 21. solut. matrim. Et præsupponit precij conuentionem: quia nemo soluit indebitum, præsumptiuè. Dominium venditoris constat ex primis literis, & præsumptione temporis longissimi, excepta hac lite, qua Molitores quiete, absque solutione possederunt. Item facit in aliis obligationibus, ius pignorandi, Seruitutis, &c. quæ omnia plenam important & liberam proprietatè. Concludit, Actionem elisam, vt Referens. Pronunciandum, vt ipse: Salua conditione indebiti, per priorem sententiam reseruata. Compensatis expensis: In quas tamen, nisi obstarent duæ sententiæ, pro Actoribus latæ, ipsos propter præsumsum ius non probatum, & malam fidem, multis nominibus præsumptam, condemnare mallet.

D. N. Quod actum est secundum consuetudinem Ristenpands, non satis intelligit, an ma-

gis ad petitoriù, quàm possessoriu spectet. Quia tamen ab aliquot annis decursi census, ex obligatione ab initio exhibita petuntur, putat vtramque actionem commodè dari posse, vt per Referentes. Et sic magis petitorium institutum: Tamque super obligatione censuaria. Guarentigia, vel Camerali pro executione eiusdem, vt in simili Benedict. Benig. de censib. art. 70. n. 103. Probationes autem sic omninò se habent, vt per Referentes latè deductum: Quia in actis nulquam videt, sufficienter aliquid probatum, siue quoad titulum & dominium, siue quoad possessionem & solutiones censuum, siue etiam præsentem præscriptionem. Excepto maiori hospitali, & quod per errorem, ignorantiam, atque extorsionem quodammodo factum dicitur. Imò posito, non tamè concessio, ius aliquod Actoribus ex d. titulo competere, re tamen plus petitum apparet ex instrumento emptionis, de Anno 1446. à Reo producto, cuius virtute antiquior obligatio, super qua Actor se fundat, pro certa illa quota, fuit sublata, cum de contratio non doceatur. Vnde leuis oritur præsumptio: Licet probatio Reo deficiat, quoniam autem causa siue titulus generaliter ignoratur, quod ius Actorum, nec alia eius loci probationes appareant, pro ipsa firma satis præsumptio militat, nedum probatio sufficiens & legitima. In primis verò allegata cessio doceri debuisset, de authore & causa liquere, adeoque priores etiam sententiæ confirmari potuissent: Cum talis censualis contractus tam in habente vtilem, quam directam actionem, effectum suum sortiatur. Idem Benig. art. 73 n. 106. Sibi itaque Actores, suæque negligentia impudent, quod in tribus instantiis nihil præstiterint. Concludit ex rationibus & argumentis ante se deductis, per Referentes: Compensatis expensis. Mallet in sententia ponere expressam reseruationem des grossen Hospitals.

Confenserunt & alij Domini.

VOTVM VI.

In causa Marggrafenzu D.

Contra

Comites zu St. & Consortes.

SUMMARI A.

- 1 Pignori incumbere melius est, quam in personã agere.
- 2 Dispositio realis plenius prouidet, quam personalis.
- 3 Actiones reales sunt firmiores personalibus.
- 4 Actio personalis cum reali in vno libello proponi & cumulari possunt.
- 5 Reditus annuus, tam in pecunia, quam in re, emi & vendi possunt. (mi fas sit.)
- 6 Forma contractus ita seruanda, vt ei nec addi, nec de-
- 7 Verba contractus sunt forma contractus.
- 8 Contractus ex conuentione legem accipiunt.
- 9 Hypothecaria cessat, quando offertur debitum. Oblatione enim & solutione debiti, res Emphyteutica retineri potest.

- 10 In contractibus in dubio electio alternatiua dispositio-
nis est debitoris
- 11 Obligatio ad Interesse succedit propter moram.
- 12 In obligationibus facti, regulariter succedit obligatio
ad Interesse.
- 13 In alternatiuis sufficit alteram partem existere.
- 14 Verba ita sunt intelligenda, vt actus conueniant, &
seruiant materia, de qua agitur.
- 15 Verba obligationi inserta. Vid. reditus, vel soluitur,
non facti, possessione vel occupatione hypotheca cre-
ditoribus consulatur, quomodo intelligenda.

Procuratorum constitutiones vndique sunt
sufficientes. Estque satisfactum per D. Nam-
minger præambula, 8. Nouembris Anno 77.
publicata. Quia 18. Augusti Anno septuagesimo-
nono, produxit loco tutorij documentum
Decreti Camerae super confirmatione eorum tu-
torum, cum originali collatum, & subsignatum,
siue subscriptum per Lectorem.

Iurisdicctio est fundata, ratione continentia
causæ non diuidenda, propter plures correos de-
bendi, tam Comites, quam eorum subditos, ut
Stollberg vnd Wernigerod, vt patet ex narratis sup-
plicationis, citationi insertis, quod nullus parti-
um inficiatur.

Remedia plura ex eiusmodi obligatione, qua
se fundant Actores nostri, competere possunt.
Dum enim agunt & pactis in continenti contra-
ctui appositis, & vrgent ad earum obseruantiam
haud malè dici potest, præscriptis verbis esse ac-
tum: Rebus enim certa lege traditis, si huic non
pareatur, hæc actio datur, *l. si vir vxori. de prescript.
verb. l. legem. C. de donat. Dd. in leg. iuris gentium. §. quon-
iam. de pact.* Sed & actio informata ex contractu in-
tentari potest: & sic nostro casu ex empto, actum
videatur *leg. si sterilis. §. si tibi fundum vendidero. de action.
empt. l. qui fundum. de contrab. empt. leg. fundi partem l.
I. ab eo eod. tit.* Si tamen petitionem libelli, cuiusque
concludendi medium & causam perpendo, po-
tius Actorem se virtute quasi Seruiana, siue hy-
pothecariae Actionis armasse conicio. Principa-
liter enim petit, se in res hypothecas immit-
ti, donec sibi de summa Capitali 40000. floren-
orum, cum pensionibus, damnis & interesse,
vigore obligationum satisfiat. Siquidem is, est effe-
ctus hypothecariae, vt res hypothecata, obligata
creditori relaxetur, loco pignoris tenenda &
possidenda. *leg. si cum venditor. in princ. de euict. leg. si
fundus, §. in venditione. & §. creditor. & leg. pignoris.
ff. de pignor. leg. pignoris. eod. tit.* Estque hæc via acto-
ri vtilior & commodior, *dict. l. si fundus. §. in vendi-
tione. in fin. de pignor.* Quia melius est, † pignori in-
cumbere, quam in personam agere, *leg. itaq. §. si. de
furt. §. furti. Inst. de oblig. qua ex delict. nasc.* Et plenius
2 prouidet † dispositio realis, quam personalis. *leg.
si necess. ius. §. de vendendo. de pignor. act. Dec. in leg. plus
3 cautionis. de reg. iur. numero. 2.* Suntque † actiones
Reales firmiores personalibus. *Dec. late in rubr.
ff. si. cert. pet. nu. quarto, post alios, quos ibid. allegat.*

Quod verò personalis cum Reali in vno libel-

lo proponi & cumulati possit, sentit & probat
Dyn. in c. nullus pluribus. de reg. iur. in 6. Sequitur Ioann-
Ferrari. in form. act. hypoth. in glossa verbi, memoratis cau-
sis. num. 7. & Pet. Iacob. in libello hypothecaria num. 13.
Sed nostro casu personalem implicatam esse rea-
li, intelligitur ex petitionis verbis, ibi. In die Herr
schafft Stollberg vnd Wernigerod / 2c. zu immittie-
ren vnd einzusehen / dieselben auch so lang zubehalten
vnd in zuhalten / bis J. S. G. des Hauptschulds / Zins /
Kosten vnd Schaden befriedet vnd bezahlt werden.
Quæ verba videntur æquipollere his, quibus ex
sententia interpretum, cumlatio dictarum ac-
tionum infertur.

Hanc Actionem probatam affirmatiuam ex eo,
quod requisita Principalia & necessaria in actis
deducta & probata conspiciantur: vt puta, qd res,
ad quam agitur, est obligata partium conuentione,
*l. contrahitur l. res hypotheca, de pignor. l. 23. Cod. qua
res pignor. oblig. poss.* De qua conuentione nostro ca-
su ex obligationibus productis non solum constat,
ad effectum constituta hypothecæ, sed etiã
quoad prosecutionem, immisionem, & inuasionem
eiusdem, profit pacta contractus in hoc dilu-
cida & clara sunt, nec eget vltiore deductione.

Deinde quod conuentus hac actione, possi-
deat obligatam, *l. pignoris persecutio, leg. & qua nondum.
§. quod dicitur. de pignorib. l. si cum venditor de euict. §.
item Seruiana, vbi instituitur. de act.* Quin verò hic
ipse Reus, Comes Albrecht Georg, & correi debē-
di possideant res tam specialiter, quã generaliter
hypothecas, respectiue tamen, diuersis iuribus
& modis, notorium est tam ex actis & confessio-
ne partiũ, quam ipsius facti euidencia. Quod nec
alicubi negatur.

Est etiam ex tacita Comitum conuentioni confes-
sione illud satis liquidum, quod videlicet instituta
Actio remora & dilatione soluendi eius, quod
debetur, causam habeat. Quo casu recte agitur
hypothecaria *leg. debitores. C. de pignor.* Determinata
enim est dies solutionis, vt ostendunt duæ ob-
ligationes: quæ contractus forma & obseruan-
tia, cum violata sit, fundata videtur actio institu-
ta, ob non factam debiti solutionem. *d. l. creditores.
C. de pignor. l. soluitur. §. 1. quib. mod. pignor. vel hyp. sol.
Et valet contractus emptionis redituũ, l. iubemus.
la. 2. de SS. Eccles. Nam reditus annuº † tam in pecu-
nia, quam re, emi & vendi potest. d. iam leg. & Bald.
confi. 154. n. 1. vol. 2. & confi. 292. per tot. vol. 5.* Sic etiã
valet pactũ de immisione in bona hypothecata,
& occupatione siue inuasionem eorundem: *late Ne-
guz. de pignor. 4. part. princip. n. 8. & seqq.* An verò ele-
ctio sit penes creditorem vel debitorem, traden-
do pignus, vel soluendo debitum, statim in pun-
cto elisionis habebimus.

Hæc sunt præcipua capita, quæ agenti hac via
attendenda & proponenda veniunt. Cumque ea
sint plena & perspicua, nec à Reis negata, non
egent lata deductione.

Quibus accedunt expressa pacta obligationibus
inserta, dilucidis verbis Also vnd der Gestalt / ob
Sach were das / Rei, mit Bezahlung der Zins / emig
oder

oder mehr Jahr säumig würden / oder sonst einiger Mangel dem halben Actori zustünde / in was Weg sich das begeh/darumb sie ihres Zins vñ Hauptguts nicht habig seyn möchten/promittunt Rei & fideiuflores, sich in Eyrstung zustellen/vñ davon mit zusammen / es seyen dann alle Zins / Kosten vñ Schäden gänglich vñ gar Actori vergnügt/effluxo vero mēse nach der Eyrstmanung / & non facta solutione, permissum sit Actori, reos Gerichtlich zubeflagen in rechtfertigen / bona hypothecata inuadere, occupare, arrestare, cum vel sine Iudice, biß sie gänglich vergnügt vñ bezalt seyndt. Hęc, inquam, pacta & conuentionis leges præscripta, sicut sunt clara & perspicua, ad fundandam Actoris intentionem: Ita nec opus esse puto de virtute & vi patet, quatenus seruari conueniat, & par sit, frustra multis, & cum tædio disputare, & nauream mouere. Inde puto, Actionem probatam.

Elisionis vires ex ipsis obligationis instrumentis ab Actoribus productis, desumptæ sunt. Inde primum locum sibi vindicat causa Emptionis & venditionis annui redditus in pecunia, cum pacto de retrouendēdo, ipsis venditoribus, & nō emptoribus, reseruato: Id quod certam & substantialem formam contractui nostro constituit: & est tanquam principalis obex defensionis Reorum: 6 quæ forma † contractus ita seruari oportet, vt ei nec addi, nec demi fas sit, *leg. ad probationem. l. 1. ibi, quem tenor scriptura designat. C. de probat. Bartol. in l. huiusmodi. l. si ita quis stipulatur. de verb. obligat. l. sancimus. ibi placiti tenor. C. de fideiuss. l. ex verbis. ibi: verborum conceptio, non fideicommissum relictum ostendit. C. de donat. inter vir. & vxor.* Quia verba † contractus, sunt forma contractus, dicit Bald. in l. fin. vers. ex hoc elicitur. C. de suis & legit. Et contractus † ex conuentione legem accipiunt *l. 1. §. si conueniat. de pos.*

Deinde licet in nostra obligatione nonnulla pacta inueniantur, per ea tamen non intelligitur conuentum esse, vt non soluto reditu termino præscripto, sicque commissa mora, statim & directe, atq; annullato & cassato cōtractu, ac si venditio nunquam facta esset, vel restituendum precium emptionis, vel immissio in hypothecam: Licet plenaria solutio redditus & omnis interesse faciēda sit. Id enim solummodo pactum videtur, vt redditus annuus, præscripto modo soluatur, vel solutione pensionis & cēsus dilata, & re hypothecata periclitante creditori possessione eiusdem, siue immissione in rem obligatam, consulatur. Si quidem contractus & obligationis verba habent: vt spreto obligatio, post mensem, emptor siue Actor gut fug vñ Macht haben soll / vñ die versallene vñ aufstehende Schulden/auch Kosten vñ Schäden/Venditores & fideiuflores deshalb mit Recht fürzunemen/zubeflagen/ihre Güter anzugreifen / zu arrestieren / zu pfenden / die zuverkauffen / oder ihnen selbst zu behalten/etiam sine Iudice, renunciantes omnibus iuris beneficiis. immer so lang/biß d. Emptor vñ Hauptgut / aufstehende vñ versallene Zins/oder andere Mängel/sampt allen Kosten vñ Schä-

den/gänglich vergnügt vñ bezalt sey. Saluo iure retrouendēdi, quodocunq; venditoribus placuerit. In his cōuentionis verbis expresse dispositum non reperio, vt commissa mora soluendi, restitutio precii sit faciēda, vel aliam pœnam possessionis vel hypothecæ stipulatam esse, cuius intuitu mora purgari nunquam possit.

Et, sicut in casu, quando cōuentum est, si intra certum tempus debitor non soluat, creditor possit vendere pignus, &c. debitor etiam elapso termino, offerendo solutionem, audiri debet, *Specul. de lit. contest. §. 1. vers. patet. num. 14. ibi: item si tibi rem. & Cardinal. Clem. 1. §. nos itaque pen. quæst. de iureiur. Dec. in leg. fructus. de Reg. iur. Bald. in l. 3. de pign. act. gl. in leg. 1. C. de pact. pig.* Ita etiam hypothecaria † cessat, quando offertur debitum. Oblatione enim & solutione debiti, res Emphyteutica reineri potest, *l. Paulus. in fin. quib. mod. pign. vel hyp. solu. leg. mulier. qui pot. in pignor. hab. l. si fundus. §. in vindicatione. de pignor. Ferrar. in form. lib. action. hypoth. in glossa verb. Satisfacere numero primo. per iam allegata iura. Sequitur Oldend. in class. ead. actione, in forma positionum Actoris. vers. 7. facit text. in leg. 2. quib. mod. pign. vel hyp. solu.* Et notandum dicit Petr. iacob. in form. libel. hypothec. numero septimo. Quod actor agens hypothecaria, repellitur, si offeratur ei debitum, per dict. leg. Paulus, §. qui pignoris iure. C. quib. mod. pig. vel hypoth. solu. *Rofr. de libellis, Actione Seruiana dicit, si possessor, quicumq; sit, vult offerre & soluere debitum tibi, repellit te creditorem agentem, & sic confirmat sibi possessionem illius rei, per dict. leg. Paulus.* Et sufficit hoc casu oblatio sine designatione: quia facta ante litis contestationem, & sic reintegra, *Bartol. dict. leg. si Insulam. numero duodecimo, Zas. in l. si quis arbitrari. num. 14.* Et facta est cum Interesse & damnis, quod nō negatur.

Porro cum actor noster in sua petitione libelli videatur in effectu alternatiue petere, vt vel precium restituatur, vel traditio pignoris fiat, nō puto inde sequi, vt ad electionem Actoris alterutrum fieri necesse sit: Cum nō hæc principaliter & proxime sint in obligatione, sed ordine successiuo, vt vel redditus soluatur, vel traditio hypothecæ fiat, donec Actor de toto debito securus fiat, sibi que fortis nomine cautum sit. Quo casu Electio regulariter non est penes creditorem, sed debitorem, *l. plerunque. §. fin. de iure dot. l. si in emptione. §. pen. de contrahend. empt. Institut. in §. huic autem. tit. de action. cap. in alternatiuis. de reg. iur. ibi plene Dyn. & Felin. in capit. inter ceteras. numero quarto, & decimo sexto, de rescriptis.* Et licet hæc regula sit semiprocardica, vt inquit *las. in dict. §. huic autem. numero sexto.* Et in primis limitetur in casu, quo alternatiua esset adiecta in fauorem creditoris, vt per *Bartol. & Dd. in leg. quamuis. de pignor. action. & Castrens. in leg. quarta, §. si ex conuentione. de re iud. v. li conuentum esse, vel soluere ad pascha, vel dare pign. ibi creditor eligit, alterutrum petendo, vt communiter per Dd. in allegatis locis.* Attamen hic versamur in diuersis terminis: quia talem formam cōtractus obligationes nostræ nō ostendunt: Imo iam est constituta hypo-

thea siue pignus. Et posito, alicui videatur simile quoddam conuentum inter partes, tamen cōmuniō sententia est interpretum. Quod in contractibus † in dubio Electio alternatiuæ dispositionis, est debitoris, præsertim quando tale pactum in fauorem creditoris expresse non extat. Hic enim vtrumque quidem est in obligatione, vt videlicet debitus reditus soluat, vel, si minus fiat, hypotheca occupetur: Sed alterum tantum est in solutione siue præstatione, vt dicunt *Dd. text. est in leg. secunda, §. i. ibi: aut in pendenti est. donec alius soluat. de verb. obligat. Anton. Fuma. in tract. de eo quod interest. num. 62.*

Hic succedit, quod origo & causa proxima institutæ actionis est, ipsa mora cōmissa, in non soluendo reditu. Sed notorium est, quod propter moram † succedit obligatio ad Interesse, vt plene per *Dd. in l. cum te mihi. leg. vinum. si cert. pet. l. stipulationes non diuiduntur. §. Celsus. de verb. obligat. Grammat. decis. 103. num. 140.* Item in obligationibus facti, tacite venit obligatio ad interesse. *d. l. stipulationes non diuiduntur. ibi Dd. & Zas. num. trigesimo secundo.* Quo casu siue factum, siue interesse petatur, Reus tempore potest alterum eligere, *Bart. iam d. leg. & Zas. n. quadragesimo quarto, vsq; ad sententiã in clusiu. facit l. miles. §. decem. de re iud. Sed solutio est facti l. cont. l. §. fin. de curat. furios.* Estque obligatio ad interesse (quæ hic tacite venit) proxima obligationi facti, vt illi in esse videatur, *l. si pœna. de verb. obligat. Guid. Pap. decisio. 171. numero tertio.* Hinc infertur, † quod in obligationibus facti regulariter succedit obligatio ad interesse, nec agi potest præcise ad factum, quod est nostro casu, ad solutionem vel restitutionem summæ capitalis, siue pretii. *Bartol. & alii in dict. leg. stipulationes. in octaua quaest. de verb. obligat. Neguz. de pignor. secunda part. princip. memb. 1. numero octauo.* Confirmat id ipsum communis conclusio *Dd. fundata ex textu in leg. si seruum stipulatus. §. sequitur. de verb. obliga. vbi habetur, Eum, qui moram fecerit in soluendo id, quod promiserat, posse emendare eam moram, postea offerendo: hanc enim esse quæstionem de bono & æquo, facit text. in dict. l. si insulam. & l. si seruum. §. sequitur. eod. tit. late ibidem *Alex. an. de Imol. num. decimo quarto, & seqq. præsertim cum casus noster referri non possit inter certos numeratos casus à Dd. in quibus moræ purgatio non admittitur, vt per *Alexand. iam dicto loco & Zas. in dict. l. si insulam. numero trigesimo quinto, & seqq. Sed sit vnus de casibus permittis, vt per *Salic. tractat. de mora. 2. quest. princip. numero vigesimo septimo & 28.****

Et fit in præsentia duplex consideratio moræ, vna, respectu debiti principalis, pensionis videlicet, siue reditus non soluti in termino. Altera vero, intuitu restitutionis pretii, ac si ob moram facta esset resolutio contractus, iuxta *leg. Commissaria. C. de pact. inter empr. & vend. l. Traiectitia. de Act. & obligat.* Sed effectus primæ considerationis cessat, propter oblationem solutionis debiti, cum interesse, quod dicitur pœna respectu soluentis, *Guid. Pap. decis. centesima septuagesima prima, num. tertio, &*

Zas. in l. dies caurioni. §. in eum. numero quinto, de damn. infect. Altera vero cōsideratio hic locum non habet, quia eã pœna stipulata non est: Ideo non licet mutare formam contractus, quæ venditori tantum permittit retroemptionem, ne per obliquum ea, quæ inducitur sunt, operentur contrarium effectum. *l. legata inutiliter. de legat. 3.* Vel forte constitutio Carolina tali modo de Anno quadragesimo octauo, eludatur. Quin imo hoc loco, causa plus petitum esse dici posset, per tradita in §. huic autem. *Instit. de act.* Fundatur hoc ex verbis obligationis perspicuis, ibi: Wann sie/effluxo mense, die auffstehende Gülten/ auch Kosten vnd Schäden doch nicht bemüzig gemacht/ sollen sie/ Creditores macht haben/ Debitores deshalben (notetur verbum deshalben) mit Gericht fürzunehmen / vnd hypothecken zu occupieren/ &c. Et habet dispositio obligati conditione: ibi: Also vñ der Gestalt/ wann sie ihrer Zins vñ Hauptguts nicht hábig oder sicher seyn möchten/ &c. notetur vocabulum oder/ quia in alterna ius † sufficit, alteram partem exitere. *leg. si heredi. de condit. & demonstr. prout hic existunt sufficientia pignora, de quo nemo conqueritur etiam quoad sortem. Haud igitur recte, ratione pretii, obtagium exigi potuit. Quia dictio, Hauptsummen/ non caret effectu, licet propter moram statim & præposere repeti nõ possit: quia retinet effectum successiuum, vt dictum est, & habet ius hypothecæ, in omnem euentum, donec plene satisfiat contractui: nec enim patitur natura contractus aliam interpretationem: Sed verba † ita sunt intelligenda, vt actus conueniant, & seruiant materiæ, de qua agitur, ne sibi contrariari videantur: *Iuribus vulg.**

Si itaque pretii restitutio nondum peti potest, nec alterum, quod eius nomine petitur, immissio scilicet in hypothecam, locum habebit: Nam id successiue inest obligationi, vt videlicet reditus soluat † quo non facta, possessione vel occupatione hypothecæ creditoribus consulatur. Quod tamen semper ita intelligitur, vel existente mora, suspitione fugæ, vel pignoris periculo, *Neguz de pignor. in 4. parte princip. numero decimo quinto.* Sed hic moræ effectus cessat, propter solutionem pœnæ, scilicet eius, quod interest: Et fuga non est si spectata, nec hypotheca periculi atur, de quo nec Actores conqueruntur. Cum itaque per solutionem eius, quod nunc debetur, creditori satis caueatur, res plena periculi foret, si immittendo in possessionem beyder Herrschafft/ Stolberg vñnd Wernigerod partes, multis rixis & damnis implicaretur: Imo contra iura & dolose impetraretur, quod statim facta solutione, restituendum esset, *leg. in venditione. in fin. de reg. iur.*

Tandem non obstat, quod forte quis dicat, eã moram sæpius contingere posse, vñd man hab mit lieb selten die Gülten zuwegen bringen können: quia is euentus satis prouisus est in obligatione: Atque id semel placuit contrahentibus, qui aliam & aperiorem legem non dixerunt. Inde concludo, Actionem elisam, & in effectu pronuciandum: Actoribus nõ licuisse exigere summam capitalem, siue

sue pretium, & pro hoc immissionem petere, sed reos Comites, & correos debendi, per text. in leg. 3. versic. fin. de duobus reis. & late Ronchegall. in tractat. de duobus reis constituendis, ad dict. l. 3. versic. fin. numero 14. & seqq. saluis obligationibus in omnibus punctis, absolvendis: ita tamen, vt satisfiat nunc & in posterum Actoribus de rebus in interesse & damnis: Cum refusione expensarum: Iniquum esset, crebris litibus & mora soluendi vexari, tamen onus expensarum simul ferre.

Saluis votis aliorum.

D. N. Actum ex Empto: Quoad pensiones residuas, eam probatam: Quoad sortem, etiam posset videri probatam: per clautulam obligationis, vt nisi solvatur, immissio petatur, donec summa capitalis soluta sit. Sed putat hoc pactum vsuram sapere, vt per verba der Politecy Ordnung / de Anno. 48. & Gail. obseru. 7. num. 12. lib. 2. Et hoc siue tale pactum, tacite & inuoluntate id operaretur, si validum esset, Imò hoc ipsum pactum fortius & acrius vrget & compellit venditorem ad reuisionem sortis, quam si eandem vendicaret, expresse promississet eandem reddere: text. & Dd. in l. is cui. S. missi. & S. qui legatorum, vt in poss. lon. legat. seruand. caus. esse lic. Ideo hoc pactum nullarum virium est, & per consequens, quoad hunc punctum, scilicet Sortis seu capitalis, Reos absolvendos puto. Quoad punctum residuorum casuum, & interesse, &c. eam elisam putaret, si Reus realiter obtulisset, vel in euentum obsignatam deposuisset pecuniam. Sed quia id non factum, saltem ex officio praesigendum ei terminum putat, intra quem oblationi suae verbali realiter satisfaciat, cum comminatione, si id minus fiat, vt ad instantiam aduersarii fiat, quod iuris est.

D. N. Concludit cum Referente, ita tamen, vt in sententia exprimat, vt iam & in posterum congruo tempore & loco, iuxta obligationem, solvatur pensio annua, Reum plane in omnes expensas & damna condemnando: Et sic non opus erit illa praebula, de qua Dn. Referens: Quia sententia eo modo concepta, hoc ipsum dictabit.

D. N. & N. Concludunt cum Referente. Quoad formam sententiae, puto, propter confessionem debiti, ratione reddituum, absolutorium esse iudicium sicque potius exprimendam absolutionem, quam condemnationem, propter oblationem solutionis eius quod debet, cum omnibus damnis & interesse. Posset tamen condemnatoria respectiue subnecti, propter expensas, damna & interesse, & vt Rei in posterum maturius soluant. Et per Executoriales commodius subueniri possit.

Forma Sententiae.

Est allem fürbringen nach zu Recht erkannt/ daß Beklagte von angestellter Klag / doch den beyden Schuldverschreibungen sonst in all ander Wege dar durch nichts benommen/ zu absoluten vnd zu erledigen. Aber den Herrn Klägern die von dem Jahr 74. bis dahero verfallene / vnd noch vrientrichte / auch alle fünffstige Jahrs Gülden der 2000. fl. bis auff wi-

der Ablösung der 40000. Gulden Kauffsummen/ jährlich/wie sich/Krafft gedachter Gültverschreibungen gebürt / vnuerzüglich zuerlegen vñ aufzurichten schuldig seyn/ Als wir sie hiemit respectiue absolutieren / erledigen: Vnd verdammen sie beklagten in die Gerichtskosten deshalb auffgelauffen/ zusampt die erlittene Schäden / vnd alles Interesse, ihnen Klägern nach rechtlicher Mäßigung zu bezahlen völlig ertheilend.

Aliter, atque hoc modo pronunciatum.

In Sachen/re. Ist allem fürbringen nach zu Recht erkannt/ daß gedachten Beklagten/ermelten Klägern die vö dem Jahr 74. bis dahero verfallene Zins/ beyder in Actis fürbrachten Hauptverschreibungen zuerfatten/ dergleichen auch hinfüro/ bis zu gänztlicher Widerlösung zuuerzinsen/ darzu alle Kosten / Schäden vñ Interesse, auff rechtliche Mäßigung zuerichten vnd zu bezahlen schuldig / als wir sie auch zu diesem allem hiemit condemnieren vnd verdammen/ vnd solches in contumaciam.

VOTVM VII.

In causa N. Contra T. X.

S Y M M A R I A.

- 1 Intentio Actricis directa est ad hoc, vt libellus valeat.
- 2 Actio ea competit non solum cum tota hereditate, sed & cum pars siue portio eius petitur.
- 3 Renunciati nullus vltterius datur regressus ad ea, quibus renunciauit.
- 4 Renunciatio dicitur in pactum abiisse, ideoque ab eo non recedendum.
- 5 Pactum de repudianda successione viuentis vt valeat, qua requiruntur.
- 6 Pacto quis praeventire potest, ne sibi aliquis succedat.
- 7 Renunciatio omnium rerum, etiam futurorum, valet.
- 8 Volenti non fit iniuria.
- 9 Renuncians se obligare censetur ad non petendum.
- 10 Promissiones iuratae licet in heredem, quo ad peritiam obligationem non transeant, ad reatum tamen, quo ad obseruantiam, sicut & alij contractus, obligant heredem.
- 11 Insurandum accedens pactum, magis corroborat, & adstringit, & in heredem deriuat.
- 12 Heres iurantis fidem & contractum ei, cui iuratum est, seruare tenetur.
- 13 Decedente aliquo sine ascendentibus & descendentibus, ad eius hereditatem vocantur fratres & sorores.
- 14 Pactum reseruatam non interpretandum, vt ius commune ledatur, & cum damno alterius, alius indebitum lucrum accipiat.
- 15 Disparitas inter sorores renunciantes non praesumitur, ideoque interpretatio ex alterutris renunciatione sumitur.
- 16 Consuetudinem allegans conuenit eam probare.
- 17 Conditionem semel existere sufficit, licet non in ignorantem, imo ratione suitatis etiam dures.
- 18 Exclusio omnis debet intelligi perpetua.

- 19 Decisio causæ huius rotius vnde pendet.
- 20 Renuntiationem hanc sub modo & tempore incerto & suspensiuo factam esse, quibus verbis probetur.
- 21 Renuntiatio qualiter facta.
- 22 A Renuntiatione pura & absoluta licet alias non detur regressus, tamen hic secus fit.
- 23 Renuntiationes sunt stricti iuris, & in eis non veniunt nisi quæ expressæ sunt.
- 24 Contractus virtus ad alium se non extendit, quam ad eum qui expressus est.
- 25 Renuntiatio in vno non inducit exclusionem in alio.
- 26 Renuntiationes legibus & natura aduersantur, reputanturque pro odiosis.
- 27 Odiæ restringi debent, non ampliari.
- 28 Favorabilis potius in re dubia assumi debet, quam odiosa.
- 29 Iuramenti natura est, confirmare quod actum, & non ad aliquid extendere.
- 30 Renuntiatio habens formam specificam suspensiuam, quid operetur.
- 31 Forma specifica suspensiuæ est obseruanda, ne vltra suam intentionem obligentur contrahentes. Ea enim tanquam causa finalis, & sollemnitas contrahens, quæ dat esse rei. n. 32.
- 33 Renuntiatio in hoc casu facta, non excludit renuntiationem simpliciter, sed certo modo, & per existentiam quarundam personarum, &c. Verba, quibus id ostenditur, quæ. n. 34.
- 35 Renuntiationes temporalitatem habentes, ad exclusionem perpetuam trahere permissum non est.
- 36 Donatio, vt post mortem donatarij res restituatur, valet. Quod etiam ad tempus certum vel incertum fieri potest. ibi. n. 37.
- 38 Pactum de non petendo aliquibus heredibus factum, non prodest alijs coheredibus.
- 39 Renuntiationis causa expressa, fauore scilicet conseruationis familiae & agnationis, restringitur ipsa renuntiatio.
- 40 Limitata causa, limitatum producit effectum, & exclusio debet restringi ad eius causam.
- 41 Argumentum à cessatione causæ renuntiationis sumitur ad cessationem effectus eiusdem.
- 42 Causa renuntiationis summaria quæ.
- 43 Paria sunt, non esse causam, & eam finitam esse.
- 44 Filia exclusa à successione patris ob masculos his deficientibus, admittitur.
- 45 Tam statuto, quam pacto, & partium conuentionibus fieri potest, vt filia femina dotata non succedat quousque vel donec supervixerit masculus. Sed femina taliter, semel per masculos exclusa, non perpetuo manent exclusa, sed finita masculina linea regressum habent ad petitionem renuntiatam. ibid. num. 46. Idemque obseruari, si eiusmodi dictiones proferantur à contrahentibus, vel testatore. ibid. n. 47.
- 48 Verba in omni dispositione & contractu non otiosa esse, sed aliquid operari debent. Imo nedum minimum quidem verbum sine virtute aliquid operandi esse debet. num. 49.
- 50 Verborum illorum, donec superest masculus, &c. effectus quis.
- 51 Verborum illorum: donec masculi extant, intellectus quis.
- 52 De vna persona & re male infertur ad aliam personam & rem.
- 53 Nota verba; illa renuntiationis, Berzeihe ich mich aller angezeigter Erblischen Berechtigtheit / was vnd wie viel mir Väterliche / Mütterliche / vnd Brüderliche Erb gebüret / vnd künfftiglich vö Mannstammen absteigender Einien / gebüeren möcht. &c.
- 54 Ius ex N. renuntiatione suspensum, in neptem transmitti potuisse, & transmissum esse, vnde pater.
- 55 Defectus quociescunque non est in iure deferendi, sed est suspensio iure agnoscendi, vel petendi, ibi lex dispensat, vt fiat transmissio.
- 56 Onus suspensionis non adimit vel priuat. Et aliud est suspendere, aliud rollere.
- 57 Hæres suus iure veteri & nouo hereditatem, beneficium suitatis transmittere potest, etiam infans, paternam hereditatem non aditam, in quoscunque etiam extraneos, transmittere potest. ibid. n. 58.
- 59 Reis, qui non minus in subsidium sue intentionis, eius loci consuetudinem atque actor allegat, probationis onus incumbit.
- 60 Fructus in hoc petitionis hereditatis iudicio veniunt iure & ex natura actionis, non officio iudicis.

Nullitatem in priore instantia commissam esse non video: iudicium enim & iurisdictionem ex omni parte fundatam, & recte, licet succincte, seruatis tamen substantialibus processum esse puto, prout nec in deductione grauaminum vllius nullitatis haud facta mentio.

In procuratoriis nihil deficit, nec Actrix inficiatur, Reos, tanquam legitimos tutores, defensores, & administratores bonorum, suo à liberorum, in vtraque instantia ius in se suscipienda litis habuisse, eoq; nomine recte constituisse procuratores.

Formalia sunt iusta: Lata enim sententia 9. Feb. Anno 75. statim in continenti est appellatum vna voce ad Cameram Imperialem, præstito iuramento Appellationis, daisque Apostolis reuentialibus.

Instituta est hereditatis petitio contra Appellantes, tanquam detentores, nomine suorum liberorum, portionis hereditariæ, ad Actricem spectantis, quam suis maioribus, à tempore renuntiationis Auæ Margarethæ, sub conditione suspensiuæ, seu potius sine conditione, sed quadam suspensione, vt per Bart. in l. fin. ad Tertul. debitam fuisse, & iam per existentiam eius conditionis, pure ad se spectare asseritur: vt intelligi potest ex conceptis verbis & mente libelli, eiusq; petitione: nec non contradictione Reorum. Ibi enim Actrix in effectu asserit, se heredem portionis auæ competentis de bonis proauis & proauæ. Hic vero id ius plane negatur. Adiuuatur ea forma libelli, ipsa clausula salutari, ei annexa, quæ (vt constat) effectu carere non debet. Accedit quod principaliter in iudicium dictum finem & effectum Actricis intentionis directa est, quod ipsum maxime attenditur, ad hoc, vt libel-

vt libellus subsistat, l. licet, l. non solum, i. petit. hered. Abb. capit. 2. de libelli oblation. Couarru. practic. questio. 2. capite duodecimo, num. 1. Et competit ea actio, † non solum cū tota hereditas, sed & cum pars, siue portio eius petitur, l. regulariter, cum l. seq. de petit. hered. l. 2. & per tot. cit. si pars hered. pet.

Actiōem probatam, minimeque per Reos e-
lisam cenſeo.

Licet enim obiiciatur, renunciatum esse hæ-
reditati paternæ, maternæ, fraternæ, medio iuramē-
to, sicque nec Margarethæ, nec ipsius hæredibus,
ad renunciatam hereditatem aditus pateat, cum
renunciante † nullus vltierum detur regressus, ad
ea, quibus renunciavit, l. si quis in conscribendo, Codic.
de Episcopis & Clericis. Idque maxime virtute præsti-
ti iuramenti, notatur in cap. cum contingat, de iureiur.

4 c. quamuis, de pact. in 6. Renunciatio enim † dicitur
abiisse in pactum, ideoque ab eo non recedendū.

5 Bald. consil. 437. vol. 1. Prout & pactum † de repudi-
anda successione viuentis, valet, quoad repudian-
tem, consentiente illo, de cuius successione agitur
(vt nostro calu liquet) Dd. in l. vlt. C. de pact. l. stipula-
tio hoc modo, de verb. oblig. præsertim quando aliquid

6 pro eo acceptum est: quia potest † quis præueni-
re pacto, ne sibi aliquis succedat, dato pro hoc a-
liquo inter viuos, Bal. consil. 148. n. 7. volum. 1. Sed ré-

7 nunciatio † omnium iurium, etiam futuroū valet,
Bald. l. 1. vbi Alciat. circa fin. & communiter Dd. in l.

8 pen. l. cum proponas, C. de pact. Nec volēti † fit iniuria;
l. cum donationis. 34. C. de transaction. l. 1. de li. hom. exhib.

9 Et renuncians † cenſetur se obligare ad non pe-
tendum, Bart. in lege, iubemus, Codic. ad Velleian. Ca-
nonist. in capit. peruenit, de empt. & vendit. Heinrichman.
consil. 1. num. 108.

10 Deinde, licet iurata promissiones † in heredē
non tranſeant, quoad peritii obligationem, ad
reatum tamen, quoad obseruantiam, sicut alii cō-
tractus, obligant heredem, l. 2. C. de pact. inter empt.
& vend. l. si pactum, de probation. tot. titul. vt actio ad he-

11 red. & in hered. Iusiurandum enim, † accedens pa-
ctum, magis corroborat & adstringit, & in here-
rem deriuat, Dd. in capit. veritatis, de iureiurand. Bald.
Castrens. in lege grege legato, de legat. 1. Bal. in lege prima.
C. de pact. Bart. in leg. generaliter, Cod. de rebus credit. Et

12 debet heres iurantis † fidem & contractum ser-
uare ei, cui iuratum est, late Couarruuias in cap. requi-
sisti, n. 2. in fin. de testam. & in capit. quamuis pactum, de
pactis in 6. part. 1. relect. §. 3. n. 3. & 4.

13 Tertio: Et clari iuris sit, quod decedēte aliquo
sine † ascendentibus & descendētibz, ad eius
hereditatem vocentur fratres & sorores, per tex-
tum expressum in Nouell. de heredibus ab intestato veni.
§. restat, & §. ita demum. Insit. de hereditat. qua ab inte-
stat. l. 2. §. proximum, de suis & legit. hered. prout nostro
casu Reorum coniuges iunctæ sunt Adamo fratri
defuncto, secundo gradu: Aetrix vero quinto, li-
næ transuersalis.

14 Quarto: Idque pactum reseruatum præsuppo-
nat proximitatem, & habeat conditionem, nisi
proximiores existant. Nec id interpretandum sit,
vt ius commune lædatur, & cum damno alterius

alius indebite lucrum accipiat. Bar. in l. omnes popu-
li, q. 6. de iust. & iure. Quod hic contingeret, si pro-
ximiores sorores à remotiore cognata exclude-
rentur.

15 Quinto: Non præsumenda disparitas † inter
sorores renunciantes Margaretham & Annam,
nec vnā magis dilectam à patre, sibi que minus
prospexisse, quam alterā, sed pariformiter sua iura
cessisse fratri & eius heredibus, ideoque interpreta-
tionem sumendam ex alterutrius renunciatio-
ne. Cum itaque Anna expressioribus verbis, & a-
pertius, qualitatem cessionis edixerit, ibi: Ob sich
auch vätterlichs/mütterlichs/vñ brüderlichs Erbs &c.
ander Erbsfall begeben/das sie wollt vnverzigen seyn:
merito hinc intellectus mutuari deber.

16 Sexto: Allegantem consuetudinem † cōuenit
eam probare, noti est iuris. Sed Ducatus Bauariæ
allegata consuetudo, qua dicuntur, remotiores ta-
li casu habere regressum cum proximis gradu, ab
Aetrice minime est probata; Ergo nihil releuat
dicta consuetudo ad decisionem causæ, sed relin-
quitur dispositioni iuris communis.

Septimo: Bona hæreditaria, de quibus hic dif-
ſceptatur, non posse dici bona Aui Sigismundi.
Postquam enim hæreditas adita est per filiū An-
tonium, & eo defuncto, per nepotem Adamum,
dicenda erit Antonii, & deinde ipsius Adami, po-
stremō iam demortui, hereditas. Ideoque recte
negatur. Reos quicquam detinere, quod ad Si-
gismundi hereditatem pertineat, l. sed si plures, §. fi-
lio impuberi, de vulg. & pupill.

17 Octauo: Verba renunciationis habere condi-
tionem, quia contineant tempus incertum, l. dies
incertus, de condit. & demonstration. Sed Regula est,
quod sufficit, † conditionem semel existere, licet
non duret. Nam omnis exclusio † debet intelligi
perpetua, l. seruus, de pæn. Anchar. cons. 220. n. 1.

18 Tandem iuris esse non obscuro (posito, quod
d. Margaretha habuerit regressum) tamen sua iu-
ra non potuisse transmitti in nepotem, vt Bald. in
l. 2. C. de lib. præter. circa fin. & Tiraq. de vtroque retract.
§. 1. gloss 9.

Attamen nostræ renunciationis & pacti de nō
succedendo, perpēsa causa, modo & effectu, facile
liquebit, in contrarium adductas rationes & iura;
huic nostræ hypothēsi parum conuenire.

19 Siquidem litera & mens † vtrinq; productōrū
& recognitorum documentorum, à quibus vni-
cē totius pendet causæ decisio, vt puta transactio-
nis, recessus Ducalis, renunciationis & reuersus
pariformiter & simul, aliud nō cōtinent, nec probant,
quam sub modo & tēpore incerto & suspē-
sio, renunciationem factam esse, † hisce videlicet
20 cet verbis: Soll der Verzicht sie Margaretham vñ
ihre Erben fernner vñ weiter nit binden/dann vmb
vñ für vätterlichs/mütterlichs/auch brüderlichs Erb
vñ Gut/vñ so gemelder Anthoni sein Sohn/vñ
deren absteigender Eini mannlichen Namens vñ
Stammens nit mehr vorhanden noch im Leben seyn/
vñ so lang derselbige in innlich Stamm berührter
Eini wäret.

- 21 Hinc apparet, renunciatum esse non absolute, pure & indeterminate, sed limitatiue, cum modo & suspensione siue reservatione quadam iuris competentis, tunc quidem habitu & potentia, iam
- 22 vero ipso actu, vt *Dd. loquuntur*. Licet itaque esse a renunciatione pura & absoluta non detur regressus, tamen hic secus, cum de alia qualitate aperte constet, a qua non recedendum est. Sicut enim renunciationses sunt stricti iuris, & in eis non veniunt, nisi quae expressa sunt, c. *sanedilecta*, cum glossa, verb. *retinere*, in *fin. de renunc.* Et sicut contractus virtus est ad alium se non extendit, quam ad eum, qui expressus est, l. *ita stipulatus*, §. *Chrysogonus*, de verb. oblig. l. *ad probationem*, C. de probat. Ita renunciatio in vno, non
- 23 exclusionem inducit in alio, l. *si domus*, de seru. vrb. praedior. l. *saum*, C. de iure delib. l. i. §. *videndum*, de successor. edit. *Castrens. conf. 86. n. 6. lib. 1.*
- 24 Aduerfantur. n. renunciationses sunt legibus & naturae, proque odiosis reputantur, *Bald. in §. ius Sacramenta*, n. 11. 12. de pace iuram. firm. in vsib. feud. idem *Bald. consil. 487. n. 2. circa med. lib. 1.* Odia vero sunt restringi debent, non ampliari: ideo in re dubia sunt favorabilis potius assumi debet, quam odiosa, l. *cum quidam*, de lib. & posth. l. *quoties idem sermo*, l. *quoties nihil*, de reg. iur. Cum itaque nostro casu non nisi in spectabilem euentum, dum scilicet masculina soboles & linea durauerit, renunciatum sit, non oberit Aeterni aeternitatis iuramentum. Est enim natura iuramenti confirmare, quod actum, & non extendere ad aliud. *Dec. conf. 379. n. 12. circa fin. text. in l. si de certa*, l. *sub pratextu specierum*, l. *age cum Geminiano*, C. de transact.
- 25 Deinde attendendum, quod renunciatio nostra non habeat formam specificam suspensionem, vt videlicet successio in bonis paternis & maternis non detur renuncianti Margarethae & eius heredibus, quamdiu superest masculus: vel successio sit penes fratrem, & descendentes masculos, donec tales in viuis fuerint. Quae forma obseruanda est, ne sunt ultra suam intentionem obligentur contractantes, l. *Meuius*, l. *qui heredit*, de cond. & demonstr. *Tiraq. de retract. proximior. §. 30. gl. 1. n. 9. & seqq.* Ea enim, sunt tanquam causa finalis, & solennitas contractus, dat esse rei, *Dd. in l. 2. §. fin. de vulg. & pupill. Tiraq. de retract. prox. §. 2. gloss. 1. n. 3.*
- 30 Accedit tertio singulariter, quod renunciatio nostra non excludit renunciantem simpliciter ab hereditate Sigismundi, sed, vt dictum est, certo modo, & per existentiam quarundam personatum & eorum respectu, ac favore agnationis, vt ad tempus impediatur successio. Id quod ostendunt vocabula, sunt vnde solus &c. Item, vnde solus id est, vbi cum, quamdiu, &c. de quibus habetur in l. i. C. de legat. l. *Titius filius meus*, de excusat. iur. leg. si quis ita legauerit. de cond. & demonstr. Sed quae temporalitatem habent, ad sunt exclusionem perpetuam trahere permissum non est, l. *epistola*, §. *fin. de pact.* quoniam Margaretha nostra portionem suam, tam paternam, quam maternam hereditatis fratri suo Antonio, certa lege, certisque rationibus reddiderat, quam portionem iam iure repetere potest, l. 2. 3. & 4. totoque tit. C. de donat. quae sub modo vel sub condit. vel ex certo temp. consistunt. vbi valet donatio talis, sunt vt post mortem donatarii res restituantur: Cum est sunt ad tempus certum vel incertum id fieri possit, lege scilicet, quae ei imposita est conseruanda, vt per *Bald. in d. l. 3. in princ. bonus est text. in l. si actionem*, C. de pact. vbi habetur: pactum sunt de non petendo factum aliquibus heredibus, non prodesse aliis coheredibus, facit l. *Paula Callinitio*, §. *Pompeius*, in *fin. de leg. 3.* & doctrina *Bart. in l. qui Romae*, §. *duo fratres*, n. 24. de verb. oblig. & *Bald. in l. pactum quod dotale*, n. 9. & seqq. C. de collat.
- 31 Hinc quarto sequitur, allegata iura, vt puta, d. §. *restit.* & alia, non quadrare ad propositum: cum ea intelligantur, quando fratres & sorores, tanquam proximiores gradu, vocantur, sine alio impedimento, nec interueniunt causae exclusionis, ex iure tertii, vt est nostro casu.
- 32 Facit quinto, quod expressa causa renunciationsis, sunt favor scilicet conseruationis familiae & agnationis, restringit ipsam renunciationsem, l. *cum pater*, §. *dulcissimis*, de legat. 2. *Ang. conf. 190.* quia consensus nostrae renunciantis Margarethae, qui fuit limitatus, non porrigitur, *tex. in l. iubemus*, C. ad Velleian. ibi. *renunciatio illas res seu personas, quibus mulieres consensus suum accommodauerint, coarctat Roman. conf. 131. in fin.* Limitata enim causa, sunt limitatum effectum producit, & exclusio debet restringi ad causam eius, l. *cancelauerat*, de his quae in testam. delent. late *Tiraq. in tract. cessante causa*, & c. part. 1. n. 147. Sed causa nostrae exclusionis temporalis est, masculorum existentia. Ea igitur exclusio restringi debet vsque in euentum defectus masculorum.
- 33 Sexto, sumitur argumentum sunt a cessatione causae renunciationsis, ad cessationem effectus eiusdem: sed expressa sunt & vnica eius causa est: conseruatio paterni nominis & familiae, & quidem ipsius lineae masculinae descendentes. Cessare igitur debet iam ipsa renunciatio, dum desit masculina proles: paria enim sunt, sunt non esse causam, & eam esse finitam, l. i. de condit. sine caus. l. *nil interest*, de nautico fen. *Tiraq. cessante causa*, & c. n. 14. prout etiam exclusionis causa, cum ipsa exclusione iam sublata videtur, l. *si instituta*, l. *si is qui*, de inoffic. test. *Tiraq. d. p. 1. n. 96.* & seqq. vbi dicit: *Filiam exclusam a successione patris, ob sunt masculos, admitti, his deficientibus, tanquam cesset causa reclusionis, per plura ibid. allegat.*
- 34 Septimo, nemo negabit, quin tam statuto, quam pacto, sunt & partium conuentionibus fieri possit, praesertim si iuramentum interuenierit, vt filia femina dotata non succedat, quousque: vel donec superuixerit masculus: Quod vero feminae tali sunt casu, femel per masculos exclusae, perpetuo non maneat exclusae, sed finita linea masculina, regressum habeant ad portionem renunciatam, vel a qua per statutum, ad tempus, per suspensionem fuerunt exclusae, tenet *Bald. in pluribus locis, praesertim cap. 1. §. quintiam*, num. 3. *Episc. vel Abb. in vsib. feud. l. in quibus*, Cod. de secundis nuptiis. *Alexand. in consilio decimo tertio*, numero 22. *lib. 3.* communem dicit esse opinionem Et *consil. 29. numer. 7. circa med. lib. 1. consil. 55. lib. 4. lib. 6. Dec. consil. 87. numer. 1. consilio 331. in princ. Tiraq. d. tract. cessante causa*, & c. n. 98. communem dicit *Sacini. consil.*

47 *confil. 63. col. 1. volumine primo. Villalob. in commun. opin. verb. filia. num. 60. in fin. ab. Fichard. Et idem esse, † si proferantur eiusmodi dictiones à contrahentibus, vel testatore, probat Bart. in l. fin. ad SC. Tertul. num. 2. circa med.*

48 *Est octavo, cōmunis theoricā: In omni dispositione & contractu, † verba non esse otiosa, sed aliquid operari debere, l. 1. §. 1. quod quisque iur. leg. si quando, in princip. de leg. 1. Ideo nedum clausulæ, sed ne minimum quidem verbum debet esse sine virtute † aliquid operādi, dicit Bald. in rubric. C. de contrahenda emptione. & vend. & l. nec quicquam, §. de plano, de offic. proconsul. & legat. Sed sic est, quod nisi verba illa: † Donec superest Masculus, &c. præter id, specialem effectum haberent, quod alias ius commune concedit, nihil operarentur: quia etiam ius non excludit tali casu foeminas, proximas gradu à bonis renunciatis, non ex persona renunciantis, sed ex persona propria, ob defectum masculorum venientes. Idque per successorium edictum, l. pater filium, l. si is qui, de inoff. testa. Id quod nec Appellantes nostri inficias eunt, dum asserunt, Actricem non tam renunciatione quam gradus distantia 50 excludi. Sequitur ergo per verba: † Donec masculi extant, &c. etiam remotioribus conferuatum esse regressum.*

Huic, nono, succedit argumentum, sumptum à vitādo absurdo. Si enim solum proximitas gradus respicienda esset, tum sequeretur, quod ipsa auia Margaretha, licet superuixisset d. Adamum, vltimū familiæ, tamen ex reseruatione sua regressum non habuisset, cum sorores Adami se fuerint proximiores. Quod tam dictum absurdum, quā menti renunciantis aduersum esset.

52 *Decimo, frustra obiicitur sororum renunciatio disparitas, & quod interpretatio sit faciēda ex alterius renūciatione. Male enim † infertur de vna persona & re, ad aliam personam & rem, cum renunciatioes sint stricti iuris, vt supra dictum: licet etiam iuramentum intercesserit. Dec. conf. 551. n. 1. & 9. VVes. conf. 15. n. 4. Tiraq. tract. cessante causa, limitat. 8. n. 1. Deinde si renunciatio Annæ penitus inspicitur, eadem plane dispositio & mens, vt in renunciatione Margarethæ, verbis quidem clarioribus deprehendetur: præsertim ex prima parte 53 renunciationis, in his verbis: † Verzeihe ich mich aller angezeigter erblichen Gerechtigkeit / was vnd wie viel mir vätterlich / mütterlich vnd brüderlich Erb gebührt / vnd künfftiglich von Mannstammen absteigender Linien gebühren mögt / derhalben (hic notetur relatiuum horum vel eorum hereditatorum iurium) zu meinem Vatter vnd Mannstammens in absteigender Linien / die weil vnd so viel derselben im Leben seyn / kein Anforderung noch Gerechtigkeit / ich noch mein Erben nimmer zu suchen / sonder verziehen seyn / &c. Deficiente ergo linea masculina, nō vult, suis iuribus hæreditariis esse renunciatum: sicque per omnia conformes sunt istæ renūciationes. Et loquitur sequens clausula, incipiens: Ob sich aber auß vätterlich / &c. de alio casu, vt ad sensum patet.*

54 *Quod vero (vndecimo) ius ex † Margarethæ*

renunciatione suspensum, in neptem transmitti potuerit, & transmissum sit, ex eo patet, quod d. Margaretha in succedendo impedita fuit, non ex defectu intrinseco sui iuris, cum ei fuerit debita legitima, sed ob defectum extrinsecum alterius personæ, quæ differt & suspendit id ius, quo casu ius succedendi transmittitur. *l. si quis filium suum, C. de inoff. testa. eleganter Bald. in conf. 426. num. 23. part. 3. Quotiescunq; enim † non est defectus in iure de- 55 ferendi, sed est suspensio in iure agnoscēdi, vel petendi, ibi lex dispensat, vt fiat trāmissio, ne impedimentum, quod debet esse temporale, & suspensiuum, fiat præcisum & perpetuum, l. ventre, de acquir. hered. Quæ auia Actricis, tanquam suus heres, patris Sigismūdi, & deinde mater eiusdem Actricis, habuerunt interim impedimentum accidentis, vel impotentia iuris vel facti: ideoque morientes transmiserunt, fac. text. in l. si quis in graui, §. fin. & l. seq. ad SC. Syllan. Ita firmis rationibus post Bart. & Bald. consulendo concludit Ancharan. conf. 220. n. 4. & 5. Nec dici potest, quod per mortem Adami demum quæsitum sit ius Actrici: sed quod ius retro quæsitum, iam ab ea intentetur, ideoq; sit transmissibile, l. ex his verbis, C. quando dies leg. ced. Retinuit enim per suspensionem interim, dum vixit Anton. & Adamus, ius in habitu & potentia, licet non in exercitio & actu, quod ad trāmittendum sufficit, l. si quis filium familias, §. 1. illud, §. fin. de acquir. hered. d. l. si quis in graui, cum l. seq. ad Syllan. Sed onus suspensionis † non adimit vel priuat, aliud namq; est sus- 56 pendere, aliud tollere, l. si vnus, §. 1. de pact. licum hic status, §. siue autem, de donat. inter vir. & vxor. Ita decidit Bald. d. conf. 426. n. 4. vol. 3. Quodque iure veteri & nouo † suus transmittat hæreditatem, beneficio 57 fuitatis, id est, iure domini, quod continuatur etiam in ignorantem, probat & veritatem esse dicit Bald. eamq; communiter ita tenere Doctores Italiae, in l. si fratris, n. 4. C. de iure delib. Et communem dicit Dec. conf. 331. n. 5. Alex. conf. 20. num. 1. Et quod ratione Suiatatis † etiam infans, paternam hereditatem non aditam, in quoscunq; etiam extraneos, transmittat, communi omnium opinione firmatum dicit Roman. conf. 58. post princip. & Dec. d. conf. 331. n. 6. Corn. conf. 8. in fin. vol. 3. & conf. 219. col. 1. vers. sed licet, eod. volumine.*

Cum itaque (duodecimo) hæc sententia fundata sit ex iure communi, non opus esse puto, Bauaricæ consuetudinis indagatiōe nos defatigare quoniam Reis, † qui non minus in subsidium suæ 59 intentionis, eius loci cōsuetudinem, atq; Actrix, allegat, probationis onus incubere potest. Quorum assertioni, sententia priorum iudicum (quos proculdubio, si quæ ibi viget consuetudo, latere non potest) aduersatur, & præsumptionem contra eos efficit.

Tandem ad ita concludendū me mouet, quod in tali omnino facti specie (nisi quod ibi Actrices erāt in vno saltem gradu proximores, quam nostra Actrix, ipsi defuncto postremo familiæ) concludit Myns. conf. 97. per tot. & Anchar. conf. 220. etiam fere per totum, bonis rationibus, partim supra enu-

meratis, ita & in specie determinat *Bart. in l. fin. ad S.C. Tertull.* Quibus accedunt supra allegatae auctoritates, praesertim *Bald. Alex. Roman. Decii, & aliorum plurium*, quos notat *Tiraq. in l. si vnquam, C. de reuoc. donat. verb. susceperit liberos, n. 194.* E: his puto etiam satis responsum ad praemissa opposita, ne longius teratur tempus.

Concludo, vt supra, confirmandam esse priorē sententiam, & pronuncian- dum, bene iudicatum, male appellatum, cum expensis huius instantiae, propter regulam generalem, qua victus victori, &c. Nec sufficiens causa pateat, quae appellantes possit excusare in hac instantia. Et quia ꝑ fructus in hoc petitionis hereditatis iudicio veniunt, iure, & ex natura Actionis, non officio Iudicis, *litem veniunt, S. fructus, vbi glossa, & l. sed si lege, §. 3. de petit. hered.* Hi vero in libello primae instantiae expresse, & in specie vel etiam in genere nõ petiti: imo nec in priori sententia eorum sit facta mentio: ideoq; nec opus esse puto, vt specialiter in hac nostra sententia eorum adiudicatio fiat, vt per *Bald. in l. 5. n. 4. C. si quis alter, vel sibi, l. n. 14. & 15. C. de fruct. & lit. expens.* Sed sufficere cōfirmationem prioris sententiae: sicq; fructuum designationem ad eam liquidationem, quam sententia prior referuat, eo libentius remittere.

Saluis Dominorum votis.

D.N. Correferens putat: etiam si renunciatio non ita sit facta, propter verbum, *donec.* Tamē admitti eam: *Marantiam allegat in 10. disputat. per tot.* concludit cum Referente. Expensas compenlat.

VOTVM VIII.

In causa Compromissi G. vnd T.M.

Contra

Marshallcz zu P.

S V M M A R I A.

- 1 Actoribus in hoc casu quae actiones competant. & n. 4. 5. & seq. Et cur ea fere omnia ad eundem finem & effectum tendant. ibi. n. 7.
- 2 Vitale interdictum, vbi possidetis, datur pro seruitutibus rusticis.
- 3 Petita vtriusque partis, in hoc casu, vitale interdictum, vbi possidetis, respiciunt, & eo directa sunt, cum expressa petitione cautionis.
- 5 Actio in factum, in locum interdictorum successit.
- 10 Actores quibus & quot modis citationis punctum iustificare nitantur, & n. 11. 12. & 13. Circa primum discernenda sunt res, n. 14. Item, Fundi complexi limitibus. n. 15. Et tertio locus, qui die Dieffenbach dicitur. n. 16.
- 17 Actores ius pascendi sibi vendicare cupiunt, cum differentia tamen. ibi. n. 18.
- 19 Cum testium depositionibus, ita aliis collatis, quid inde colligendum.
- 20 Articuli & depositiones de proprietate in hoc iudicio non parum operantur.
- 21 Probatio dominij prodest.
- 22 Possessio iustificatur per dominij probationem.

- 23 Possessio iustificata maxime praevalet, Ratio, quia ibi potiora iura esse dicuntur.
- 24 Actores in hoc casu qua ope nitantur.
- 25 Arbitratores finium & terminorum in hoc casu qualiter à partibus electi.
- 26 Recursus ab Actoribus per modum Exceptionis, vel Replica, permissu iuris proponi potest.
- 27 Actores vnde fundarint suum recursum. & num. 30. & 32.
- 28 Compromissum fuit à partibus in hoc casu, vt Arbitratores der gebührlischen vnparthelichen Willkürheit nach erkennen solten.
- 29 Nullitas processus sequitur, si forma à partibus praescripta non seruetur.
- 31 Iniquitas laudi licet quaedam resuleret, ad boni viri arbitrium tamen laudum reduci potest.
- 33 Reductio à laudo ad boni viri arbitrium spatio triginta annorum peti potest.
- 34 Iudicis officium tempore 30. annorum durat.
- 35 Actio hac laudi, quod merito reduci debeat, satis probata.
- 36 Pagi Wachenhofen & Alesheim diuersos & separatos fines & terminos habent.
- 37 Ex natura correlatiuorum sequitur, esse terminum, ad quem, & cuius respectu dicantur fines.
- 38 Ius pascui, quod Actores Reis fatentur, vnde colligitur.
- 39 Nemo praesumitur iura & libertates suorum praediorum iactare, & alteri concedere.
- 40 Partes praesumptiue non facile consentiunt in compromissarios, nisi prius exploratam ipsorum dexteritatem habeant.
- 41 Compromissi pacta qua.
- 42 Processus arbitratorum, & ipsa substantialis forma sententiae, siue laudi, fauet Reis ipsosque ruetur.
- 43 Praesumptione iuris ita factum creditur, cum de alio processu inter partes non conuentum sit, quam vt arbitratores ex aequo & bono, secundum eorum conscientiam, sine alia probatione procedant & definiant. Et tali casu renunciatum dicitur solennitati iuris postriui quoad probationes. ib. n. 44. Daturque actio, de stando dicto sui aduersarij. n. 45.
- 46 Arbitratores si facti veritatem nouerunt, datur actio de stando dicto sui aduersarij.
- 47 Iudicare qui potest, sola facti veritate inspecta, iudicat tanquam Deus, secundum suam conscientiam.
- 48 Arbitrator, cui partes potestatem, secundum suam conscientiam, iudicandi dederunt, in ipsarum praedictum iudicare potest sine probatione secundum suam conscientiam.
- 49 Arbitrator probationibus per suavis credere potest, Item, scripturae privatae, si verisimiliter videat ita esse faciendum. n. 50.
- 51 De arbitramenti siue laudi forma minime, sed de stabilitate & aequitate eius diu disceptatur.
- 52 Agrorum proprietates & dominium, in quibus ius pascendi controuertitur, ad quos pertinet.
- 53 Wachenhouii iuris praesumptione, suam intentionem, quoad ius pascui, eiusque iuris possessorii inter limites Alesheimensium, &c. tanquam super iuribus aliorum, habere non possunt fundatam.
- 54 Regula, quoad te, liber as ades habet.

- 55 Wachenhouy nullos agros in loco controuerso habere reperiuntur.
- 56 Wachenhouenses licet fundos in istis limitibus habeant, non tamen necessarid inde ad ius pascendi inferri potest.
- 57 Wachenhouenses sua quietā possessione parū considerare possunt.
- 58 Verba illa, Wachenhofen vltra memoriā hominū in locis ibid. definitis zu hüten gehabt / vnd noch haben, magis petitorium, quā possessorium decernunt.
- 59 Wachenhouensium prætensa quietā possessioni, resistit impatientia Reorum.
- 60 Vsurpatio pascuationis facta non tam iure seruitutis, quā amicitie, &c. quo casu seruitus non præsumitur. ibi. n. 61.
- 62 Propter possessionis defectum & factas contradictiones per pignora, &c. non obstat præscriptio.
- 63 Propter contractum per compromissum inter partes, ante subsecutum arbitramentum, siue laudū vigore transactionis, & sententie arbitratorū, limites pro certis & indubitatis in effectu habentur, qui olim extiterunt.
- 64 Arbitratoris sententia est quedam transactio.
- 65 Per transactionem, sicut fit recessus à lite, ita & per arbitramentum.
- 66 Arbitratores, licet videantur habere affectum ergā causas, quas tractarunt, super actis tamē ipsius causas, & processu ipso possunt esse testes, & probant.
- 67 Arbitratoris simplici informationi seu relationi statuitur, quando sibi data fuit potestas à partibus, procedendi de iure & de facto, cum vel sine scriptura.
- 68 Arbitramentum postquam iam est perfectum, reuocari non est locus: secus tamen ante laudum.
- 69 In transactione non permittitur penitentia, ita nec in arbitratore, perfecto nimirum arbitramento.
- 70 Verba Bassa compromissi que.
- 71 Reductio, quod generaliter ad arbitrium boni viri nulla cautela effugi possit, quādo procedere intelligitur.
- 72 Lesio quando est modica, nō datur petitio reductionis, &c. sic etiā quādo arbitratores sunt electi tanquam boni viri, habito respectu ad eos, nō ad alios. ibi. n. 73.
- 74 Lesio in nostro casu quod sit modica, ex quibus colligitur. ibi. n. 75. 76. 77. & 80.
- 78 Lesio dici nequit, quando nihil amitti potest.
- 79 Actu non existente, de priuatione suae amissionē iuris, quod quis non habuit, frustra queritur.
- 81 Lesio an enormis, arbitrarium.
- 82 Consideratio qualitatis testium vtrinque.

IN forma & solennibus processus nostræ causæ nihil desiderari puto: Impetrato enim & reproducto mandato pignorationis, solito more, singula vtriusq; puncti, mandati, & citationis peracta noscuntur. Estq; Iurisdictio Cameræ, tam rerum, quā personarum ratione, satis fundata. Nec desiderantur Procuratoria, nisi & nomine der Gottesmänner / præmissa est præambula, quæ D. Wilhelm iniunctum, vt eorum nomine sufficienter se legitimer. Actoribus nostris, siue pignoris, conquerentibus de iniuncta molestatione & turbatione pignorantium, datur actio

apposita negotii & qualitatis controuersia, & que ipsi vtilior videtur, nēpe, vtile in interdicitū, vt possidetis: quod datur communi opinione Doctorū, 2 pro seruitutib⁹ rusticis. Hic enim petita vtriusq; 3 partis hoc remediū respiciunt, & eō directā sunt, cum expressa petitione cautionis, vt per Bart. l. i. vti possid. Ferrar. in form. libelli, pro turb. possess. verb. ad cassandum, n. 1. Et licet etiā ex aliis iuris capitibus agatur, videlicet conditione ex lege siue constituta 4 tione tituli pignorationis, si. ord. 22. Itē, actione in factū, si quæ in locum interdicatorū successit, Gail. 5 de pignorat. c. 1. 3. 22. Quandoq; relata hac seruitutis specie, ad interdicitū de itinere, actūq; priuato, 6 cum speciale remedium lex non exprimat: Et tunc 7 pleraq; ad eundem finē & effectum tendant, cum omnia possessorium iudiciū respiciant: prout tali casu quandoq; etiā petitorio agitur, contra impediētē vsum pascui, per confessoria, l. 2. in princ. si seru. vendic. Cæpoll. de seruit. rust. prad. ri. iuris pascendi. Nonnunquam conditione si ex lege non scripta, l. vnica, de condit. ex leg. §. sine scripto, Inst. de iure nat. gentium & ciuil. Tamen ex receptiore sententia magis conueniens purō, vt Actoribus nostris vtile interdicitū retinēda, si adaptemus: præsertim 9 cum de petitorio non prorogando, sed possessorio inhaerendo, per Actores expressē protestatū sit.

Pro iustificando citationis puncto, si Actores 10 principaliter & primò nituntur iure pascui quod habuerunt à decē, viginti, &c. annis & à tempore immemoriali, in locis & fundis tertii & quinti articuloꝝ, specificē designatis. Secundò si dicunt, 11 se in suo iure, pignoribus captis, esse turbatos. Tertio, in subsidium allegant si ius proprietatis 12 fundorum, partim ad se, partim ad superiores & alios spectantium. Item consequenter, si in effectu, 13 exceptionis, vel potius reclamationis nullitatis processus Arbitratorum, iniquitatem laudis, enormem læsionem, pactum in compromisso conditionatum (nisi scilicet partibus laudum, siue terminorum designatio displicuerit) & tandem præambulam contradictionem & appellationem, testante protestationis exhibitō instrumēto.

Circa primum: discernendæ sunt res, si vltra limites designatos, versus pagum Alesheim sitæ, de quibus in articulis sit mentio, & partes discrepare videntur: quæ tripartitas articuli & testes esse dicunt. Quædam enim sunt sitæ extra terminos in tertio elisuo designatos, vt pūta agri Wachenhouensium, quorum proprietates & dominiū quidem ipsorum est, in quibus tamen pascendi iure nunquam sunt vsi, de quibus quæstio iam nō est,

Deinde sunt fundi si complexi limitibus, in 15 tertio articulo designatis: vbi quædam præta ad Wachenheim spectare fortē potest colligi, nullos verò agros ibi habent. Tertio est locus, si qui 16 dicitur dicitur Dieffenbach. Verum Actores ius si pascendi in proximis duobus locis, eorūque finibus sibi vindicare cupiunt, in quo tota controuersia consistit: cum differentia tamen ea, si quæ 18

articulus tertius & quintus prætendunt, vt videlicet illicius pascendi inter partes sit commune, hic verò ad solos Actores pertineat. Collatis itaque his cum testium depositionibus, colligi potest, Actores vsum pascendi in campo, de quo tertius articulus dicit, simul cum Reis antiquitus habuisse, ita vt testes non meminerint initium eius simultanei vsus: ita deponunt Actorum testes 3. 4. 6. 8. 12. 13. 14. 16. 18. 19. 23. 24. ad secundum & tertium articulos, & testis quintus ad sextum, octauus & nonus verò ad octauum articulum: quibus depositionibus nec Reorum testes repugnant, quoad simultaneam vsurpationem pascendi vsus. Id ipsum partim confirmat confessio Reorum, in responsione ad dictum tertium articulum, quod videlicet sapius vli fuerint Rei eo iure, vnd sey off mit dem Viehe darauß gefahren: negantes tamen, daß sie des Macht gehabt quod magis petitoriū, quam possessoriū, in quo iam solummodò versamur, sapit. Sed locus ille, de quo in quinto & sexto articulo, qui dicitur die Dieffbach, non ita se habet, vt isti articuli continent. Ex dictis enim Actorū testium liquet, videlicet 3. 4. 5. 12. 17. 18. 20. 23. & 24. proprietatem eius rei pertinere non ad Wachenhöuenses, sed maxima ex parte ad alios etiā dominos, à quibus à testibus nominatos, nempe dem Pfarrhern zu Trumersheim, den Alesheimern / Stopffenheimern / vnd einem zu Störzelbach. Nec Wachenhöuuntantum, vt vult sextus articulus, huius loci pascua vsurparunt, sed & Alesheimenses, comprobantibus iam enumeratis: & aliis non nullis testibus. Ad turbationem quod attinet, res est plana: quia in sexto causali Rei fatentur, se aliquoties Actores ob pecoris & iumentum pastum controuersis locis pignorasse, quod & dicta testium & acta probatoria satis ostendunt.

Pro confirmandis & colorandis hisce duobus præmissis principalibus fundamentis, Actores tertio nituntur allegatione proprietatis & dominiū controuersorum fundorum, asserentes, id parum ad se, suosque pertinere, de quo deponunt testes 1. 3. 4. 5. 6. 12. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. & 24. Sed articuli & depositiones þ de proprietate in hoc iudicio non parum operantur, *Mench. in 3. remed. retinend. num. 735.* Prodest enim þ dominiū probatio, quia per þ hoc iustificatur possessio, & possessio iustificata þ præualet magis cū ibi potiora iura esse dicantur, per allegata *Bal. in l. Ordinarij, num. 10. Codic. de rei vendic.* præsertim quando possessio non vi, clam vel precario facta est, prout nonnulli testium asserunt, amice, vicinaliter, & sine contradictione Actores vsos esse pascuatione, *leg. 1. in princ. & §. fin. vii possid. & leg. vnica, Cod. eod. tit.*

24 Deinde nituntur Actores þ ope reductionis & recursus à Laudo, vel sententia Arbitratorum. Electi enim þ erant nostro casu à partibus arbitratores finium & terminorum, non vt more iudiciorum cognoscant, sed vt, tanquam amici, inter partes ordinent & disponant, qui vulgò Arbitratores & amicabiles compositores nominan-

tur, *l. 3. & l. societatem, §. arbitratorum, pro socio. l. si in leg. locationis, in princip. locati & conduci. leg. fin. Codic. de contrah. empt. & vend.* Qui recursus þ ab Actoribus per modum Exceptionis vel Replicæ iam propositus est, permisso iuris, *leg. vnde si Nerua, pro socio. Petrus Iacob. in praxi, rubr. 81. n. 16.*

Et fundarunt suum recursum þ primò ex capite nullitatis processus þ Arbitratorum. Commissum enim erat, vt Arbitratores der gebürlichen vmparthentlichen Billigkeit nach erkennen sollten. Sed præcipitanter, & cum festinatione fixisse pactos & signa limitum, nonnulli testium ad nonum & decimum articulos deponere videtur. Cum itaque þ formam à partibus præscriptam non seruauerint, sed neglexerint, quod facere debuerant, sequitur, eos nulliter laudasse, *l. 2. Codic. de arbitr. l. si cum dies, D. eod. tit.*

Postea allegant þ iniquitatem Laudi, ex eo, quod ipsimet Rei Alesheim palam professi fuerint, daß ihnen mehr zugesprochen / dann sie selbst begert heten / de quo testantur 15. 17. 18. 22. 23. 24. testes ad vndecimum elisiuū. Item, magnam læsionem ex pronuntiatione siue designatione limitum: sed sic est, quod si ea þ iniquitas resultat, tamen ad boni viri arbitrium Laudum reduci potest, *dict. l. societatem, §. arbitratorum, pro socio. Panorm. in cap. Quintavallis, num. 30. de iure iur.* prout contenta vndecimi & decim tertii articulorum, quod videlicet non tantum consuetudo & ius pascendi in locis controuersis ademptum, verum & facultas vtendi & fruendi fundo & re propria, & ius decimarum, insuper der Rueg / amissum foret, quidam testes asserunt. Primus dicit, se ita audiuisse ab incolis Alesheimensibus, secundus von Gottsmännischem Anwaldt / & tertius, das wiß er wol / wo dieser Vntergang in Kräfteen bleiben sollt / daß den von Wachenhofen an dem Erbe vnnnd Hut viel genommen were. Ita 8. 12. 18. 19. 22. & 24. non nihil attestantur de damnis ex arbitramento.

His annectitur conditionatum þ pactum commisi, per vnum arbitratorum elocutum, videlicet: quod nisi Laudum partibus applauserit, limites positi rursus eliminari debeant, testantibus 6. 7. 8. 10. 15. 17. 18. 22. 23. & 24. depositis ad decimum articulum elisiuum. Cuius pacti vigore merito effectus, qui in decimo sexto elisiuo exprimitur, consequi debet.

Et ne in Laudum, siue pronuntiatum, consensisse Actores, aliquis putet, statim in contenti, viua voce, & tertia die post, coram Notario & testibus, contra sententiam arbitratorum protestati sunt, testante instrumento, Actis inserto, & depositionibus testium ad decimum tertium & decimum quartum articulos. Et licet ex parte Actorum intra decem dies non fuisset reclamatum, tamen postea potuit per þ reductio ad arbitrium boni viri, etiam spatio triginta þ annorum: quia tanto tempore durat Iudicis officium, *leg. sicut, & ibi not. Codic. de præscript. 30. annor. leg. querelam, Codic. de suls.* Et tantò magis, cum hic intra annum in iudicio & extra, conquesti sunt

sunt de grauamine sibi illato per Arbitratores, l. qui grauos se, Codic. de cens. & censitor. & perceptoriu. Canonist. in d. c. Quintauillis, de iureiuran. Alex. con. 183. num. 3. vol. 6.

35. Ex his fati conici potest actionem, † quoad vsum compascendi, in locis expressis, tertii & quinti elisiui: Item, quoad turbationem & molestationem, nec non Arbitratorum prononciationem, & definitionem terminorum damnosam, quae nec immerito reduci debet, probatam esse.

36. E diuerso pro elisione opponitur, duos pagos, Wachenhofen & Altsheim / sicuti sunt † diuersorum dominorum & proprietariorum, ita etiã ab antiquis, diuersos & separatos habuisse fines, terminos, vnd ihre Dorffmarckung / iuxta primum & secundum causalem, quos articulos vulgaris vsus, & communis consuetudo omnium ferè locorum, praesumptione quadam, non leui, comprobatur. Quam praesumptionem adiuuat quotũdam testium depositio, tam directis verbis, quam tacito intellectu, & effectualiter.

Primus testis Reorum, ad primum interrogatorium, secundi articuli elisiui, distinctè & singulariter singna limitum demonstrat, & quod ante quadraginta annos, à tempore examinis, ita viderit.

Secundus testis dicit quidem ad primum articulum, Sie haben kein Gemarckung gehabt/ sondern vnter einander nachbarlich getrieben. Sed ad secundum elisiuum ostendit fines concordantes, cum primi testis terminis. Quo ipso in effectu inuit, ob vicinalem concordiam generales limites, quoad pascua, parum obseruatos fuisse, donec abusus irrepreperit, de quo ad secundum interrogatorium primi articuli deponit.

Tertius semper audiuit à suis parentibus, de hisce limitibus, & commemorat ea signa, vt superiores. Ita & quartus nominat senes, à quibus olim ita demonstrati sunt. Quibus accedit, quod plures Actorum testium mentionem faciunt der Wachenhotter Marckung/ Wende. Inde ex natura

37. correlatiuorum † sequitur, esse terminum, ad quẽ,

38. terminata respiciant. Vnde etiam facile † colligitur, assertum ius compascui, quod Actores Reis fatentur, de quo tertius elisiuus dicit, non intra limites & fines Wachenhouios existere, aliã non permisissent Reis compascuũ in ihre Marckung.

39. Cum nemo † praesumatur iura & libertates suorum praediorum iactare, & alteri concedere.

Deinde nituntur Rei, per Actores aliquoties perpetratis molestationibus, wegen des Vbertreibens / & propterea subsecutis à Reis pignorationibus: idque probant per dicta testium ad 3. 4. 5. & 6. causales, qui dicunt, Reos ob hoc pignoratos. Amplificat quartus testis, quod Wachenhoui mit dem Vbertreiben Reos molestarint, vber das sie die Marckung selbst angezeigt gehabt / & ideo pignorati fuerint. His succurrunt testes quidam Actorum, nempe, ad primum interrogatorium noni Articuli, quintus, octauus, duodecimus, decimus sextus, decimus septimus, decimus octauus, vigesi-

mus secundus, vigesimustertius, & vigesimus quartus ibidem, qui partim de actibus recentibus, partim de antiquis deponere videntur.

Quibus accedit confessio in responsione partis, ad textum causalem, vbi articulus des Pfãndens haben simpliciter verus creditus est. Inde & dispacientia Reorum, si quid iure seruitutis vel possessionis Actores in etatint, fecisse conici potest.

His duobus punctis robur addit compromissum partium: deinde Arbitratorum sententia siue laudum. De primo habetur 7. 8. 9. vsque ad decimum quintum causalem inclusiue, vbi quatuor testes Reorum dilucidè de forma & modo compromissi testantur, vt articuli continent. Et quidè in effectu, quod quatuor compromissarii ab initio cognitionis, loco iuramenti corporalis, fidem praestiterunt, se fines controuersos & limites, syncera fide, & vt bonos viros decet, definituros. Hisce Reorum testibus opitulatur depositiones aduersariorum, ad decimum elisiui, primum interrogatorium, nempe 35. 18. 22. & 23. testium Actorum. Quodque probè, & sine suspitione doli vel culpa rem gesserint, conuincitur ex eo, qd plurimi testium, qui negotio interfuerunt, dicant, Sie wissen von keiner Partheyligkeit. Sicut nec partes praesumptiue † in ipsos consensissent, nisi explorata ipsorum dexteritas fuisset.

Item, continent illi articuli, & eorum probata: litigantes subditos in ipsa inspectione oculari, factis abunde que auditos praemeditatè, & cum causa discussione prauiua, limites positos esse. Asserunt testes Actorum, 1. 3. 5. 17. 22. 23. & 24. ad septimum interrogatorium noni articuli. Et qd non ipsimet Arbitratores ad eandem diiudicationem sese suggesserint, sed potius ad sollicitationem & requisitionem Actorum. Bappenheimius tandè in compromissum suscipiendum consenserit, iuxta primum, decimum octauum, & vigesimum secundum testem ad quartum & quintum interrogatorium noni articuli.

Continent etiam compromissi pacta, † & dicti articuli, inter partes consensum, vt quocunque modo Arbitratores causam definierint, das es bey dem selben/ohn alles fernner Verweygen endlich / ewig vnd vnwidersprechlich bestehen vnd bleiben soll. Hanc conuentionem probant ipsimet arbitratores vnanimiter, ad vndecimum & duodecimum articulos. His concordant Actorum testis 3. 18. 23. & 24. ad octauum interrogatorium noni articuli.

Processus arbitratorum, † & etiam substantialis forma ipsa sententiae, siue laudi, fauet Reis, ipsosque tuetur. Decimus enim articulus elisiuus, qui continet praecipitantiam & partialitatem Arbitratorum, minimè est probatus. Ex professo enim testes dicunt. Sie wissen von keiner Partheyligkeit. Item, qd cum causa discussione aliquali, terminos posuerint. Id quod & iuris † praesumptione ita factum creditur, cum nec de alio processu inter partes conuentum sit, quam, vt arbitratores ex æquo & de facto, secundum veritatem; aut sola facti veritate inspecta, secundum coru u

conscientiam, sine alia probatione procedant & definian.

- 44 Quo casu dicitur † renunciatum solennitati
 45 iuris positiui, quoad † probationes: Ideo datur
 Actio, de stando dicto sui aduersarii, *Bartol. l. final. de precar. stipul. Dd. in leg. insuandum, quod conuentione, de iureiurand. & Alex. consilio 67. num. 4. lib. 2. maxime* verò, † si arbitratores facti veritatem nouerunt. *Dec. consi. 631. in fi. & consil. 699. vbi dicit, qui potest iudicare, † sola facti veritate inspecta, iudicat tanquam Deus, secundum suam conscientiam, Bald. in l. scimus. num. 9. de iure delib. Et potest*
 46
 47
 48
 49
 50
 51

48 arbitrator, † cui partes talem potestatem dare potuerunt, in ipsarum præiudicium iudicare, sine probatione, secundum conscientiam. *Idem Bald. in cap. 1. §. inuestitura. num. 3. versic. & propterea bene facit de nou. serm. fidel. & leg. nemo. num. 4. Cod. de sent. & interloc. omn. iud. Præsertim quando verba compromissi sunt ampla & larga, vt nostro casu:*
 49 Et potest † arbitrator credere probationibus per sualiuis, *Bald. in leg. sola. num. 13. in fin. Codic. de test.*
 50 Et etiam priuatæ scripturæ, † si videat verisimiliter ita esse faciendum: notatur in dict. l. si societate. §. arbitratorum pro socio. *Bald. consilio 181. lib. 3. incipit, prima oratio. Grauet. de antiquit. temp. part. 1. §. octauo datur. num. 8.*

51 Forma arbitramenti, siue Laudi, † satis perspicua est, de ea non, sed de stabilitate & æquitate eius discrepat. Articulus enim decimus septimus causalis, satis eam formatam describit: quem Articulum Actores in suis responsionibus non inficiantur, sed solummodo ad suos elisiuos se remittunt, in quibus nulla terminorum positorum & limitum, fit mentio. Sicque tacite fatentur dictum decimumseptimum articulum.

Tandem pro iustitia factæ pignorationis, fit relatio ad supra dicta fundamenta: In primis verò ad effectum & virtutem d. Laudi & arbitramenti, tanquam subsidium & complementum reliquorum probatorum, per Reos. Et his ipsis cenſeo, capita intentionis, quibus Actores nituntur, elisa esse. Moueor inter cætera etiam sequentibus rationibus.

52 Primo, quia ex Actis probatoriis constat, † agrorum proprietates, & dominium, qui describuntur in tertio elisiuo, in quibus ius pascendi controuertitur, haud ad Wachenhouios, sed Stopffenheimenses, & alios proprietarios pertinet, vt
 53 inde iuris præsumptione, † suam intentionem fundatam, quoad ius pascui, eiusque iuris possessorii, inter limites Alesheimensium, vñnd derent Dorffmarckung / tanquam super iuribus aliorum, habere non possint. Succurrit enim regula: Quo-
 54 ad te, † liberat ædes habeo.

Et recentissimi testes ad interrogatoria secundi elisiui, quinam sint hi, qui agros in loco contro-
 55 uerso habeant, & quot sint numero? vbi † de Wachenhouios nihil reperitur. Et dicit quintus Actorū testis, Ellingenſes & Stopffenheimenses ibi habere 24. iugera. Concordat decimus quintus? Item, decimus octauus, vigesimus secundus, vige-

simustertius, vigesimus quartus. Et reliqui omnes nil sciunt de pratis vel agris Wachenhouios in eo loco. Et dicit vigesimus testis, pastor eius loci, se non scire agros eò pertinentes. Hoc ipso confirmatur dictum primi testis Reorum, ad primū interrogatorium, primi articuli, dicentis, die von Wachenhofen haben daselbst nicht Welder vñd Güter / dann allein / was ihrer Herrschafft wissend sey. Aber die Alesheimer haben auff den Wachenhöfern. 2c. Concordat secundus testis ad vñdecimum interrogatorium primi articuli: & tertius ad primum interrogatorium. Die Wachenhouer haben nicht auff der Alesheimer Weldern / allein ihre Herrschafft. Ita & quartus testis. Et posito † haberent proprios fundos in istis limitibus, non tamen necessarò inde ad ius pascendi inferri potest, per ea, quæ dicit Hieron. de Mont. Prix. in tractat. sin. i. um regund. ca. 94. num. 5.

Secundo aduerti, Actores † sua quietam possessionem pascuationis parum confidere potuisse. Licet enim in tertio elisiuo his verbis † proponant, nempe, Wachenhofen vltra memoriam hominū, in locis ibidem definitis zu hüten gehabt / vñd noch haben: Id tamen magis petitorium, quam possessionem concernit: de quo iam lis non est, testante Reorū expressa protestatione: Ideoque & depositio super possessione, tanquam extra articulum facta, parum operari potest.

Tertio resistit quietæ possessioni, † impatiencia Reorum, quam declararunt ipsimet Actores, etiam ante compromissum, quamque fatentur in responsione sua ad sexum Articulum elisiuū, & plures testes, vt supra ostensum, id comprobant.

Quarto, ex dictis testium passim colligitur, vsurpationem pascuationis factam † non tam iure seruitutis, quam amicitia, & vicinalis concordia, & quidem modicæ, & ciuilitate, sine offensione & damno alterutrius vsurpantium reciproce. Quo casu † vsus seruitutis non præsumitur, prout alias in dubio, ius familiaritatis & amicitia potius, quam possessionis, vsurpatum dicitur, vt per Innoc. in cap. si diligenti. de præscript. Cæpoll. de seruitut. rust. præd. c. 1. n. 26.

Hinc quinto, non obstat allegatio præscriptio nis immemorialis, † cum propter defectum possessionis, vt iam dictum, & factas contradictiones per pignora: tum ob naturam actionis propositæ, quæ possessorii, & non petitorii est iudicii.

Sexto, posito casu, antiquos limites & terminos, siue die Dorffmarckung / olim non sicut iam per Arbitratores designati sunt, stetisse: Tamen propter contractum † per compromissum, inter partes ante subsecutum arbitramentū siue Laudium, iam vigore transactionis, & sententiæ arbitratorum, pro certis & indubitatis, imò pro his ipsis in effectu habendi sunt, qui olim extiterunt. Sententia enim † arbitratoris, est quædam trans-
 64 actio: *Auth. si verò contigerit. C. de iud. Bartol. in dict. l. societatem. §. arbitratorum. in 1. quest. Canonista in d. cap. Quintauallis de iureiur. Pet. iacob. in præct. rubr. 81. num. 26.* Nam sicut per transactionem † fit recessus à
 65 lite

lite, ita per arbitramentum: is enim est effectus eius sententiæ siue laudi: per allegata à Schurff. *consil. 19. n. 2. & 3. cent. 2. & Dec. consi. 60. n. 4.*

66 Septimò his ipsis Actis coram Arbitratoribus succurrit testificatio quatuor testium Reorù, siue arbitratorù, *vt supra deductum*: qui ad testimoniù admittuntur, licet videantur habere affectù erga causas, quas tractarunt. Super Actis enim ipsius causæ & processu ipso, possunt esse testes & probant per allegata per *Mysing. in con. 55. n. 19.* vbi dicit, ita cõmuniter concludere *Dd in c. cum à nobis. de test. c. cum sine. de arbitr. & l. ne in arbitr. C. de arb.* Quibus accedunt, quæ dicit *Stephã. Aufser. in tractat. de testi. n. 11. fallent. 2. §. 8. & 9. & Campeg. eod. tract. reg. 67.* vbi probat, quod stetur simplici & informationi seu relationi arbitratoris, quando sibi data fuit potestas à partibus, procedendi de iure & de facto, cum scriptura, vel sine scriptura. Sed id tantò magis in nostro casu, cum tam quoad processù & acta, siue formam compromissi, quam quoad causam Principalem, & iustitiam sententiæ, hi quatuor compromissarii, quorundam testiù aduersariorum, fortia adminicula habeant, *vt supra deductum.*

68 Inde, octauo consequitur: postquam arbitramentum iam est perfectum, & reuocationi lo-
69 cum non esse. Sicut enim & in transactione non permittitur pœnitentia, ita nec in arbitratore, quando scilicet arbitramentum est perfectum: secus tamen ante laudù: per ea, quæ dicit *Lanfranc. ab Orian. in tract. de arbitr. in 5. membr. n. 50.* In primis verò, vbi dolus abest, prout nostro casu non præsumitur, & testes quodammodo excusant arbitratores à partialitate & affectione, doli nutricula, secundum doctrinam *Bartol. in d. l. si. de precar. stipul. n. 3. in fin.* Idque etiam propter ampla, & (vt dicunt) Basia verba compromissi, & videlicet, prout testes dicunt, ad duodecimum causalem, & octauum interrogatorium, noni Elisiui, *Was vnd wie d. viri entscheiden werden / dabey soll es obñ alles ferner verweigern / entlich ewig vnd vnwiderprechlich bleiben / vt per Gab. lib. 2. cõmun. conclus. de arbitr. concl. 3. n. 62.* Cui pœnitentiæ vel contradictioni arbitramenti, altera pars statim reclamauit, suum defensum detegendo contra petitionem Wachenhouiorum,

70 Nono: huic pacto perpetuitatis & irreuocabilitatis non obstat contenta 12. Elisiui, & quorundam testium dicta. Licet enim vnus arbitratorù post terminos positos, in ea verba eruperit. Id tamen non tam iussu, approbatione & consilio reliquorù virorù quæ incogitantia & simplicitate proferentis esse factù, verisimile est, & ex testium depositionibus clarissimè patet. Nec aliter oblata est ea reflexio terminorù, quam si partibus ita placuerit, cui & in continenti contradicendum est. Sicque contra fidem datam his attentare integrum non fuit.

71 Decimò: licet iuris sit non obscuri, quod generaliter dicendo, & reductio ad arbitrium boni viri nulla cautela effugi possit, vt per *Bart. in d. §.*

arbitrorum. & alias communiter Dec. cons. 11. in princip. n. 6. con. 39. n. 6. in princ. cons. 60. n. 2. circa medium. Id tamen non intelligitur, nisi data læsione enormi, vel enormissima, vt per *Dd. in iam allegatis locis: vel vbi dolus ex proposito interuenerit, quo casu nec per pactum læsioni renunciari potest, quin laudum reuocatur ad arbitriù boni viri, per multa alleg. per Gab. d. lib. 2. tit. de arbit. conclus. 3. num. 46.* imò quando læsio est modica & non datur petitio 72 reductionis, etiamsi non sit iuratum, vel non interuenerit renunciatio, vt per *Gabr. iam d. loco n. 61.* Sic etiam, & quando arbitratores sunt electi, tanquam boni viri, habito respectu ad eos, non ad alios, prout nostro casu in vndecimo causali exprimitur. *Gabr. ibid. n. 65.* Quod verò & nostro casu nõ 74 magna, sed modica sit læsio, colligitur ex eo, quod ex attestationibus non constat, Wachenhouios in locis controuersis habere fundos proprios & agros, vnde pascuis frui possent, *vt supra ostensum.* Item, & quod non iure possessionis, sed vicinitatis & 75 familiaritatis, pecora sua ad pascua appulerint: Sicque veram iuris possessionem nec posuerint, nec probauerint. Item & quod ius id controuersum non 76 in solidum sibi vendicent Actores, sed saltem in commuionem cum aliis, & quidem ipsis Reis in non magna agrorum & circumferentia: Item 77 per d. arbitramentum non derogatù iuri proprietariorù, decimatum & custodia, quam quilibet, etiam priuatus, in suo fundo, capiendis pignoribus exercere potest, id enim distinguitur von der gemeinen Dorffs Rueg / quæ communitates solent constituere in suis finibus. Inde sequitur, cum priuatio præsupponat habitum, quod & læsio dici non 78 possit, quando nihil amitti potest: quia & non exi- 79 stente actu, de priuatione siue amissione iuris, quod quis non habuit, frustra queritur.

Eadem ferè consideratio habetur, quantù ad prata in der Dieffenbach attinet. Is enim locus consistit ex quibusdã iugeribus agrorù, siue pratorù, quorum numerus certus in Actis non reperitur. Colligitur tamen ex dictis testium ad interrogatione quinti Elisiui, numerù dieser Tagwerck exiguum esse, & non ad Wachenhofen pertinere. Ita colligi potest ex 3. 4. 5. 12. 13. 17. 18. 20. 23. & 24. testi- 80 um dictis. Ex quibus sequitur, etiã quoad & hunc locù, die Dieffenbach / ratione pascuorum, de quibus solummodo lis est, enormè vel enormissimã læsionem non existere. Licet quidam testiù Actorù magnifaciant læsionem, eamque decimusseptimus testis æstimat 300. fl. Hic tamen non dicit, eos tantum iuris amisisse per arbitramentum, sed quod in tantum sibi prodesset, si id ius habere posset, id est, non dicit de damno euitando, sed de lucro captando, si contingere posset: estque in hoc singularis. Et vtut sit mea sententia, tanta læsio prætendi haud poterit, cum Actores pauca ibidem prædia, & vix tanti valoris habeant, & ex dominio aliorum se fundent, quoad pascua, *vt supra dictum.* Quo loco multum residere puto & ceteras arbitrium iudicantis. Licet enim sint variae opinioniones, quænam sit enormis læsio & in quibusdam 81

busdam iuris casibus id sit definitum, tamem hoc casu arbitrarium esse, communis habet opinio, ut per Menoch. de arb. iud. qq. lib. 2. casu 73. num. 5. Vilalob. commun. opinion. verb. Arbitr. in addition. ibid. communem dicit, Socin. Iunior consi. 48. n. 22. & aliis locis. ut per Menoch. d. loco.

Tandem aliquid momenti habet confideratio qualitaris testium † utrinque productorum. Quales verò sint quatuor illi, ex parte Reorum adducti, supra admonitam est. Sed Actorum plerique vel sunt eorum subditi, ut puta, Teutonici Ordinis, & Wachenhouenses, primus, 2. 5. 10. 11. 15. 16. 21. 22. 23. 24. Dominorum III Stropffenheim 12. 13. 18. 20. Quidam etiam sunt partiales & affectionati, ut primus, 22. & 24. Quanta verò talium fides, præsertim pro producente, non curio referre. Concludo pro Reis.

Expensas, propter probatam pasculationem Actorum longissimo tempore, & alia motiua, Compenso.

D. N. Correferens: Quia versatur in possessorio, ut Referens, concludit, actionem non probatam, aut si aliquatenus probata, propter usurpationem, putat elisam, ut per Referentem: Expensas compenfat.

D. N. Actores nec quasi possessionem iuris pascendi, nec turbationem probasse. Concludit, pronuntiandum pro Reis, cum expensis, cum nihil probat. &c.

V O T V M IX.

In causa compromissi
S. Contra T.

S U M M A R I A.

- 1 Hypothesis huius causæ siue species facti qua.
- 2 Compromissi pactum quod.
- 3 Actrices vtilem rei vendicationem instituerant.
- 4 Causa totius huius causæ, unde dependeat.
- 5 Argumenta quibus probatur feudum non ad actricem deuolutum, sed ad dominum reuersum, qua. ibi. nume. 7. 9. 14. 19. 22. 25. 27. 28. 30. 35. 38. 24. 44. 48. 51. 53.
- 6 Feudum quando habeatur paternum & masculinum.
- 7 Feudorum natura congruit, ut femina ab illis excludantur.
- 8 Feuda non femirina, sed masculina præsumuntur.
- 10 Feudali iure hæres intelligitur de masculo, non de femina.
- 11 Verbum liberorum, secundum naturam feudalem tantum ad masculos referri potest. Idem sentiendum de vocabulo, Leibesben. Videlicet, tantum de filiis & sic de masculis intelligi potest. nume. 10 12.
- 13 Concessio alicui & heredibus sui corporis facta, de masculis accipienda.
- 15 Ordo Charitatis requirit ut pater prius de filia, quã de sorore cogitasse existimetur.
- 16 Ex feudi natura, & iure competente, quando femina ad feudi successionem admittuntur, tum pacto expresso, & specialè gratia, quoad ipsas, non est opus.
- 17 Frustra exprimitur, quod per se inest.
- 18 Priuilegij concessio, præsupponit ius commune in contrarium.
- 19 Ex literis venditionis duplici ratione probatur, Hermannum defuncto fratre, exclusa filia ac sorore, in feudo successisse.
- 20 In feudis fieri nequit, ut pro parte masculus, & pro parte femina succedat.
- 21 Feudum in hoc casu, cur feminum dici non possit.
- 23 Feudum aliud quodlibet, etiam sine expressione, proprium & rectum præsumitur.
- 24 Feuda ex propria sua natura ad solos masculos ex masculis descendentes, iure successionis deuoluuntur.
- 25 Femina ex natura rerum concessarum, à feudo remouentur.
- 26 Femina iurisdictionem in feudo habere non possunt.
- 27 Feudum feminum quale sit.
- 29 In concursu masculorum & feminarum, femina à masculis semper excluduntur.
- 31 Subscriptio nulli prodest, nec quisquam se in ea fundare potest.
- 32 Subscriptio vitium, æternitas temporis, quando non purgare videtur.
- 33 Nemo præsumitur ad illicita se conferre & cum periculo per dolum impetrare velle, quod sine periculo, iure obtinere potest.
- 34 Instrumenta duo vel plura sibi planè contraria ab uno & eodem producta, utrumque pro nullo reputandum & reiiciendum.
- 36 In feudis primum stipitem siue originem, & principium inspicimus, non etiam, quo aluo, quoue tramite descenderit.
- 37 Feudum si à mare cœpit, quod in dubio præsumitur, etiam si postea ad feminam delatum, tamen adhuc naturam masculinam retinet, & femina extincta, femina amplius non succedunt.
- 39 In feudo Franco & à seruitiis libero ex communi sententia femina succedere potest.

- test. Contrariam tamen opinionem tuetur
Iul. Clar. n. 40.
- 41 Fœmina munera militaria obire non potest.
- 42 In alienatione feudi antiqui, non tantum
Domini, verum etiam agnatorum suc-
cessibilem requiritur consensus, & ni-
si agnati simul defuncto alienatori consen-
tiant, feudum renocari potest.
- 43 Feudum nouum, quando esse possit fœmini-
num.
- 44 Feudum cum Domino refutatur, vt ex-
traneus inuestiatur, nouum feudum effi-
citur.
- 45 Verba hæc, mit allen Rechten vnd Zu-
gehörungen / non ad qualitatem sed ad
quidditatem referuntur, denotantq; feu-
di partes substantiales, non etiam natu-
ram illis inherentem.
- 46 Ex illis verbis: daß solche Lehen er vnd
seine Lehen Erben / nun fürhin zu Le-
hen erkennen vnd empfangen sollen /
qua colligantur.
- 47 Feudum omnino paternum vel antiquum,
ex nouorum pactorum adiectione nouum
efficitur.
- 48 Verbum Heres in feudis tantum in masculis
verificatur.
- 49 Feudorum moribus prospectum, etiam in
fœmininis fœminas non succedere, donec
masculus superest, à primo acquirente de-
scendens, etiam in remotissimo gradu.
- 50 Qui diuidit, refutando etiam, non videtur
refutare ius futurum, sed id quod in pra-
senti est liquidum. Et generaliter con-
tra naturam refutationis est, quod ad fu-
tura extendatur. n. 56.
- 51 Renunciatio generalis omnium iurium, non
extenditur ad exclusionem illius iuris,
quod ortum habet ex causa de futuro.
- 52 Vocabulum Heres, vbicumq; in concessione
adiicitur, feudum semper intelligi debet,
esse hereditarium.
- 53 In feudo hereditario placuit, agnatum suc-
cedere non posse, nisi simul sit haeres defun-
cti Vasalli, & ipsius hereditatem ample-
ctatur.
- 54 Fœmina semel exclusa à feudo, semper ma-
net exclusa.
- 55 Argumenta pro parte affirmatiua quæ nu-
64. 71.
- 56 Feudum tribus modis naturam alienabili-
tatis acquirere potest. num. 64. & 66.
- 57 Facultas alienandi, quando concessa intelli-
gatur.
- 58 Iura feudalia consuetudine introducta, &
contraria consuetudine mutari possunt.
- 59 Consuetudinis definitio quæ.
- 60 Consuetudinis maior vis est, quàm pacti,
cum maior sit vis plurium quàm paucorū.
Et maior vis sit iuris quàm hominis, qui
iuri subest.
- 61 A pacto ad consuetudinem tam affirmatiuè,
quàm negatiuè rectè ducitur argumen-
tum. Quod tamen è contra tantum ne-
gatiuè procedit. n. 70.
- 62 Feudum semel sine consensu domini aliena-
tum semper manet alienabile in personis
eorum.
- 63 Alienatio feudi cum vel inuestitura, vel
consuetudine permittitur, facultas alie-
nandi statim concessa intelligitur, nec a-
ctum singularem, qui eam confirmat, re-
quirit.
- 64 Consuetudo loci omnia feuda afficit, quæ ibi
sita sunt.
- 65 Alienatio non tantum in vno & singula-
ri feudo procedit, verum etiam in parte
feudi obtinet, vt si pars eius semel aliena-
tur, alienatio semper sit licita.
- 66 Feuda maiora quamuis diuidi non debeant,
semel tamen diuisa perpetuò manent di-
uisibilia. Diuisio enim est species aliena-
tionis. n. 76.
- 67 Imperium merum non est delegabile. si ta-
men delegatio semel fiat, semper manet
delegabile.
- 68 Alienatio rei alicuius quotiescunq; est pro-
hibita, si semel alienetur, semper durat alie-
nabilis. Id quod in vniuersum receptum
est.
- 69 Res postquam semel prohibitionem euasit,
semper manet libera.
- 70 Feuda quæ inuito domino alienari possunt,
ad fœminas sunt transfibilia.
- 71 Partis appellatione simpliciter prolata, di-
midia iuris præsumptione intelligitur.
- 72 In feudis regulariter nulla venditio tenet
ad quam domini consensus non accedit.
- 73 In allodialium distractione, iudicis confir-
matio cur exigi soleat.
- 74 Decreti interpositio præsupponit omnia quæ
facienda erant interuenisse, nec quicquam
ad actus perfectionem necessarium, fuisse
prætermissum.
- 75 Alienatio, quæ traditio sequitur sola nocet,
nō etiā illa, quæ traditione non fuit impleta.
- 76 Nemo agere intelligitur, quod sibi periculo-
sum & damnosum.

- 87 Iuris quod est in parte, idem est in toto, ubi est eadem ratio.
- 88 Contrahentes se iuri communi conformare censentur.
- 89 Præsumptio licentia impetrata leuis maest, imò nulla penitus quam contraria non tam præsumptiones quam probationes excludunt.
- 90 Feudum domino inconsulto alienans, dominum iniuria & damno afficit.
- 91 Consensum in alienatione feudi interuenisse non est necesse, sed eum subsequi, satis est. Et tacitum quoque consensum sufficere contra nonnullos reclamantes communiter placuit. n. 92.
- 92 Refutatio licentia petitionem includere nequit cum refutationi petitio sit contraria, & refutatio etiam inuito domino fieri possit. (test.)
- 94 Consensus tantum ab annuente obtineri potest.
- 95 Inuestitura tacitum consensum præse ferre non potest.
- 96 Tacitum consensum in terminis alienationis, interpretantes desiderant, domini presentis taciturnitatem, eamque pro tacito consensu reputant.
- 97 Inuestiens quoad se hoc agit, ut utile dominium ad vasallum transferat. Quoad vasallum, hoc agit, ut illi facultatem concedat sua autoritate feudi possessionem apprehendendi. n. 98.
- 99 Præsumptiones concurrentes, plenam fidem faciunt, & recte ad eum effectum coniunguntur.
- 100 Privilegio, quod in faciendo consistit, quandoque, quis contrauenit, videtur ei renunciare, & consequenter illud amittere.
- 101 Quilibet beneficio sibi competenti etiam tacite renunciare potest.
- 102 Feudum in fratres cum qualitate alienabilitatis verè transit idque per alienationis actum.
- 103 Impossibile est, actum alienationis qui qualitatem alienabilitatis inducit, posse eandem destruere, sed verius, & multo efficacius eam inducit.
- 104 Inducta ad unum effectum, non possunt contrarium operari. Et inducta ad augmentationem, non possunt imminutionem producere. n. 105.
- 105 Privilegio quoties quis non cogitatione necessitatis, sed suo arbitrio & liberè, contrauenit, privilegio non obest.
- 107 Verisimile non est, quod quis facultatem alienandi, si modo petiit, aliter quam ex urbanitate & ciuilitate fecerit, cum necessitate nullam compelli ad id potuerit.
- 108 Feudum merum beneficium non est, sed verius contractus.
- 109 Contractus consensu coeunt & non nisi dissensu utriusque partis dissoluntur.
- 110 Ad probandam calliditatem, suspensiones & indicia sufficiunt.
- 111 Imperator ex calliditate Cancellaria lucrum meriò sentire non debet, quia in principe bona fides exuberare debet.
- 112 Contractus omnes cum principe initi censentur bona fidei.
- 113 Calliditas si qua in bona fidei contractibus ab initio obrepit, contractus ipso iure est nullus.
- 114 Feudum quoad alienabilitatis qualitatem, est improprium, proprii enim feudi natura est, ut sine consensu domini alienari non possit.
- 115 Quamuis heredes in materia feudali regulariter masculos designent, limitationem tamen hoc admittit in feudo improprio.
- 116 Inuestitura dicens, pro se & descendentibus, tale feudum dicitur generis, & in illo non excluditur femina.
- 117 In incertis & dubiis, ad voluntatis conseruamus questionem. (tur.)
- 118 Filia sub verbis, Leibserben comprehenditur.
- 119 Responsio ab obiectionem.
- 120 Probatio ei, qui impropriam feudi qualitatem allegat, omnino incumbit.
- 121 Alienabilitatis qualitas in feudis nobilium, præsertim masculinis qualiter excuti solet.
- 122 Concessio pro Leibserben quomodo facta intelligenda.
- 123 In Cancellariis is mos seruatur ut raro inuestitura qua non simul exhibetur, renouari soleat.
- 124 Requisitio iudicis & actus publice celebratus, omnem doli suspensionem excludit.
- 125 Clausula, wissentlich omne subreptionis vitium tollit. Item efficit, quod princeps dicatur plenè informatus n. 126.
- 127 Heredis quoque appellatio pro domino accipitur. (guunt.)
- 128 Verba, an sie kommen successionem non ar-
- 129 Vox seligen quo tempore recte usurpata fuerit & quo non.
- 130 Subreptio in eo nulla est cum quis tacet quod expressum non nocuisset. (nu. 132. & 133.)
- 131 Tria hic in hoc casu consideranda veniunt,

- 134 Feudum, quod pro se, & quibuscunque hæredibus est concessum, pro hæreditario habendum est. Et tale feudum non solum in extraneos hæredes, verum etiam in singulares successores transit. n. 135.
- 136 In terminis iuris communis correctoriis, ne quidem ex maiori parte, vel identitate rationis de casu ad casum fit extensio.
- 137 Feuda impropria, in quibus capitibus tantum pro impropriis habeantur.
- 138 Fæmina iurisdictionem in feudo tenere & exercere possunt.
- 139 Argumentum tantum ab insufficienti partium enumeratione non concludit.
- 140 Masculi & fæmina quoties generaliter vocantur, ordine successivo vocati intelliguntur, in concursu ut mares fæminis præferantur.
- 141 Dictio, & in hac formula, contra naturam suam, non in vim copula sed ordinis ponitur.
- 142 Speciale est, cum masculi cum fæminis vocantur, tunc communiter admittuntur quoad ordinem successionis.
- 143 Ex remotione speciei vnius, remotio generis falso colligitur.
- 144 Undecimum argumentum quando procedit.
- 145 Cum ab initio successio fuit observata, sequens successio ex hoc principio etiam regulabitur.
- 146 Dissimilia rectius separantur, quam coniunguntur.
- 147 Fæmina non minus, quam alie inhabiles persona, cum ad feudum admittuntur, seruitia per substitutum domino præstare possunt.
- 148 Dominus qui inhabiles personas admittit, cum eis dispensasse dicitur.
- 149 In alienationibus feudorum, taciturnitas, vel per lapsum vnius anni interveniens, scientibus agnatis obest, & in perpetuum remouet.
- 150 Moniales homines regulariter in feudis non succedunt, & acquisitum post votum religionis assumptum amittunt.
- 151 Tres casus, quibus feudum refutari solet, hic distinguendi veniunt, primo casu nouum feudum efficitur, n. 102.
- 152 Similiter & 2. casu nouum fit, n. 153. 3. casu feudum in acquirentem transit, cum ead. qualitate & natura, quæ apud refutantem fuit. n. 154.
- 153 Dictio, idem, eand. naturam & qualitatem significat, qualem habet antecedens.
- 156 Surrogatio assumit naturam pristinam, & succedit in locum, eius, cui surrogatur.
- 157 Verba, mit ihren Rechten qualitatem priorem liquido significant.
- 158 Ratio cum extraneo successore cessat, merito quoque dispositio cessare debet.
- 159 Due potissimum huius diuisionis rationes ab interpretibus adferuntur.
- 160 In legendo magis cessat affectus & cupiditas aris, quam in consulendo.
- 161 Dominus in renouatione inuestitura primaue concessionem obseruare debet.
- 162 Inuestitura quando à se inuicem discrepât, tenor primarum inspici & attendi debet, non est posteriorum. Nec per sequentem prima aliter derogari potest, nisi expresse dicatur de cõsensu domini & vasalli. n. 163.
- 164 Feudum sapit cõtractum, & ideo inter dominum & vasallum obligatorium.
- 165 Possessio vitiosa nemini prodesse debet neq. foueri debet, ne detur materia delinquendi.
- 166 Fæmina post factam exclusionem, si masculi tandem deficiant, nihilominus admittuntur.
- 167 Factum ad alicuius instantiam factum Iudicis, censetur factum partis.
- 168 Occupatorem rei alienæ, rescriptum Principis à mala fide non excusat.
- 169 Quæuis causa etiam fatua, à dolo excusat.
- 170 In feudis semper in dubio pro vasallis pronuntia. dum.

Hypothesis eiusdem quam quondam E. von N. Martha & Anna Actrices, & Carolus à S. Reus vigore compromissi, ad Cameram pro decisione transmiserunt, est eiusmodi.

Carolus Imperator, † Quartus, Iohann. Gr. eiusq; Leibs Erben, quod pater illius ab Imperatore & Imperio ante tenuerat, concessit den. Kelenhoff zu Eins/ mit allen seinen pertinentiis, das ist/ den Kirchensatz in demselben Dorff/ auch das Gericht halb/ vñ die Ehehafft desselben Dorffs/ auch hat er ihm fernere diese Gnad gethan/ were es Sach/ das er vñ Todts wegen abgieng ohne Leibs Erben/ das dann alle gedachte Lehen/ an seine Schwester/ vñnd ihre Erben/ ohne alle Hindernuß solten fallen. Saluo iure Imperii, &c. pro ut in Copiali, num. 34. in instrumento A. signato. Feudi eius partem Hermannus Gr. prædicti Iohannis agnatus, aliquandiu possedit, eamq; eius filia, Annæ, eiusque marito, Heinricho à R. (recepto vicissim in vsum fructum einett Hoff vñnd 200. Pfund Heller/ in 10. Jahrs frist zubezahlen) Ac vtriusq; Leibs Erben Anno 1439. vendidit ac concessit venditionemq; vom Landrichter im Hergaw vñnd Madach/ in offnen verbañten Gerichten/ durch die Bratelsprecher/ auff ihr Eyd/ mit Brteil vñd Recht cõfirmari petiit, vñ in instrumẽto. Anno sequente, d. H. ian. rich à R. Imperatori Friderico tertio, vt se, nomine

mine vxoris suæ, als ihren Lehenrager / prædicto feudo, so an sie ihren Vatter Hansen Gr. vnd Hermann Gr. ihren Vetteren erblich gefallen inuestiret: Quod & pro sua vxore, illiusque seips Erben / impetrauit, & iuramentum fidelitatis corporaliter præstitit, prout in *instrumento B.* Procedente tempore, Anno 1465. Eberhard à R. suo & fratris nomine, à d. Imperatore Friderico, idem feudum, ad narrata, daß dieselben Stück Heinrich von R. ihr Vatter à dicto Imperatore vnd Reich zu Lehen unnen gehabt vnd nach seinem Abgang Erblich an sie gefallen weren, per inuestituram obtinuit, & similiter iuramentum fidelitatis præstitit, velut in *instrumento, littera E.* Posthæc Anno 1494. Idem Eberhard ab Imperatore Maximiliano, de eodẽ feudo, suo ac fratris nomine denuo inuestitus, fidelitatem iterum iurauit, vt *littera F.* Anno 1599. Luna ante Martini, d. Eberhard feudum hoc vna cū omnibus aliis allodialibus bonis, quæ tunc temporis in pago Sins possedit, duobus suis agnatis, eiusdem cum illo stemmatis, sed à primis huius feudi acquiritoribus non oriundis, Vlrico ac Conrado vendidit, ac possessionem, vna cum literis, ad feudum pertinentibus, tradidit, & de euictione sese obligauit. Quo peracto, Imperatori Maximiliano, tãquam domino, feudum refutauit, vt noui emptores inuestirentur, vt *littera G.* Maximilianus refutationem hanc acceptauit, ac vni ex emptoribus, Vlrico, suo ac fratris sui Conradi nomine, præfata bona cum pertinentiis, vigesimo tertio Decembris, Anno eodem, in feudum concessit, cumque fidelitatis iuramento sibi obstrinxit: vt *lit. H.*

Maximiliano defuncto, dictus Conradus, fratri Vlrico, suam huius feudi partem veditit eamque Carolo V. feudi Domino refutauit, ac, vt in venditionem consentiret, rogauit: qui, precibus illius annuens refutationem acceptauit, ac feudum Vlrico denuo concessit ita, daß er vnd seine Lebens Erben fürhin solche Lehen so offte es zu Fall kompt / von Imperatore, & eius successoribus, erkennen vnd empfangen vnd darumb Geltlibd vnd gewöhnlich Eyd thun solt. Quin & Vlrici filius, Eberhardus, nomine patris, iuramentum fidelitatis præstitit: Actum Wormbs Anno 1521. vt *lit. I.*

Hic Vlricus, Anno 1533. inter filios duos, Eberhardum & Fridericum, de omnibus bonis suis, non solenni testamẽto, sed per priuam scripturam disposuit, in qua filio Eberhardo feudum cū aliis nonnullis bonis patrimonialibus, assignauit, ac Friderico 400. fl. annui redditus, vna cum domicilio zu Raib attribuit, eamque diuisionem paternam filij non tantum comprobarunt, verum etiã bey Edelmanns Trawen vnd Glauben an Eydtsstatt / se seruaturus promiserunt, teste *instrumento littera K.*

Mortuo patre Vlrico, Eberhard, feudum, bona cum pace fratris Friderici, sibi vendicauit: ac de eo ab Imperatore Ferdinando, Anno 1535. (prout in *instrumento M.* ac postremo, à Maximiliano Secundo, Anno 1566. (vt in *instrumento O.*) inuestitus,

solusque feudum in vita quiete, totos triginta sex Annos possedit. Tandem Anno 1571. obiit, relictis post se duabus filiabus, Martha, & Anna, & fratre Iohanne Friderico, qui dum filia fratris funus curant, ipsis inuitis & insciis, instructus à Comite F. I. armis possessionem feudi inuasit, & vixit tantum quatuor menses, eoque fatis functo dicta filia statim feudi possessionem iterum occuparunt. Verum non multo post, Carolus à S. Imperatori Maximiliano Secundo exposuit, feudum hoc suæ Maieitati apertum seque de eo inuestiri fecit: Ac ab Imperatore ad d. Comitẽ Mandata extorsit, quibus ille coactus, nolens volens, ciectis filiabus d. Carolum in bona immisit. Conquesta filia, se iniuste spoliata: Contra Schvv. se recte, tanquam de feudo Imperii aperto, ab Imperatore inuestito asseruit, eaque res, cum præfenti liti causam dederit, partes vtrinque; primo senatum Pfulendorffensem, pro illius diiudicatione, ex compromisso adierunt. Verum res effectu caruit. Et ideo iterum in Senatũ Vlm. compromiserunt, hoc pacto, ¶ vt d. Senatus non tantum de eo cognosceret, sed etiam post causæ cognitionem acta, pro concipienda sententia, ad Camera transmitteret, & sententiam ibi conceptam publicaret. Cognitionem ex hoc compromisso Senatus in se recepit. Sed cum à primordio causa vtrinque acerbius agitur, partes suas amplius interponere recusarunt. Quo consecuto, Actrices ad Imperatorem rem vniuersam detulerunt, qui authoritate sua interposita, iniurias commissas aboleuit, futuras prohibuit, compromissum interpolauit ac decreuit, vt d. Senatus cognitionem denuo susciperet, ac causa ad conclusionem perducta, Acta ad Camera transmitteret, quæ sententiam Sportulis partium communibus ferret; in qua & illa partes, sine beneficio supplicationis, appellationis, &c. acquiescerent. In vim huius compromissi, d. Senatus simulque Procuratores, partium Acta totius causæ, Camera exhibuerunt, ac pro ferenda sententia preces obtulerunt. Camera pro Sportulis 1000. Goltgulden accepit, illiusque iurisdictionem satis fundatam existimat.

In processu coram Vlmensibus defectum nullum, omnia enim ad normam compromissi peracta. Actrices ¶ possessione feudi deiecta, & possessorij remediis renunciare coacta, vtilem rei v̄dicationem instituerunt, quæ ad feudi repetitionem concreuit *cap. i. §. rei autem. de inuest. de re alien. Hartman. tit. feud. obseru. 13.* Requisita eius sunt nota, & nostro casu manifesta. Cardio ¶ totius causæ ex hac quæstione dependet: vtrum controuersum feudum per successionem ad Actrices, tanquam fœmininum, sit deuolutum: An vero Imperatori tanquam Domino feudi apertum. Isque recte Reum inuestierit?

Pro parte negativa, feudum videlicet ad Actrices non deuolutum, sed ad dominum reuersum esse, sequentia faciunt argumenta.

Primo, ¶ ex prima inuestitura, ab Actricibus 5 produ-

producta, tenor alterius possidētis expresse eruitur, per quam patri Iohannis G. feudum hoc concessum: Et eum pater de hoc feudo inuestitus est, & filius, sub commemoratione eiusdem inuestitus reperitur: † feudum habetur paternū & masculinum. *Ioh. ann. Iacob. de Leonard. in consil. feud. consilio. 114. n. 36. & 37.*

7 Secundo, naturæ feudorum congruit, † vt fœminæ ab illis excludantur, c. 1. §. *fin. de successione feud. Zaf. in epit. part. fin. numero 29.* Fœminina itaque † feuda non præsumuntur, sed masculina. c. 1. §. *quia vidimus. de his qui feud. dare poss.* Eam communem opinionem dicit *Mynsing. obseru. 2. cent. 4.* Magis communem dicit *Bursat. consilio 3. numero 4. lib. 1.*

9 Tertio † Iohann Grenlichii inuestitura difertis verbis ostendit, quod feudum hoc acceptum pro se & suis *Zeibserben*: iure autē feudali † hæres intelligitur de masculo, & non de fœmina. *cap. 1. §. efficiens. de alien. feud. Paris. consilio 4. numero 4. parte 1.* Sic verbum † *liberorum*, secundum naturam feudalem, tantum ad masculos referri potest, *Curt. part. 2. quæst. 7. num. 73.* Idem sentiendum de vocabulo, † *Zeibserben*, videlicet, tantum de filiis, & sic de masculis intelligi potest. *Hartman. Pistor. lib. 2. part. 1. quæst. 3. numero 63.* Et concessionem † factam alicui & hæredibus sui corporis, de masculis accipienda, testatur *Paris de Put. de feudor. reintegratio. c. 108. num. 1.*

11 Quarto, † in iam d. inuestitura Iohann Gr. soror illius ex speciali gratia, casu non existentium liberorum siue *Zeibserben*/ ad successionem feudi, expresso pacto est vocata. Atque hoc ipso censetur magis vocata filia, cum de filia prius, quam de sorore, † secundum ordinem Charitatis, pater cogitasse existimatur *leg. præses. de seruitut. & aqua. l. Lucius. §. Sempronia. de leg. feud. da.* Sed nec pacto expresso, † nec speciali gratia, quoad fœminas opus fuisset, si ex natura feudi, & iure ipsis competente, ad feudi successionem fuissent admittæ.

13 Frustra enim † exprimitur, quod per se inest. *leg. non recte. C. de fideiuss.* Et priuilegii concessio, † præsupponit ius commune in contrarium. *l. quod vero. cum duabus sequentibus, de LL. Bald. in prælud. feud. numer. 18.*

15 Quinto, † ex literis venditionis, per quam Herman Gr in Annam, suam agnam, feudum litigiosam transtulit, verisimile sit, Hermannum, defuncto Iohanne, exclusa filia Anna, ac sorore in feudo successisse, idque probatur ex duplici ratione. Primo, quia in d. literis continetur, *daß gemelt Leben von gedachtem Batter an ihne herkommen*/ quod idem est, ac si feudum ad ipsum sit deuolutum: per quæ verba successio significari solet. Deinde adiicitur, *Don ihrem Batter seligen*: quod vocabulum præsupponit mortem, & sic ex causa mortis successionem. *per leg. Seia. §. 1. de donat. causa mort.* Cumque fieri non potuerit, † vt pro parte ille, pro parte vero filia succederet, quod in toto feudo successerit: & vt absurditas euitetur omnis, in iure successionis, necesse erit, interpre-

rationem verborum, *sein Theil am Kelenhoff*/ &c. Eaque in promptu est Reo, qui partis mentionem factam esse asserit, respectu aliorum allodialium, quæ idem Herman. zu *Lin* tenuit. Item respectu eorum bonorum, quæ *Heinrich Gr.* eius agnatus ibidem possedit. Quia igitur *Hermann*/ † *Iohann.* filiam & sororem simul excludit, feudum fœmininum dici non potest; per ea quæ post in nona ratione deducuntur.

21 Sexto, † in iisdem literis vendit feudum nostrum, nominatum *Recht Leben vom Reich.* Sed & sine hac expressione, † quodlibet aliud feudū proprium & rectum præsumitur *cap. 1. de feud. non hab. propr. nat. Zaf. part. vlt. num. 1. Hanneon. lib. 4. capit. 6. in fin.* Atqui feuda, † ex propria sua natura ad solos masculos, ex masculis descendentes, iure successionis deuoluuntur. *capitolo primo, §. fin. de success. feud. cap. 1. §. et si de alien. feud. Zaf. part. vlt. n. 29.*

23 Septimo, † ex natura rerum concessarum fœminæ à feudo remouentur, vt pote quia *das halb Gerich zu Lin* inter partes feudi comprehendatur: Fœminæ autem † iurisdictionem in feudo habere non possunt. c. 1. §. *fœminam. per quas fiat inuestit.*

25 Octauo: † fœmininum feudum tale est, vel quod à fœmina acquisitum est, quod specialiter maternum appellatur: vel ad cuius successionem fœminæ, expresso inuestituræ pacto sunt vocatæ, *iuribus vulg.* Sed in feudo nostro neutrum animaduertitur.

27 Nono, † dici non potest illam fœminam in hoc feudo successisse, propter Annam Iohannis Gr. filiam, quæ tamen nihil impedimenti præstat, vt statim dicitur: quin verius est, in † concursu masculorum & fœminarum, fœminas à masculis exclusas semper, idque quinque exemplis ostenditur. Quoties autem in inuestitura dicitur, masculos & fœminas succedere debere, hoc casu veniunt ad successionem masculi & fœminæ simul, *Paris de Put. de reintegr. feud. c. 109. num. 2.* Communem dicit *Iul. Clar. in §. feudum. quæst. 73. num. 4.* & *Mandos. in addit. ad Rom. consilio 33. in verbo, superstitum.*

29 Decimo, † Anna Iohannis filia, obtentu falsarum precum, per subreptionem ad successionem feudi peruenit, exposuit enim Imperatori Friderico feudum ad se à patre & agnato Hermanno, iure successionis, tanquam simpliciter hereditarium peruenisse. Quorum vtrunque à vero alienum fuisse, ostendit instrumentum venditionis. *lit. C.* Quo videtur, totū feudum à d. Hermanno, non iure successionis, sed ex contractu inter viuos, ad d. Annam translatum. Hanc subreptionis labem auget aliud instrumentū, *signatum*, quod ostendit, filios Annæ, in petenda inuestitura Imperii, exposuisse, Patrem Henricum hoc feudum tenuisse, qui tamen vices suæ vxoris instar substituti, tantum substituit. Ex quo iterum coniecturari licet, dictos filios iuri materno non satis fidisse, nec feudum iure ad matrem pertinuisse.

Ex his duo resultant: vnum est, subreptionem hanc

- 31 hanc ꝛ nulli prodesse, nec quęquam se in ea fundare posse: *Tiraq. de retract. gentili. §. i. gloss. i. n. 68.* Et
- 32 quamuis vitium ꝛ subreptionis diurnitas temporis purgare videatur: hoc tamen non procedit, quoties præsumptio talis, certa probatione eliditur, *Cacher. decis. 173. num. 7. & seqq.* Alterum est: cū subreptitie Anna feudum impetrare sustinerit, præsumptio est nullum illi ad succedendum alioqui ius ex sua persona cōpetiisse, cum nemo præsumatur ꝛ ad illicita se conferre, & cum periculo, per dolum impetrare velle, quod sine periculo, iure obtinere posset. *cap. Matre. de Simonia. cap. vbi periculum. de Elect. in 6.* Huic addi potest, quod instrumenta B. & C. ab A. triticibus producta, ꝛ quoad Hermannum, videantur sibi plane contraria, & ideo quia ab vno & eodem producta sunt, vtrunque pro nullo reputandum & reiiciendum, *Nicol. Boer. decis. 252. num. 2.* Ex quo iterum colligitur, nullam Annæ rationem haberi posse. Nec ex illius persona de qualitate feudi nostri fœminina nihil constitui posse.
- 35 Vndecimo, ꝛ ponamus, d. Annam de hoc feudo vere & bona fide inuestitam: Ex illo tamen nihilomags fœmininum efficietur, cum pater & auus illius ante hoc tenuerint. Nec constat, quod fœmina acquiserit: In feudis autem ꝛ primū stipitem siue originem & principium inspicimus, non etiam, quo alio, quoque tramite descendat: *cap. primo, ibi Bald. & Propos. de grad. success. Paris. plene consilio 65. numero vigesimo primo, volum. i.* Proinde si
- 37 feudum ꝛ à matre cœperit, quod in dubio præsumitur, etiam si postea ad fœminam delatum, tamen adhuc retinet naturam masculinam, & fœmina extincta, amplius fœminæ non succedunt. *text. in tit. de eo qui sibi & hered. sui. mascul. Ibi Bald. Aluarot. & Afflict. Pistor. lib. 2. part. 2. quest. 2. q. 35. n. 3. & 4. Zaf. tit. de success. feudi.*
- 38 Duodecimo, ꝛ feudum nostrum tantum abest, ut sit Francum, & à seruitiis liberum (in quo ꝛ ex communi sententia, fœmina succedere potest, quam communem dicit Gabr. *lib. 6. tit. de verb. signifi. concl. 6. n. 59.* Item Iul. Clar. *in d. §. feudum. quest. 7. num. 32.* vbi tamen contrariam opinionem probat, ꝛ de iure vetiorem testatur: quod ante eū fecit Isern. *in cap. 1. §. fin. quib. caus. feud. amitt.)* vt etiam iuramentum fidelitatis, à Henrico à R. Annæ marito, & omnibus sequentibus vasallis, fuerit exactum & præstitum, cuius præcipuo capite
- 41 vasallus ad munera militaria obligatur, ꝛ quæ fœmina obire non potest. *gl. in cap. 7. §. hoc autem notandum. de his qui feud. dare poss. Afflict. decis. 320. Roland. à Valle consil. 41. num. 11. vol. 4.*
- 42 Decimotertio, ꝛ Eberhard à R. Annæ filius, feudum nostrum in suas agnatas, quæ tamē illius incapaces fuerunt, non requisito sororis Barbaræ, quæ eo tempore fuit in viuis, consensu, alienauit, quod probat instrumentum B. Quod si itaque fœmininum fuisset feudum, ius quod ad succedendum sorori competiit, per fratrem illi auferri non potuisset: cum in alienatione ꝛ feudi antiqui, quale nostrum fuit non tantum Domini, ve-
- rum etiam agnatorum, qui successuri sunt, consensus requiratur, & nisi agnati consentiāt simul defuncto alienatori, feudum reuocari posset, *cap. primo, de alienat. feud. paterni. cap. 1. si de feud. defunct. controu. int. dom. & agn. Ingolstadiensis vniuersitas, in consil. 22. n. 7. cum seqq. tom. 5.*
- Decimoquarto, ꝛ ponemus, feudū apud Grēlichios, & eorum descendentes, fuisse fœmininum: postquam tamen ab vltimo eius lineæ, Eberhardo à R. in agnatos suos, sed alterius lineæ, Vlricum & Conradum, per contractus venditionis translatum est, negari non potest, quin in personis nouorum emptorum, feudum nouum sit effectum: tāquam quod ab ipsis fuit acquisitum, & non peruenit à successione, vel linea prognatorum *cap. vnicō. §. nouum. qui test. sunt necess. ad nou. inuest. prob. Curt. part. 1. quest. 8. Iul. Clar. §. feudū. quest. 8. num. 1. Grauet. de antiq. temp. part. vlt. num. 3.* Nouum autem feudum, ꝛ iuxta suam rectam & propriam naturam, masculinum, nec fœmininum esse potest, nisi, cum vel à fœmina est acquisitum, vel nominatim cautum, vt ad fœminas descendat. Quorum vtrunque in nostro casu abest. Quin cum ita feudum ꝛ domino refutatur, vt extraneus inuestiatur, nouum feudum effici, in terminis respondent *Zaf. consilio 12. num. 67. & 68. & consilio 13. num. 16. 17. libro primo.* Et Laur. Kirchou. *consilio 11. num. decimonono, & 20. Thom. Academic. 5.* Atque hæc fuit sententia Aluaroti, *in tit. imper. Lothar. numero quarto.* Nec quicquam impedit, feudum in nouos emptores refutatum, atque etiam per inuestituram confirmatum, mit allen Rechten vnd Zugehörungen/ vt hoc modo videatur translatum cum qualitate priori, fœminine successionis, propter naturam surrogationis & relationis, per quā surrogatur in locum eius, cui surrogatur, plene succedit, & relatum in referente cum omnibus qualitatibus, &c. Respondetur enim verba hæc non ad qualitatem, ꝛ sed ad quidditatem referri, 47 & denotare feudi partes substantiales, non etiam naturam illis inhærentem: ita respondit Zaf. super intellectu verborum, quæ prioribus sunt plane similia, videlicet, concedimus N. zwey Theil/ cum pertinentiis wie prior Vasallus die zu Ehen gehalten vnd getragen. Quod idem est, als mit ihren rechten/ damit sie Vasallus prior zu Ehen gehabt *Zaf. dict. consilio 21.*
- Decimoquinto: ꝛ In inuestitura Caroli V. notata *lit. 1.* (per quam Vlrico à R. primo acquirenti, in altera linea feudi, dimidia illius pars, quam antea habuit, iterum & altera dimidia pars, quam à fratre Conrado emerat, de nouo conceditur) pacta noua, qualitatesque nouæ adiectæ reperiuntur, quæ prioribus inuestituris non sunt insertæ, videlicet: *dasz solche Ehen er vnd seine Ehen Erben/ nun sühren zu Ehen er fernen vnd empfangen sollen.* Ex quo multa colliguntur: ꝛ Primo, feudum in persona Vlrici, vel saltem quoad alteram partem, à fratre comparatam esse nouum, *titulo de frater. de nou. benef. inuest.* Et cum in illius alienatione Impera-

Imperator consentire necesse non habuerit, consentiens, nouam legem feudo imponere potuit, Bald. in l. fin. de Senat. Brun. consilio 6. num. 11. Secundo etiam si feudum totum fuisset paternum vel antiquum: tamen ex nouorum pactorum adiectione, nouum fuisset effectum. Bald. in cap. primo, §. in super. de prohib. feud. alien. per Frider. Afflict. decis. 112. nu. 5. & decis. 248. nu. 8. Grauert. dict. loco. de antiq. n. 23. Prepos. in pralud. feud. nu. 43. Cacheran. decis. 23. n. 22. 23. Ex quibus efficitur, feudum nostrum ex appositione d. noua conuentione, omnino promasculino habendum.

31 Decimosexto: † Ex proximo promanans Nam in d. investitura Caroli V. ponuntur verba, & heredes Erben. Et verbum, Heres, † in feudis tantum in masculis verificatur. Euidens ergo videtur esse, feudum esse masculinum.

33 Decimo septimo: † Posito, feudum esse femininum, nihilominus moribus feudorum 34 prospectum, etiam in femininis feudis, femininas non succedere, donec masculus superest, à primo acquirente descendens, siue in directa, siue in collateralis linea, etiam in remotissimo gradu, c. 1. de eo qui sibi & heredibus suis. Hannonen. lib. 2. c. 9. Paris. cons. 16. num. 6. 13. volum. 4. Cacheran. decis. 23. num. 5. qui in specie dicit, ne filia Patrum excludat. Pistor. lib. 2. p. 2. q. 35. nu. 4. Proinde cum Iohan. Fridericus Eberhardi, Aetrix patris frater fuerat, in feudo paterno iure Aetrix nostras in successione amonet.

Non obstat, quod Iohannes Fridericus per paternam diuisionem, in qua etiam acquirat, ab hoc feudo exclusus. Hoc enim verum est, quoad successionem paternam, de qua & ipse, tanquam pater, cogitasse censetur. Non etiam succedit, quoad successionem fraternam: c. 1. de eo, qui fin. fecit agnat. c. 1. de success. feud. Aluarot. in rit. Imper. Lothar. nu. 2. Etenim qui diuidit, refutando etiam, non videtur refutare ius futurum, sed id, quod in praesenti est liquidum. Aluar. Brun. 5 consi. 79. num. 2. & generaliter † contra naturam refutationis est, quod ad futura extendatur. L. si 4. §. si sub conditione. de legat. 2. Bald. d. tit. Imper. Lothar. numero. 4. Quin et si diuidendo expresse successioni renunciaisset: ad fratris tamen successione hoc non porrigeretur: Cum generalis renunciatio † omnium iurium: non extendatur ad exclusionem illius iuris, quod habet ortum ex causa de futuro, Paris. consi. 95. nu. 33. volum. 3. Guilhu à Perno in consi. feud. consi. 13. nu. 23.

37 Deinde non obstat, feudum nostrum esse hereditarium, quod Aetrix asserunt, meoq; iudicio verius est, per ea quae fuse tradit Pistor. lib. 2. p. 1. q. 1. & 3. per tot. vbicunq; enim dicitio, † Heres, in concessione adicitur (vt in nostris inuestituris, & heredes Erben / & heredes Erben) feudum semper intelligi debet, esse hereditarium. Sigismund. Neapolit. consi. 1. num. 46. inter consil. feud. lib. 2. Paris. consi. 12. num. 62. vol. 1. In feudo autem † hereditario placuit, agnatum succedere non posse, nisi sit simul heres defuncti vasalli, & ipsius hereditatem

amplectetur, c. 1. An agnat. vel. fil. Myns. obs. 63. cent. 3. communem dicit Villalob. & Francisc. Viuius in commun. opin. verb. Hereditarium. Quare cum d. Ioan. Fridericus fratri in alodialibus non successerit, sed filiae: feudum quoque ad eum non pertinuisse videtur. Respondetur: Si Caroli V. inuestituram inspiciamus, qua & heredes Erben vocantur, de consuetudine Germaniae, locum habere non potest. Sufficit enim, tunc successores fuisse sanguinis, & feudi, non etiam hereditatis, ne vocabulum & heredes / vocabulo Erben frustra adiectum dicamus: Ita Ias. part. 8. nu. 16. Item in causa Landgraff contra Nassau / in causa Ragentelnbogen. Respondit Carol. Molin. consi. 18. nu. 3. tom. 2. consil. German. Pistor. lib. 2. part. 2. q. 3. num. 64. Concluditur ergo, Ioan. Fridericum iure Aetrix exclusisse.

Vnde illud porro resultat: quamuis postea sine prole decesserit legitima, & Aetrix successerint, feudi tamen eas fuisse incapaces, per regulam: Quod femina † semel exclusa à feudo, 60 semper maneat exclusa. c. 1. §. quin etiam Episc. vel Abbat. Eamque opinionem communem dicit Gail. lib. 2. obs. 148. num. 1. & Mandos. ad Roman. consi. 1. num. 1. verb. perpetuo. Et quamuis nonnulli ab hac sententia recesserunt, vt Sonsbek. part. 9. num. 31. & seqq. Cuius argumentis nititur Ioh. Fichard. in addit. ad commun. opin. Villal. in verb. filia: & Myns. obs. 74. cent. 5. Priorem tamen opinionem, tanquam veriore, strenue nouissime defendit Iohan. Borchold. ac argumenta Sonsbekii refutat de feud. c. 7. num. 36. 37. Atque haec fere sunt, quae pro parte negatiua adduci possunt.

Pro parte affirmatiua faciunt, Primo, † Feudum nostrum sua primæua natura fuisse, & adhuc hodie esse alienabile, hoc est tale, quod sine Domini consensu, pro libitu ipsius vasalli, potuerit alienari. Hoc modo praemittendum est, † 62 tribus modis feudum hanc naturam alienabilitatis acquirere. Primo, cum Dominus vasallo in inuestitura alienandi facultatem expresse concedit. c. 1. de feud. non hab. prox. na. Facultas † autem 63 hæc concessa intelligitur, si feudum ita alicui conceditur, vt ipse & sui heredes, & cui ipse dederit, habeant, tex. dict. c. 1. Ias. part. fin. nu. 25. Vel cum inuestitur quis pro se & heredibus quibuscunque, vel per se & cui voluerit: vel pro se, & habituris causam ab eo, vel pro se. & cui iura concedere voluerint plene Roland. à Vall. consi. 55. num. 33. & 44 lib. 3. Quod autem vi harum clausularum alienatio fieri possit, etiam irrequisito Domino, communem dicit Dec. consil. 194. n. 5. Curt. consi. 4. num. 2. & Roland. à Vall. consi. 96. nu. 34. lib. 3. Ratio eius est, quia dominus: qui ita Vasallo feudum concedit, statim ab initio in alienationem, quae postea fieret, consensisse videtur, Iul. Clar. §. feudum. q. 31. num. 8. Secundo consuetudine † induci potest, vt feudum sine licentia Domini alienari possit: eaq; consuetudo valet. Bald. consi. 9. num. 6. vol. 1. Rol. à Vall. consi. 2. num. 18. & consi. 2. nu. 21. Iul. Clar. in d. §. feudum. q. 31. num. 12.

- 65 Cum enim iura † feudalia consuetudine possint mutari, *tit. de pace constant. §. nos Romanorum, &c. communem dicit Curt. consil. 158. num. 8.* Deinde
- 66 quia † prædicta alienabilitas pacto induci potest, sine inuestitura, consuetudini ea potestas recte
- 67 attribuitur, *l. fin. C. de fideius.* Consuetudo † enim aliud nihil est, quam tacitum populi pactum, siue
- 68 consensus. *Alex. consi. 65. num. 7. vol. 6.* Imo consuetudinis maior vis est † quam pacti, cum maior sit ius plurimum, quam paucorum, & maior vis sit iuris, quam hominis, qui iuri subest, & ideo à pacto † ad consuetudinem tam affirmatiue quam negatiue recte ducitur argumentum: Quod tamen † contra tantum procedit negatiue, *Euerh. in Topic. in loco à pacto.* In nostro quoque casu eo efficacior consuetudinem esse dicendum est, quod per eam reditur ad ius commune antiquum, siue commune, quo cuilibet in re sua liberum permittitur arbitrium, *cap. ab exordio. 25. distinctio.* Talem autem consuetudinem vigere in Gallia, dicit *Duaren. de feudis, capite 14. num. 16. & Ioh. Fab. in §. item Seruiana, Instit. de action.*
- 71 Tertio, † in singulis feudis receptum est, ut si feudum semel sine consensu domini alienetur, semper maneat alienabile, in personis eorum, *l. pater filium 38. §. quindecim, de legat. 3. ibi Bart. l. cetera, §. ult. de legat. 1. Tiraq. de retract. gentil. §. 32. glossa 1. n. 6. & 8. & in terminis Socin. senior consil. 67. num. 32. vol. 1. Signorol. de Homod. cons. 210. n. 6. Bursat. cons. 4. nu. 20. & seqq. cons. 36. num. 32. lib. 1.*
- Hæc regula supra dicta, de duabus naturis intelligi non potest; quia cum vel inuestitura, † vel consuetudine alienatio permittitur, facultas alienandi statim concessa intelligitur, nec actum singularem requirit, qui eam confirmat. Et in hoc tertio modo, ex ipso alienationis actu facultas alienandi acquiritur: quin etiam † consuetudo loci omnia feuda afficit, quæ ibi sita sunt. Regula vero nostra non tantum in vno † & singulari feudo procedit, prout ex allegatis constat, verum etiam in parte feudi obtinet, ut si pars eius semel alienetur, semper alienatio sit licita, *Bursat. consil. quadragesimonono, n. 63. volumine primo.*
- 75 Sic feuda maiora, † quamuis diuidi non debeant, *cap. 1. §. præterea. de prohib. feud. alien. per Frid.* Semel tamen diuisa, perpetuo manent diuisibilia, *Bursat. dicto cons. 4. num. 28.* Ratio ex priori sumitur. Diuisio enim † est species alienationis, *l. 1. Cod. commun. vtriusque iud.* Et ideo ex natura alienationis recte quoque regulatur. Sic quamuis merum imperium delegabile † non sit, *l. 1. in princip. de offic. eius, cui manda. est iurisdic.* Si tamen delegatio semel fiat, semper manet delegabile, *gl. in lege vnica, Cod. qui pro iurisdic. sua. Signorol. dicto cons. 210. num. 6.* Denique in vniuersum receptum est: Quotiescunque rei alicuius † alienatio est prohibita, si semel alienetur, semper durat alienabilis. *Paul. de Castr. in l. peto, §. fratre, de legat. 2. communem dicit Bursat. cons. 4. num. 27.* Posteaquam enim semel res † probationem euasit, semper libera remanet. *Menoch. lib. 1. de arbitr. qq. quest. 54. nu. 24.*
- 80 His præmissis, subiungendum est, † feuda quæ

inuito domino alienari possunt, ad feminas esse transibilia. *Roland. à Valle cons. 1. nu. 70. & cons. 3. n. 63. 67. 70. lib. 1. vbi Decium, contrarium in cons. 193. sententiæ refutat. & rationes plures p. sua sententia adducit, Gozad. cons. 7. num. 14.* Et de hoc inter partes conuenire videtur. Et controuersia omnis est tantum in facto, quod iam excutiemus.

Feudum noster aliquot vicibus alienatum esse videtur, idq; non Imperatoris consensu, & præfatu alienatum.

Primo Ioan. Gr. alienauit partem feudi in Hermannum, ut constat ex instrumento C. in quo disertis verbis saltem partis mentio sit, in verbis *Sein Theil am Kirchensan.* Partis autem † appellatione simpliciter prolata, dimidia iuris præsumptione intelligitur, *l. non filiarum, §. portiones, de verborum signification. Aluar. cap. 1. num. primo, de inuestit. in mar. fact.* Et cum alia bona, præter hanc feudi partem Hermannus † non habuerit, quod clare ex eo instrumento patet, in verb. *All sein Eue zu Sing/ partis adiecta mentio est, non contemplatione aliorum ipsius allodialium bonorum, ut Reus sibi persuadet, sed intuitu alterius partis feudi, quam d. Iohann. retinuit, & in filiam Annam transtulit, quod instrumentum B. liquido conuincit.* Cum itaque tantum pars feudi à Iohanne in Hermannum translata sit, recte sequitur, per contractum inter viuos alienationem factam. Pro vna enim parte Herman. & pro altera filia, succedere non potuit.

An autem hæc alienatio cum vel sine Imperatoris consensu facta sit, de eo non satis liquet: Vero tamen consentaneum est, eo modo factam, quo Hermannus d. suam partem iterum alienauit, de quo iam videamus.

Secunda alienatio facta est à d. Hermanno, per quam transtulit in d. Annam eam partem, quam à patre illius acquiserat. Hæc sine Imperatoris consensu effectum sortita est, quod manifestum est ex dicto instrumento C. Eo enim modo vendidisse videtur, quo allodialia vendi solent.

Nam in feudis † regulariter nulla venditio tenet, ad quam Domini consensus non accedit: eo accedente, valet. Et ideo vel coram Domino fieri solet, vel tantum ipsius licentia.

In allodialium distractione, † Iudicis confirmatio exigi solet plerunque, ad excludendam doli præsumptionem, *l. 1. C. de prad. & reb. minor.* Hunc morem secutus Hermannus, exponit Iudici, *daß ers der Zeit mit Recht wol thun mēcht:* per quæ verba declarat, quod suo iure vendere potuerit: quod tamen in feudo est interdictum. Et quamuis dicta verba enunciatiua sint: tamen in antiquis huiusmodi verba, siue propter se, siue propter aliud sint prolata, plenam fidem faciunt, *Grauer. de antiq. temp. §. 1. §. propositum nostrum, num. 76. 77.* Et quandoquidem palam, in publico prouinciali iudicio, & maxima hominum frequentia vendidit, iure suo etiam id fecisse intelligitur, *l. final. l. palā de ritu nupt. Menoch. de arb. iud. q. lib. 2. c. 2. §. 24. per tot.* Exposuit etiā Iudici, *daß es vom Recht*

etn Echen/te. & tamen vendidit ad habendum tenendum, tanquā allodium: ad cuius naturam quam proxime accedit feudum alienabile, *Zaf. d. part. fin. numero 25. d. c. 1. de feud. non hab. propr. nat.*

Præterea interrogat Iudicem de requisitis, & iuribus alienationis: qui decreto interposito sufficere respondit, si ipse vendat, & in manus Iudicis possessionem tradat: nihil de impetrando consensu Domini adiicit: quæ res facit, quod de feudi natura Iudex plene informatus videatur, & pro certo habuerint omnes, domini consensum ad hoc non fuisse necessarium. Decreti enim † interpositio præsupponit, omnia quæ facienda erant, interuenisse, nec quicquam ad actus perfectionem necessarium fuisse prætermisum. *Iaf. in l. pãcta nouissima, num. 6. C. de pact. Bald. in l. cum hi, §. si prator, de transact.*

Accedit, quod & ipse Hermannus statim emptoribus possessionem cedit, quod ante domini consensum impetratum, si necessarius fuisset, non fecisset sine periculo. Alienatio enim, † quæ traditio sequitur, sola nocet, non etiam illa, quæ traditione non fuit impleta, c. Imperialem, §. callidis. *Ifern. Bald. ibi. de prohib. feud. alien. per Frid. Carol. Molin. in consuetud. Paris. §. 13. glossa 5. num. 2. Paris de Pur. de redintegr. feud. c. 43. num. 1. Wormsfer. tit. de feud. obs. 33.* Nemo autem † agere intelligitur, quod sibi periculosum & damnosum, c. vbi periculum, de elect. in 6.

Atque ex his omnibus tandem emergit, Hermannum suo iure, sine licentia domini, vendidisse. Quod autem † iuris est in parte, idem est in toto, vbi est eadem ratio, l. quæ de tota. Emergit & illud, eodem pacto d. Hermannum suam feudi partem vendidisse, quo eandem acquisiuit, l. nihil tam naturale, de reg. iur. *Hypopol. sing. 669.* & contrahentes † se alioquin iure communi conformare censentur, *Bart. in l. heredes mei, §. cum ita, ad Trebell. Paris. conf. 13. num. 29. volum. 1.* Vnde hic concludendum & Iohannis & Hermannii, licite, sine nutu Domini facta. Nec quicquam remoratur, venditionem Hermannii haud dubiè cum Imperatoris Alberti (qui tum temporis vixit, & post, sexto demum mense, videlicet 17. Octobr. Anno 1439. diem obiit) permissione facta, & quod de ea ex inuestitura illius constare posset, si Actrices eam malitiose non suppressissent. Replicari enim potest de dolo, tam quoad hanc, quam quoad alias deperditas inuestituras. Actrices se purgarunt satis, eo ipso, quod Iudici dederunt fidem an *Aydtstatt* se nullas alias scire inuestituras. *Bellon. in terminis conf. 10. per tot. in primis nu. 7.*

Præsumptio autem † licentiæ impetratæ leuissima est, imo nulla penitus, quam contrariæ non tam præsumptiones, quam probationes excludunt, l. in testamento, C. de testam. milit. *And. Barbat. extra de probat. in rubr. col. 11.* Deinde & Imperatorem Albertum toto sequenti tempore, quo post hanc venditionem superuixit, Vngaricis tumultibus distentum, Imperij fines non est ingres-

sus, & postmodum Strigonij obiit, vt nec inuestituram ab eo impetratam fuisse, verifimile sit: præsertim cum & emptoribus totus dimidius annus superfuit & absentia Domini, vasallum à necessitate petendæ inuestituræ excusat, *Dd. in c. 1. quo tempor. mil. Tac. de S. Georg. de feud. sig. verb. qui quidem inuestiri, num. 52.* Pari modo concidit & illa præsumptio, per quam ex diuturnitate temporis, Imperatoris consensum interuenisse colligimus. *Gabr. lib. 1. de præsumpt. concl. 1. num. 2.* Præsumptio enim hæc in contrarium probationem admittit. *Cacheran. in term. decis. 173. num. 7.* & probatio in contrarium aperte refistit, vt supra dictum est, præsumptio euanescat.

Tertia alienatio est, per quam Eberhardus, Annæ filius, totum feudum in agnatas suas alienauit, de quo in instrumento B. Hanc alienationem etiam Imperatoris consensu carere, affirmare ausim. Eo enim modo censetur alienasse, quo modo ipse acquisiuit: de quo paulo ante. Deinde testatur, *dass er zu der Zeit dass ihun möchtere vñnd dass ers cinem andern zu verkauffen willens/ wann es seine Bettern nicht gefaufft hetten.*

Præterea vendidit alijs viris nobilibus presentibus, ac testibus adhibitis, quibus feudi natura probe fuit cognita, quique passi non fuissent alienationem hanc cum iniuria & damno Imperatoris, cuius & ipsi vasalli fuerunt, procedere, si alienandi facultas d. Eberhardo non competisset. Qui enim † feudum inconsulto Domino alienat, dominum iniuria afficit, c. 1. §. fin. quæ fuit prima causa benef. amitt. Et domini conditionem deteriorem reddit. c. Imperialem, in princ. & ibi *Afflic. num. 1. & 2. de prohib. feud. alien. per Frid.*

Amplius, etiam ante refutationem tradidit, & de euictione simul promisit: quæ duo, quia cum periculo manifesto coniuncta sunt, vt supra: vsq; ad impetrationem cōsensu, si ea opus habuisset, distulisset: Imo quia Barbarā sorore de consensu non interpellauit, ex eo quoque non incommode forte præsumetur, etiam in præiudicium agnatorum alienationem illi fuisse permissam. Quæ omnia in vnum conflata, iterum efficiunt, etiam hanc alienationem Imperatoris consensum nec desiderasse, nec consecutam.

Sed videtur obstare, quod refutatio domino facta, & inuestitura subsecuta sit, videtur in ipsa refutatione petitionem consensu adhibendi comprehensam, & per inuestituram tacite consensum accommodatum fuisse intelligamus. Neque enim consensum † in alienatione interuenisse necesse est, sed satis est, eum subsequi, *Myns. obs. 87. cent. 4.* Et hanc veriorem & crebriorem sententiam dicit *Mench. consil. 1. num. 40. & Laur. Kirchhoff. in consil. 50. cent. 3.* Tacitum quoq; † consensum sufficere, contra nonnullos reclamantes, communiter placuit, *Schurff. consil. 41. num. 3. cent. 1. Mynsing. d. obs. 87. cent. 4. Iul. Char. §. feud. quest. 31. num. 13.* Verum refutatio petitionem † licentiæ includere nequit: Cum refutationi petitio sit

contraria, & refutatio etiam inuito Domino fieri possit, *Zaf. part. 12. numero 14. Myns. obser. 65 cent. 5.*
 64 Consensus ꝑ non, nisi ab annuente obtineri potest. Deinde inuestitura ꝑ tacitum consensum
 95 test. Deinde inuestitura ꝑ tacitum consensum
 96 præ se ferre non potest: Tacitum enim ꝑ consensum in terminis alienationis, interpretantes considerant, in Domini præsentis taciturnitate, eamque pro tacito consensu reputant, vt intelligitur ex *Curt. part. 4. num. 137. & Aluar. in cap. 1. §. præterea num. 4. quibus modis feud. amittit. vbi inquit: Aduerte, ne erres: quia ea quæ dicta sunt, procedunt in domino, qui præsens & non contradixit. Deinde, qui inuestit, ꝑ quoad se hoc agit, vt vile dominium à se ad Vassallum transferat, Aluar. d. §. præterea. num. 3. Quoad Vassallum, ꝑ hoc agit, vt illi facultatem concedat, sua autoritate feudi possessionem apprehendendi, c. 1. ibi *Dd. quid sit inuestit. Hartm. tit. de feud. obser. 7.* Et cum intentio Domini in inuestièdo ad hos effectus directa sit, ad alium effectum trahi non debet, *Aluarot. in d. §. præterea. num. 3.**

Quarta alienatio est per quam Conrad à R. dimidiam partem feudi in fratrem Vlrìcum transtulit. Hanc eitam alienationem Conradum suo iure fecisse, ex eo elicitur, quod ante refutationem factam Domino Vlrìco possessionem tradidit re ipsa: eo quoque iure & modo transtulisse censetur, quo acquisiuit. Nec duriorum sibi ac fratri feudi conditionem, non necessarij consensus impetratione, efficere voluisse, existimandus est. Quæ & alia præsumptiones iunctæ, veram alienabilitatis, adhuc durantis qualitatem confirmant. Præsumptiones enim ꝑ concurrentes, plenam fidem faciunt, & recte ad eum effectum coniunguntur, *Gabr. concl. lib. 1. de probat. con. l. 1. nu. 62.*

Verum hic difficilis occurrit nodus: manifeste in inuestitura lsignata exprimitur, quod Conradus post refutationem factam Carolo V. pro consensu in alienationem supplicarit. Posito enim, quod feudum hoc, certo suo priuilegio alienabile fuerit, per conuentionem tamen, tam expressam videtur eam qualitatem amisisse. Nam
 100 quoad quicquid quis priuilegio, ꝑ quod in faciendo consistit, contrauenit, videtur renunciare ei, & consequenter, illud amittere, *Fel. in c. cum accessissent. numero vigesimo octauo de constit. Et quilibet ꝑ sibi beneficio competenti etiam tacite renunciare potest. l. pen. C. de pact.*

102 Sed considerandum est primo, Hoc feudum ꝑ in Vlrìcum & Conradum fratres, cum qualitate alienabilitatis vere transtulisse, idque per alienationis
 103 Actum: Impossibile enim ꝑ fuerat, Actum alienationis, qui hanc qualitatem feudo induxit, potuisse eandem destruere, sed verius & multo efficacius eam confirmauit, per regulam: Quod inducta ꝑ ad vnum effectum, non possunt contrarium operari *leg. legata inutiliter. de alien. legat.* Et
 104 inducta ꝑ ad augmentationem, non possunt imminutionem producere. *Wesemb. consilio 85. numero desimo, part. secunda.* Cum hac quoque

qualitate Imperator Maximilianus vtrumque ante inuestierat, de quo *infra.* Quod cum ita sit, sequitur, quod quodammodo consensus impetratio, Conrado necessaria non fuit: Ita quoque obtenta, nullam vim habuit, & consequenter, etiam priorem feudi naturam vitare non potuit, c. *non præstat. de Reg. iur. in 6.*

Deinde, quoties quis non cogitatione necessitatis, ꝑ sed suo arbitrio, & libere, priuilegio contrauenit, priuilegio non obest, *l. voluntarie. C. de excus. iur.* Verisimile autem non est, ꝑ quod Conradus facultatem alienandi, si modo petijt, aliter, quam ex vrbantate & ciuilitate fecerit. cū necessitate nulla compelli ad id potuerit. Feudum quoque ꝑ merum beneficium non est, sed verius contractus, *Wesemb. de feud. cap. 1. n. 2.* Quem admodum igitur contractus ꝑ consensu coeunt: ita non nisi dissensu vtriusque partis dissoluuntur, *§. naturaliter. Instit. quib. mod. toll. oblig.* Vnde sequitur: quemadmodum ex Domini tacita, & vassalorum voluntate, qualitas alienabilitatis feudo nostro accreuit: Ita non nisi vtriusque voluntate contraria ab eo separari potuit. Et licet de domini voluntate aliquo modo constare videtur, tamen de Conradi consensu nihil eiusmodi affirmare possumus: cum forte inuestituras non viderit: vtpote quas Eberhardus, Vlrìci filium, recepisse, ex præstatione fidelitatis ab illo factæ, sit probabile. Et, maxime feudo præiudicare voluerit: Tamen postquam iam ante per traditionem, omne suum ius, in fratrem Vlrìcum transtulerat quoad partem illam, tanquam de re aliena, nihil quicquam amplius disponere potuit *l. fin. C. de pact.* Quoad Vlrìcum vero, nullo modo Caroli V. inuestitura illi nocere potuit. Is enim, quoad suam partem, ius ex alia priore, Maximiliani videlicet inuestitura, quæsum habuit. Et quoad partem fratris, ex contractu illam, cum adhærente qualitate, per traditionem scilicet, erat consecutus. Vnde per nouam subsequenter inuestituram, iuri, ipsi totaliter in feudo iam competenti, Imperator derogare non potuit: cum in hanc derogationem expresse Vlrìcum consensisse foret, veluti post plenius. Suspicio quoque est: feudum, ad exemplum præcedentis alienationis, fuisse tantum refutatam. In cancellaria tamen Imperatoris, ipso etiam Imperatore incio, refutationis clausulam postulati consensus callide subiectam: Idque ab Eberhardo, inuestituram nomine patris petente, non animaduersum, eum enim iuuenem tunc fuisse, ex eo metior, quod post quinquaginta Annos superuixit. Auget hanc suspicionem, quod clausula postulati consensus, naturæ priorum alienationum repugnat. Insolentia autem harum clausularum doli suspicionem inducit *gl. l. cum sub condit. de cond. inst.* Idque per manus traditum dicit *Zaf. consilio 10 num. 12. volu. 2. & ad probandam ꝑ calliditatem, suspensiones & indicia sufficiunt. l. dolum in verb. indicij §. C. de dolo ma-*

10. Menoch. remed. 3. retin. possess. numero 617. Grauet. conf. 142. numero 12. Cæterum cum Dominus factum suorum ministrorum præstare teneatur, si in officio, in quo Dominus eorum opera vitur, deliquerunt, l. 1. §. familia. de public. eamque communem esse Dd. ibi opinionem Gail. dicit, lib. secundo, obseru. 21. numero 6. Ex calliditate ꝛ cancellariæ Imperator merito lucrum sentire nõ debet: maxime cum in principe bona fides exuberare debeat, Bartol. l. prohibere. §. hortulani. quod vi aut clam.

111 Loffred. consilio 38. numero 22. in feudalib. Et ꝛ omnes cum principe initi contractus, censentur bonæ fidei, Bald. de pace constant. dict. §. si quis vero. numero primo. Et si qua in bonæ fidei contractibus, ꝛ calliditas ab initio obrepit, contractus est ipso iure nullus, l. 1. & eleganter. §. non solum de dolo malo. Gail. lib. 2. obser. 2.

His omnibus ita perpensis, perspicuum videtur, per clausulam impetrati consensus, inuestituræ insertam, nihil vitij huic alienationi attraham, sed eam pristina sua constare qualitate: Et cum eam nulla alia alienatio subsecuta. Concludit, feudum nostrum, etiamnum in personis A. Aricum, esse alienabile, & per consequens, fœmininum.

Secundo, ex iam demonstrata alienabilitatis qualitate, etiam colligitur: Feudum, ꝛ quoad eam qualitatem, esse improprium, Paris. consil. 23. num. 40. vol. 1. Proprij enim feudi natura est, vt sine consensu domini non possit alienari, Sonsbek. part. 5. n. 3. Hinc porro illud efficitur, vocabulum Leibs Erben (cuius in inuestitura Caroli IV. & Friderici III. mentio fit) ad fœminas etiam recte adaptari. Quamuis enim ꝛ regulariter hæredes in materia feudali, masculos designet, limitationem tamen hoc admittit in feudo improprio, Socin. conf. 257. nu. 7. vol. 2. Idem sentiunt alij plures, quos con-

115 gessit Paris. consil. 4. num. 35. 36. vol. 1. Vbi de feudo proprio sic inquit: Quod si inuestitura dicit, ꝛ pro se & descendentibus: tale feudum dicitur generis, & in illo non excluditur fœmina. Nostro casu confidentius id constituere possumus, cum ipsa qualitas, quæ feudum facit improprium, fœminas simul admittat.

Tertio, ex præcedentibus liquet: Si pro ratione nostri casus, sub verbis, Leibs Erben / fœminæ certo non comprehenduntur (quod tamen ego fieri statuo) tamen saltem hoc manifestum est, incertam & dubiam horum verborum esse significationem. In incertis autem ꝛ & dubijs, ad voluntatis confugimus quæstionem. l. ille aut ille. de legat. 3. Sed quod Imperator cõcedens, & Iohann. G. acquirens, etiam de fœminis hæc verba intellexerit, & ratio ipsius inuestituræ, à Carolo IV. factæ, & actus sequentes declarant Inuestitura sororem d. Io. pro se vnd ihre Erben / in nostro casu, woseren er ohne Leibs Erben abging / ad feudum vocat. inde indubitate sequitur, filiam sub verbis Leibs Erben / comprehensam. Dum enim soror cum hæredibus vocatur, certæ personæ de-

signantur, Idque cum sit per pactum, personas non transgreditur, & ideo ad filiam porrigi non potest. Ifern. in c. 1. de his qui feud. dare poss. Hammeton. lib. 2. c. 8. Pistor. lib. 2. part. 2. q. 35. num. 43. Ne igitur filiam vel à patre neglectam, vel sorori postquam ostitam, cõtra naturalem rationem, & iuris præsumptiones, dicamus, necessario sub verbo, Leibs Erben concludimus contineri.

Ad hoc obijcitur: si feudum fuisset fœmininum, Soror speciali gratia opus non habuisset? Respondetur ꝛ Forte d. Iohannes opinatus fuit, sororem semel à se exclusam, non potuisse succedere: quæ interpretum sententia tunc temporis fuit communior: Et ideo speciali gratia, regressum ad feudum sorori impetrare voluit. Hæc vero ratio in filia cessauit, eamque iure feudi, ex verbis inuestituræ dispositiuis, satis munitam existimauit. Deinde sequela facti, sensu inuestituræ omnium rectissime demonstrat: dum Fridericus III. Annam pro se & Leibs Erben inuestit: quod sine singulari paternæ inuestituræ excussione non potuit. Quod enim feudum petijt, & quidem tale, quod hæreditario iure ad agnatum, pro parte ad se deuolutum, exposuit: quæ duo moribus feudorum repugnant. Credibile est, quod sine probatione harum duarum impropriarum & degenerantium qualitatum non fuit inuestita. Nam ei, ꝛ qui impropriam feudi qualitatem allegat, omnino probatio incumbit c. 1. præterea. quid sit inuestit. Zas. part. vlt. nu. 2. Hammeton. li. 4. c. fin. Sonsbek. par. 4. nu. 4. Deinde in feudis ꝛ nobilium, præsertim masculinis, qualitas ea plerunque sic excuti solet: Leihen ihm vnd seinen Leihens Erben / zu Rechte Mannlehen / vel im vnd seinen Leihens Erben: idq; testatur Zas. n. 12. conf. 2. lib. 1. Cui, tanquam Doctori Germano, de stylo in Germania frequentato, hoc asserenti, credendum est. Myns. obs. 96. cent. 5. Gabr. lib. 1. concl. 4. nu. 2.

Concessio itaque pro Leibs Erben / ꝛ cum contra solitum stylum sit, non aliter, quam ex inspectione prioris inuestituræ, & ad denotandam fœmininam successionem facta intelligitur. Præterea in Cancellarijs ꝛ is mos seruatur, vt raro inuestitura, quæ non simul exhibetur, renouari soleat. Inuestituram quoque Caroli IV. Annæ patri factam, Friderico tertio vere oblatam, non obscurum inde est, quod Anno proxime præcedente, ipsa & eius maritus, in iudicio prouinciali ipsius Imperatoris, exemplum huius inuestituræ, publicè transsumi fecerunt, eaque res simul vitium sub & obreptionis amouet. Requisitio enim iudicis, ꝛ actus publice celebratus, omnem doli suspicionem excludit dict. l. pacta nouissima. ibi Ias.

Ad hæc notandum Fridericum tertium hæc feuda concedere, wissentlich; eaq; clausula omne subreptionis vitium tollit, Gozad. conf. 62. num. 6. Facit item hæc clausula, ꝛ quod Princeps dicitur plene informatus: Alex. consilio 15. numero 3. lib. 6. Atque hoc stante, commoda interpre-

tatio inuestituræ (So von ihrem Vatter vnd
Vattern an sie kommen) quam reus tantopere
exagitat, haberi potest : Nimirum, si dicamus
de parte patris, verissimum hoc esse, idque satis
fuisse, & hoc verborum compendio, in re certa
cancellariam fuisse contentam : vel, si in parte
Hermannii verbum *Erblich* interpretemur pro-
prietariè, quod ab vsu germanicæ linguæ non
abhorret, & Saxones, quorum lingua superiori-
bus seculis in Germania fuit frequentior, res im-
mobiles proprias, *Erb* appellant.

127 Hæredis quoque appellatio † pro domino
accipitur, *Vigl. de hered. qual. & diff.* Partem quoque

128 feudi Anna ab Hermanno tantum consecuta est,
vt supra. Et verba, *an sie kommen*, † successione
non arguunt, cum per modum contractus do-
minia transferant.

129 Vox etiã, *Seeligen* / † recte vsurpata fuit tem-
pore venditionis Hermannii : quam tamen illo
tempore, quo emerat, tanquam de viuento a-
gnata non recte vsurpasset. Inique igitur Reus
sub & obreptionis labe d. venditionem aspergit:
quin idem frustra molitur in inuestitura E. vbi
intelligi dicit, Henricum à N. feudum tenuisse
cum qualitate substituti, cum qua qualitate idem
Fridericus Imperator, patri illius ante concesser-
at, nec derogasset hoc filijs, etiamsi hoc liquido

130 in precibus exposuisset. Subreptio autem in nul-
la est, † cum quis tacet, quod expressum non no-
cuisset, *GoZ ad. conf. 1. n. 10.* Atque hæc de obiectis
Exceptionibus simul hoc mouere visum est : Et
ad rationem propositi argumenti quod attinet :
quia filij in Caroli IV. inuestitura, sub verb. *Seib*
Erbten / vocata censentur, eamque præcedenti-
bus & prioribus inuestituris amissis similem, iu-
ra præsumant, dubium non est, ab initio fœmi-
nas huius feudi capaces fuisse.

Quarto, ex litteris venditionis, C. signatis ap-
paret, Hermannum hoc eudum Annæ eiusque
marito vendidisse, ad tenendum possidendum,
als ihr eygenthumblich Gut / id est, vt ego accipio,
tanquam rem allodialem. Deinde Imperator
Frideric in inuest. B. inuestit eam, *damit das Erb-
lich an sich gefallen*, In quibus tria sunt confide-
randa. Primo : † Quod Hermannus vendit An-
næ, quamuis illa successura non apparet. Secun-
do, † Quod fœmina acquirit & inuestitur. Terti-
o, † quod hæreditario iure acquirit & inuesti-
tur. Vnde effici videtur, feudum hoc pro more,
absolute & simpliciter hæreditario † habendum,
prout est, quod pro se & quibuscunque hæredi-
bus est concessum. *Curr. p. 4. n. 30. 41. Bursar. conf. 22.*

131 n. 8. lib. 1. Tale enim feudum † transit non solum
in extraneos hæredes, verum etiam in singulares
successores. *Bursar. di. iam conf. vbi hanc opinionem
dicit magis communem.* Deinde etiam ad fœ-
minas & eorum descendentes transit. *GoZ ad. conf.*

132 8. n. 25. *Gab. lib. 6. tit. de verb. signif. conclus. 4 n. 5.* Eam-
que opinionem veriorè & crebriorem dicit *Molin.*

133 in *addit. ad Alexand. conf. 30. in verb. quibuscunque lib. 1.*
Fœmininum itaq; nostrum esse, iterum affirmando.

Possent plura alia pro hac affirmatiua parte
dici argumenta : Sed cum talia sint, quæ magis à
consulente, quam decidente, propter lubricita-
tem ponderari debent : in iis, quæ posui, acqwie-
sco & ex eorù firmitate, quam meo iudicio cer-
tam confido, pro Actricibus concludo, earumq;
intentionem probatam : Quodque ea per argu-
menta in contrarium, elisa non sit, ex eorundem
solutionibus iam apparebit.

Non obstat primum, quia Masculi etiam fœ-
minina feuda tenere possunt, nec tamè propter
qualitatem fœmineam deponunt. Ex inuestitu-
ra quoq; rei facta, paternum quidem probatur,
non tamè masculinum : Et à consulente dictio ma-
sculinum, allegatis à *Ioan. Iacob. de Leonhard.* est adiecta.

Secundum argumentum præsumptionibus ni-
titur, earumq; nulla vis est, cum veris probatio-
nibus ex aduerso impugnetur.

Tertium : ad hoc est supra in Secunda ratione
Affirmatiua responsum.

Quartum debile est admodum, & fortius per
modum inuersionis retorqueri potest. Quibus
addatur, quod in terminis iuris † communis cor-
rectoriis sumus, in quib. ne quidem ex maiorida-
te vel identitate rationis, de casu ad casum, vel de
persona ad personam, fit extensio. *las. in auth. quas
Actiones. num. 17. 22. C. de SS. Eccles. Gail. lib. 2. obser.
138. num. 6. 7.*

Quintum, ibi falsum est præsuppositum : par-
tem enim tantum feudi Hermannum à patre An-
næ ex contractu acquisiuisse, in prima ratione
affirmatiua demonstratum est.

Sextum, parum stringit : Improperia † enim
feuda tantum in ijs capitibus, in quibus à recta natu-
ra feudi degenerant, pro impropijs habentur :
in reliquis capitibus, non alteratis, rectam natu-
ram feudi seruant, & eo respectu etiam recta ap-
pellantur c. 1. *de feud. non hab. pro feud. nat. Dec. conf.*
*194. num. 5. Iul. Clar. in §. feudum. quost. 16. n. 2. Molin. in
cōsuet. Paris. tit. 1. §. 30. n. 100. Paris. conf. 23. n. 26. vol. 1.*

Septimi argumenti infirma est ratio : Quod e-
nim † fœminæ Iurisdictionem in feudo tenere
& exercere possint, in d. §. *fœminam*, tradit *Aluar. n.*
2. Afflict. n. 1. vbi & exempla adducit. Nostro quo-
que casu in Anna fuit obseruatum.

Octauum argumentum, tantum ab insuffi-
cienti † partium enumeratione, non cōcludit : ma-
gistrales sunt quidè ille fœminini feudi definitio-
nes, sed ex pluribus etiam alijs causis feuda ad
fœminas migrant.

Nonum : Ibi nulla est collectio, generaliter e-
nim † quoties masculi & fœminæ vocantur, or-
dine successiuo vocati intelliguntur, in concur-
su mares fœminis præferuntur, *cap. 1. §. filia vero. de
success. feud. cap. 1. §. quin etiam Episc.* Et in hac formu-
la dictio, † Et, contra naturam suam, non in vim

141 copulæ sed ordinis ponitur, *Fridericus Schenk. in d.*
§. quin etiam. numero primo, Zas. part. 8. numero 45.

142 Speciale est, † cum masculi cum fœminis vo-
cantur, tunc enim communiter admittuntur,
in quibus terminis non sumus : Sed quoad ordi-
dinem

143 dinem successionis, generales feudorum leges in nostro feudo sunt obseruatæ. Ex remotioe igitur speciei vnus, † remotio generis falso colligitur, *Euerhard. in Topic. in loco a specie ad genus, n. 1.*

Decimo argumento satisfactum est in tertiaratione affirmatiua, & per purgatam sub & obreptionis labem, contrarietatis quoque allegatio penitus collabitur.

144 Vndecimum argumentum procedit, † cum ad feudum fœminæ pacto vocantur. Tunc enim, si primo de eo masculus inuestitus fuerit, & deinde feudum ad fœminam descendat, ex qua fœminæ, & masculi generentur, eo casu non fœminæ, sed masculi succedere debent. Quia cum 145 ab initio † ita fuit obseruatum, sequens successio ex hoc principio etiam regulabitur, Atque hanc Dd. esse sententiam, ex allegatis Pistoris constat, Caterum nostro casu, nulli amplius masculi, 146 sed tantum fœminæ supersunt, ideo † dissimilia rectius separantur, quam coniunguntur, *leg. fin. de calumniator.*

Duodecimum, nihil necessario importat. Fœminæ enim † non minus, quam aliæ inhabiles personæ, cum ad feudum admittuntur seruitia per substitutum Domino præstare possunt. *v. nico. §. si minori. & §. si quis decesserit: ibi i fern. si de feud. def. content. inter. cap. Imperialem. §. firmiter. de prohib. feud. alien. per Frid. Bald. in tit. de benef. fœm.* Etenim 147 Dominus, † qui eiusmodi personas admittit, cum iis dispensasse dicitur, & hoc tacite videtur actum, vt per substitutum seruirent: *Bald. cap. 1. §. mutus feudum numero 4. Episcop. vel Abbat. Ita Anna per maritum seruitia præstitit: Et ex nostris Atrici- 148 cib. vna similiter per maritum, altera per alium, non minus idoneum seruitia recte implere poterit, Cacher. decisio. vigesima sexta, num. vigesimo. Paris. conf. 23. num. 35. volum. 1.*

Decimotertio: Propter non impetratum Barbaræ consensum, inepta qualitas fœminea negatur. Posito enim, quod potuerit alienationem impedire, tamen nulla necessitate ad id potuit compelli, cum illi licuerit, suo iuri renunciare: Imo in alienationibus feudorum, † taciturnitas, vel per lapsum vnus anni interueniens, scientibus agnatis, obest, & in perpetuum remouet. *cap. primo. §. Titius. si de feud. defunct.* Quod tamen accipiendum sic, vt tradit *Myns. obseru. 85. cent. 4. & Wurmbf. tit. de feud. obseru. 5.* Taceo, quod obstaculo etiam esse non potuerit, tum propter naturam feudi, quod alienabile fuit: tum quia 149 ipsa Monialis fuit, quod † genus hominum regulariter in feudis non succedit, & acquisitum, post votum religionis assumptum amittit. *c. primo, de feud. fœm. cap. 1. §. Clericus. si de feud. defunct. Myns. obseru. quadragesimo octaua, cent. 5. Cacher. decis. vigesima septima, per tot. Pistor. lib. secundo, part. secunda, quest. 33. per tot.* Quia etiam illi in feudo annuus redditus reseruatus est, de consensu frustra laboratur, quamuis non fuerit necessarius.

Decimoquarto: Hic tres casus, quibus feudum refutari solet, sunt distinguendi. † Vel enim

feudū omnino siue simpliciter, siue vlla conditione & protestatione refutatur: Vel refutatur ita, vt alius de re, tanquam de nouo feudo inuestiatur, vel vt alius, tanquam de eodem feudo inuestiatur.

152 Primo casu, † naturam prioris feudi non retinet in illius persona, qui hoc iterum acquirit. sed plane nouū efficitur, *c. 1. de eo qui fin. sec. ang. Matth. de Afflict. c. 1. num. 5. & 39. de Vassall. decrep. etat.*

153 Secundo casu † itidem in persona acquirentis, erit feudum nouum. *Aluar. in rubr. Imperat. Lothar. n. 4. Afflict. d. cap. 1. n. 4. 2.* Et hic casus assimilatur priori *in cap. 1. de eo qui fin. sec.*

154 Tertio casu, † feudum in acquirentem transit cum eadem qualitate & natura, quæ apud refutantem fuit. *dict. cap. primo, de Vassall. decrep. etat. Bald. Affl. num. 1. & 2. & Aluarot. num. 2.* Ratio: quia inter Dominum & vassallum refutantur & acquiruntur. Deinde dictio, † idem, eandem naturam & qualitatem significat, qualem habet antecedens, *cap. de multa, §. hoc idem, de præbend. Bald. capite primo, in princip. ibi Afflict. numero trigesimo octauo, de vassall. decrep. etat.*

156 Et surrogatio † assumit naturam pristinam, & succedit in locum eius, cui surrogatur, *Bald. num. 1. Affl. nu. 2. Aluar. num. 2. vt supra.*

Refutatio, quæ ab Eberhardo Imperatori facta est, non cum prioribus duobus casibus, sed cum tertio congruit. Quod ex sequentibus patet.

Primo enim non simpliciter refutatio facta est, sed vt emptores iterum inuestirentur.

Secundo: Imperator Maximilianus die aufssandte Stuck mit allen pertinētis, iterū cōcessit.

157 Tertio: Verba † mit ihren Rechten / qualitatem priorem liquido significant, & ne ad qualitatem quis hæc referat, partes seorsim exprimuntur, scilicet. *die obbestumpte Stuck mit / ic.* verbum autem, *Rechten /* abundaret, nisi de qualitate intelligeremus.

Quarto: In d. concessione commemoratio fit prioris inuestituræ in verbis, *So er mit ihren Rechten / ic. von vns vnd derin Hey. Reich zu ehen empfangen vnd innen gehabt.* Et cum commemoratio talis fit, raro feudum nouum dici potest. *Graues. de antiq. temp. part. 5. num. 36.*

Quinto: Eberhardus in ipsa alienatione literas inuestiturarum suæ lineæ, etiam nouis emptoribus tradidit, quod ipsum argumento est, quod simul omne ius, quod sibi in ijs competat, transferre voluerit, *l. i. C. de donat.* Ex his concludo cum controuersum feudum, apud Eberhardum, sua natura alienabile & fœmininum fuerit, cum hac qualitate in Vlicum & Cunradum Emptores transiisse, per rationes. *vt supra.*

Non aduerfatur, quod ex dispositione dicto cap. 1. de vassall. decrep. decisio tertij casus in eo fundatur, quod tunc, cum pater feudum refutat, vt filij inuestiantur, filij alias erant successuri: & prouidentia maiorum, feudum etiam viuo patre iam illis erat affectum, prout hanc rationem ponit dicto loco *Schenk. Baro & Cuiacius.* Et cura

hæc

158 hæc ratio † in extraneo acquiretore (qui noster casus est) cessat, merito quoque dispositio cessare debet, *l. quod factum, de pact.* Respon. Interpretes duas nostræ diuisionis potissimum rationes adferunt. † ex quibus potior est ea, quæ ex natura surrogationis sumitur, videlicet, quia nõ simpliciter refutatio fit, sed ita, vt alius vasallus in locum prioris surrogetur.

Deinde specialem istam, quam iam retuli, in filijs considerant, vtramque cumulat *Alpharot. n. 2. dict. tit. Baldus vero, Afflict. & alij*, priori contenti sunt, vtpote quæ generalis est, & ad plures casus accommodari potest. Et quamuis vtramq; admitterimus, tamen vna deficiente, non ob hoc dispositio deficiet: cum pro regula traditum sit: quoties in dispositione duæ sunt rationes, quarum vna cessat, alia superfit, tunc ratio cessans, non facit cessare dispositionem, §. *Affinitatis, Instit. de nupt. l. liberorum, de his qui notantur infam. Gail. libro secundo, obseruatione nonagesima quinta, numero duodecimo.* Et quod decisio tertij casus, in alijs etiam acquirentibus, quam filijs, locum habeat, apertum est ex dicto cap primo, de eo qui fin. sec. agn. vbi istorum trium casuum, quos posui, distinctio in agnatis esse consideratur.

Non obstant autoritates *Zafii & Kirchoyij*: quia si recte eorum consilia inspiciantur, loquuntur in secundo casu, & non de tertio. Atque ipse *Zafius* nostræ distinctioni inhærere videtur, in *Epit. part. 3. n. 1.* vbi inquit: *Etiamsi pater in manus Domini feudum resuter. vt filij inuestiantur, non cessabit propterea paternum esse.*

Et hæc vera sunt, siue feudum antiquum sit, siue paternum: nisi vasallus simpliciter renunciaisset: quia tunc interesset; ita *Zafius*. Cui etiam si demus, in dictis consilijs eum aliter sensisse, tamen hæc in tractatu, quam in consilijs verius sensit, & magis illi fidendum. *Socin. senior in cons. trigesimo quinto, num. secundo, volumine tertio, Gabr. lib. 1. titul. de test. conclusio. 4. num. octuagesimo septimo & nonagesimo secundo.* In legendo enim † magis cessat affectus & cupiditas æris, quam in consulendo. *Grauet. de antiq. temp. p. 1. §. propositum nostrum, num. quadragesimo octauo.* Deinde verba nostræ inuestituræ multo pleniora sunt, & pinguiora, quam ea, quæ *Zaf. in cons. 12. examinat.* Prætereo, qd & casus *d. consil. 12. 13.* cum nostro, nihil habent affinitatis.

Decimum quintum & decimum sextum, *Caroli V. inuestitura* suppedat. Circa quæ perpendendum feudum nostrum cum priore sua alienabilitatis & fœmineæ successionis natura, ab *Vlrico & Cunrado* vere acquisitum, & ab imperatore *Maximiliano* ita etiam vtrinque inuestitum, vt *supra*. Ius huius inuestituræ pro sua parte *Cunradus* post in *Vlricum* plene transtulit, & sic ex *d. Maximiliani* inuestitura, ius in toto feudo *Vlrico* quæsitum fuit, quod & illi, contra suam voluntatem, per aliam inuestituram auferri non potuit. Dominus enim † in renouatione inuestituræ primæuam concessionem obseruare debet, atque ita pro se & successoribus suis est ob-

ligatus, *cap. 1. & ibi Bald. de eo qui sibi, & c. Curt. part. 2. questio. 7. Paris. cons. 23. n. 62. volumine primo.* Et ideo, quando inuestituræ † à se inuicem discrepant, tenor primorum, non etiam posteriorum, inspicere & attendi debet, *Bald. dicto capite primo, de eo qui sibi & c. Myns. cons. 9. num. 8. Bursat. cons. 3. nu. 11. vol. 1.* Et per sequentem † primæ aliter derogari non potest, nisi expresse dicatur, de consensu Domini & vasalli derogationem f. Etiam: *Paul. de Castro. cons. 61. in fin. lib. 1. Dec. cons. 194. num. 3. ibi Bald. qui dicit: Quod fœminæ venire possint, vigore antiquæ inuestituræ, per quam vocabantur, non obstantibus posterioribus inuestituris, quæ solæ loquebantur de masculis, Cephal. cons. 12. n. 26. lib. 1. Bursat. cons. 722. num. 17. 18. 19. & cons. 85. num. 6. 7. lib. 1.* Ratio, meo iudicio, hæc est, quod feudum, contractum † sapiat, & ideo inter dominum & vasallum obligatorium c. 1. de feud. sine culp. non amittit. *Ifern. cap. 1. ex quib. caus. feud. amitt. Carol. Ruin. cons. 7. nu. 20. vol. 1.* Et ideo ad similitudinem aliorum contractuum, nulla in eo præsumitur nouatio facta nisi id expresse exprimat *leg. fin. C. de nouat.* Proinde, quia pactum de successionem *der Eberh. Erben/ in Caroli V. inuestitura*, primæuæ naturæ feudi, & prioribus inuestituris aduersatur, nec liquido constat, *Vlricum* in illud consensisse, pro non opposita habetur, & priores inuestituræ illi merito præponderant.

Non obstat, partem *Cunradi*, tanquam in feudo nouo à duobus fratribus comparatam, ad Imperatorem reuersam: Et quod is in noua illius concessionem, noua etiam pacta, tanquam de re sua, adijcere potuerit. Negatur, ad Imperatorem illam partem rediisse: Quia *Cunradus* per traditionem, in causa venditionis factam, in *Vlricum* omne ius suum statim transtulit, & sic rectius dicemus, huic parti, tanquam rei non suæ sed alienæ, *Carolum V.* legem nouam imponere nec potuisse, nec debuisse, *l. fin. C. de pact.*

Vltimum argumentum. Hic primo negatur, feudum per mortem *Eberhardi* ad fratrem *Fridericum* esse deuolutum: quia successor hæreditatis non fuit, quem tamen natura feudi hæreditarij, quale nostrum est, requirit, prout *supra*: Verius est, quia alienabile est, ad hæredes quouis, etiam extraneos, transitorium ad filias pertinuisse. Et quod in feudo alienabili *Agnatus*, in linea collateralis, non præferatur filia. *Brun. cons. 39. num. 6.* Iniuria igitur *d. Ioannes Fridericus*, defuncto *Eberhardo*, inuitis filiabus, possessionem feudi inuasit. Possessio autem † vitiosa nemini prodesse debet. *l. cum sponsus. §. si res. de publ. in rem act. leg. si duo. ibi Bartol. vti possid.* Neque foueri debet, ne detur materia delinquendi *Oldrad. cons. 1. num. 13.* Proinde frustra in illius persona quaerimus, an filias excluderit, cum nullam iustam possessionem vnquam habuerit. Sedposito, feudum ad eum pertinuisse, & iuste eum inuestitum, tamen rigorem Regulæ fœmina semel exclusæ, & c. æquitati & iuri feudorum repugnare, multi nostræ ætatis insignes Iurisperiti, bonis argumentis

mentis ostenderunt: Inter hos præcipui sunt ex Germanis Ioan. Fichard. ad commun. opin. Villalob. in verb. Filia. Franc. Sonsbek. part. 9. num. 13. Forster. de Succession. tit. Casus, quibus liberi à succession. par. pelluntur casu 1. declar. 1. fol. 106. Mynsing. obs. 74. cent. 5. Pist. lib. 2. part. 2. quæst. 36. per tot. vbi hanc quæstionem plene tractat, & omnia contraria argumenta simul, & responsiones Burcholden ad Sonsbekium diluit. Item Wesenb. de feud. cap. 6. num. 23. Ex Italis, Ioan. Baptist. Ferret. Vincentius consilio 106. in princ. Berous consilio 67. numero 43. Baptist. Villalob. in commun. opin. verb. filia. Iul. Clar. in §. feudum. Cephal. consilio 39. num. 34. & 46. ibi. 1. Is tamen videatur in illo casu, quo fœminæ, deficientibus masculis, vocantur Ex Gallis, Petr. Loriotus. tit. de his, qui feud. dar. poss. fol. 40. Roman. quem allegat Borcholt. cap. 7. numer. 37. Idem sentire videtur Cuiac. in d. §. quin etiam Episcop. vel Abbat.

Atque ex enumeratione hæc perspicuum quodammodo fit, si communem opinionem secundum ætates constituere velimus, vel saltem inter Germanos hoc tempore, communem d. regulam aduersarii, & in cõtrouersia inter fœminas & Dominum mota, Clarus dicit, hanc sententiam ipsissimam veritatem, & Fichard. humaniorem & æquiores, quamque aliquando consulendo sic fecutus. Vterque dict. loco. Et in Camera eam aliquando obtinuisse liquet ex Mynsing. dict. obseru. 74. cent. 5. Quæ alias ipsius, non Cameræ esset eamque videntur domini amplexi, in causa Baden contra Kronberg: Quæuis in illa causa fœminæ, in casum deficientium, erant vocatæ: Quod cum sit etiam opinio eorum, qui d. regulam adharēt, fœminæ, post factam exclusionem, si masculi tandem deficient, nihilominus admittuntur. Roman. consilio 1. in princ. Gozad. consilio 53. num. 11. Pistor. quæst. 36. num. 33. Cachar. decis. 23. numero 45. vbi dicit hoc de se clarum.

Sed ne anxie de hoc obice abolendo laboremus, & vt regulam propositam approbemus: tamen exceptionem patitur in terminis feudi improprii, vt hic Paris. consilio 23. numer. 55. volum. 1. Gozadin. consilio 9. numero 58. & c. Cacharan. d. decis. 26. num. 20. His ita deductis, vtcunque contrariis argumentis mihi videor satisfecisse, Ideo concludo: Feudum nostrum Imperatori non apertum, sed ad Actrices spectare, & Reum ad restitutionem omnium istorum, quæ actricibus abstulit, condemnandum.

De fructibus dubitatur, qui & à quo tempore adiudicandi? Cum enim filia cū Domino contendit, in possessione relinqui debet, donec causa finiatur cap. 1. §. defuncto milite. Si de feud. def. content. Idque in primis locum habet, cum filia in possessione reperitur. Menoch. remed. 4. adpisc. n. 377. Proinde Actrices nostræ ex feudi possessione, quam post Ioan. Friderici obitum, sine impedimento apprehenderant, & aliquandiu quiete tenuerant, iniuria videntur eiectæ. Neq; Reum excusate potest, quod Imperator per Comitem Furstenbergensem in possessionem illum duxerit, factum enim

hoc, & ad illius instantiam, quo casu factum Iudicis censetur factum partis. Tiraquell. de retract. gentil. §. 1. glossa 14. numero decimotertio. Et & occupatorem rei alienæ ne quidem rescriptum Principis à mala fide excusat, l. meminerint, Cod. vnde vi. Vnde efficitur, Reum nostrum ab initio fuisse malæ fidei possessorem, & sic ad omnes perceptos & percipiendos fructus teneri, leg. certum. Cod. de rei vendicat. leg. si vrbana, Codic. de condiction. indebit. Sed Imperatorem, & sub illius persona Reum, multa defendunt imprimis, quod Actrices iure inuestiturarum primarum, & exemplo Annæ, feudum ad se pertinere apud Imperatorem contenderunt. Quod tamen non ita fuit liquidum: Inalienabilitatis qualitate non videntur coram Imperatore sese fundasse, in quâ tamen ego summam causam collocatam existimo. Deinde Caroli Quinti inuestitura expresse fœminas remouet.

Accedit Ioan. Frideric. qui similiter Actrices iam excluderat. Et cum quæuis causa, & etiam facta, à dolo excuset, l. vnic. ibi Ias. si quis ius dicent. non obtemp. in mala fide vix Imperatorem & Reum, ab illo causam habentem, cõstituere possumus: maxime, cum Imperatori multa permissa sunt, quæ ab aliis non tolerantur. Et possessionis beneficio Actrices penitus renunciarunt, ac peritorium instituerunt. Cæterum cum litis contestatio Reum tandem in male fide constituerit, dicta lege, certum. Ab illo tempore tantum, ad fructuum restitutionem perceptorum, eum condemnandum puto: percipiendos refundere non tenetur is, qui ab initio cum titulo, saltem colorato, in bona fide fuit, post malæ fidei esse cœpit, leg. si fundum, C. de rei vendicat. ibi glossa & Bartol. Azo in summa; numero vigesimo tertio. gloss. in §. si quis à non Domino. ibi Mynsing. num. 10. & Schneidvv. n. 8. de rerum diuision. Et si domini mecum pro Actricibus concluderint, pertinentiarum punctum referri non erit necesse: cum inter partes omnis cõtrouersia super iis per hanc sententiam perimatur, nec quoad Imperatorem; quicquam pronunciare possumus, cum non sit in lite. Quia quoque causa dubia est, & pro vtraque parte validis argumentis suffulta, expensas merito compensamus.

Saluo.

D. N. Correferens, per omnia cū D. Referente.

D. N. cum Referentibus: quia in feudis semper in dubio est pro vasallis pronūciandum: in dubio iura plus fauent vasallis, quam domino.

D. N. cum Referentibus: quia in Sueuia, vt Zasius dicit in tractat. feud. cõsuetudo, vt fœminæ aliquando admittantur: Item, quia Conradus non necesse habuit cedere Vlrico; imo Vlricus alias successisset, quia speciale in feudis Imperatoris seculus in aliis inferioribus à Principe, vt Cæsaricula in consilio 19.

Sententia.

In der Compromiß Sächsen weylandi Eberhardis von Reischach hinderlassener Tochter in Actis benennet / Klägerin / eins / wider Carlm von Schwendi Beklagte / anders Theils / des Heiligen Reichs Lehen zu Linz

J

zu Linz

zu Einm bey Pfulerndorff gelegen / belangende / ist allem Fürbringen nach zu Recht erkennet / daß ermeldts Lehen sampt seinen Zugehörigē / gedachten Klägerinnen juständig sey / auch Beklagter davon abzutretten / vnd solches ihnen sampt den von Zeit an beschehener Kriegsbeneftigung auffgehobenen Nutzungen / wider einzuräumen vndd justustellen schuldig / als wir ihne darzu hiemit condemniren vnd verdammen / die Gerichts Kosten derowegen auffgelauffen compensirendt vnd vergleichendt.

V O T V M X.

In causa B. vnt Adr. Appellantis,

Contra

B. von Adr. Appellaten.

S Y M M A R I A.

- 1 In appellationis causa circumductionis termini nō habetur ratio.
- 2 Mora & negligentia ex impedimento pūchj iurati Camera interueniens, parti praiudicium creare nō solet.
- 3 Impedimentum, quod Iudicis causa prouenit, parti non obstat.
- 4 Officium boni Iudicis est, vt lites dirimat.
- 5 Notarius quod tantum Pontificius, cur hoc non considerandum.
- 6 Appellationes solummodo ex arbitrio Appellantis pendere solent.
- 7 Diuisio pagi in Wernickenhagen quæ, & quatuorplex.
- 8 Quæ actio hic intentanda.
- 9 Copia alicuius instrumenti, ipso originali nimirum non prolato, omni iure nulla fides adhibetur.
- 10 Domestici, sanguine & affinitate coniuncti, ad testimonium quando admittendi.
- 11 Originali deperdito, exemplaribus siue copiis rite exceptis, quando fides attribuitur.
- 12 Quot & quibus præsidijs Reus se obtenturum confidat.
- 13 Transactio hac vnde robur aliquod mutuetur.
- 14 Transactio mala fide & artibus machinata, doli exceptione aut replicatione facile euerti poterit.
- 15 Instrumentum supprimens aut amouens crimen falsi contrahit.
- 16 Probationes in crimine falsi luce meridiana clariores exiguntur.
- 17 Defensio Rei in hoc casu quæ, & n. 18.
- 19 Non contradicens, sua taciturnitate videtur confiteri.
- 20 Sententia due sequuntur, & n. 21.
- 22 Actor sibi imputet, quod diligentiori aut peritiori causam non commiserit.
- 23 Sententia, instrumento post reperto, de nouo præsidio, retractari nequit.
- 24 Pro sententia, seruato iuris ordine lata, recte presumitur.
- 25 Quæstio, vtrum prætenu lesionis, etiã dimidium excedentis rescindatur, summa inter interpretes est dissensio: Sed negatiua solidioribus suffulta est argumentis n. 26.

27 Venditores à se vendita pagi medietati, quas libuit, leges imponere potuerunt.

28 Instrumentorum de nouo repperorū occasione, ex clausula. Si qua mihi iusta contra rem iudicatam restitutio competit.

29 Procuratoris negligentia nocet Domino.

30 Negligentia nomine suspectis, aduersus sententiam per fugium denegari solet.

31 Quis in re propria iure suo vsus, alteram turbasse dici nequit.

Circa formalia due difficultates occurrunt. Primo, termini circumductio. Secūdo, causa desertio Quoad primum. In appellationis causa ꝑ circumductionis termini non haberi rationem, ideo absque noua citatione posse procedi. *Myns. obs. 63. cent. 3. Gail. lib. 1. obs. 59. n. 9.*

Quoad desertionem: Impedimētum per nunciū iuratum ꝑ Camerę interuenisse, cuius mora & negligentia parti praiudicium creare non solet. vt & impedimētum, ꝑ quod Iudicis causa prouenit. *Auth. idem si de tempor. Appell. Franc. in c. ex ratione. numer. 14. de appellat. Myns. obs. 98. cent. 5. Nec eo casu in Camera restitutione opus esse, Myns. obs. 62. cent. 3.* At hic pars nullum locum diligentie reliquit. Et est sententia hic confirmanda: Ideoq; prætermissa desertione, in causa principali posse nos pronunciate, *Myns. d. obser. 59. & 60. Gail. obser. 137.* Et boni iudicis ꝑ officium est, vt lites dirimat. *l. qui. dam. si cert. per. præsertim in summo hoc confistorio, vt in causa Gramon contra Doberthin.*

Procuratoria iusta, non opus esse, vt aliquis nomine Paulus von Ad. des vmmündigen Vormündten / se legitimet, cum is nunquam sit citatus, nec in lite fuerit.

Nullitas nulla, nisi quod Notarius, coram quo appellatum est, tantum pontificius ꝑ sed hoc non considerandum: quia mutua fit vice, vt aliquādo Imperator in ditione Papæ, & econtra creatur, allegat Rolandin. Bonon. in arte notariatus. tit. de caus. & qui possit Notar. facere. Et quanquam in vtraque ditione pars exerceri possit, *l. non cogendum. §. fin. de procur. l. hæc stipulatio. §. si. ibi gl. vt legat. nom. caueatur.* tamen cum sine discrimine locorum tales exercere munus possunt. *Spec. de instrum. edit. §. restat. §. quid de his. Miles reperi. verb. instrumentum Gab. lib. 1. de fid. instrum. concl. 1. n. 5.* Non putat, multis opus hic disputare. Verum quidem est, quod *Abb. in cap. cum P. Tabellio. de fide instrum. vbi Felin. num. 17.* vult, partium hic consensum exigi. Attamen qui contra Abbatissententiam nituntur, non esse eo infirmiores, præterquam quod *Felin. d. n. 17. id coarctat.* Et appellationes ꝑ solummodo ex arbitrio Appellantis pendere, allegat *Auth. de Tabell. §. 1. in verb. in iungitur col. 5. Felin. vt supra.* Et facit, vt in præiudicio, *Kramon contra Doberthin. 26. Iunii Anno 61. Actor dat libellū appellationis, Anno 1562. 7. Aprilis lis contestatur. 21. Martii Anno 76. iuratur de calumnia. Deinde concluditur.*

Causa subobscura, vtque lucem rei aspergamus pagū in Wernickenhagen ꝑ in duas medietas: 7

tcs de

tes de quarum priore, quam Hermann vnd Conrad Bevetern/Nicolao, Ioanni & Wolfgango olim vendiderūt, & eorundem posteritate, Actore nimirum & Reo nostris, hodierno adhuc die possidetur, quæstio non est, alteram, quam videtur Nicolaus ab Adr. cum filia N. (cui ex familia Eelligent oriunda mater fuit) nuptiis consecutus & ab eiusdem posteris, Ottone scilicet ab Ad. hic Reo, eiusque consortibus occupatur: Cuius Ioachim ab Ad. Actor, partem dimidiam, quæ totius pagi quartam constituerit, sibi velit asserere, omnis hic disceptatio versetur partiendum commode præmitteremus. Porro ad actionem vt transcuramus, rei † vendicationem intentari, tam ex libelli narratis, quam petitione subiecta, fit manifestū. Annectitur & communi diuidendo iudicium. Sed præmatore & intempestiue intenditur. Ad euentum itaque, quo superior in casu Actor extiterit, iudicium illud reiiciemus. Casu vero, quo transactione inter partes erecta, aut sententia aduersus Actorem olim lata, quæ in rem iudicatam abierit, proposita actio possit eneruari aut elidi, per in integrū restitutionis beneficium, ex clausula saltem generali. Si qua iusta causa mihi videbitur, iudicis officium ab Actore imploratur. Actio in factum, ex interdicto vti possidetis, qua, ne Reus in possessione vel quasi, seiner Behöschung vinnē Felder se turbet, Actor conrendit, assumitur.

An actiones probatae?

Et quidem ad rei vendicationem: eam ex literis, am Sonnabend post ascensionis Anno 1456. expeditis: quibus Herman vnd Cunrad die Seligen von Volgen: quorum maiores liberalitate Ioannis Herzog zu W. pagum Bernickenhagen/ Anno 1373. erant assecuti, vt documento Actorum folio septuagesimo quarto verso transcripto perscrutemur, mit ihren Erben Seligen von Volgen/nach Raht ihrer Freund vnd Erben/Nicolao, Iohāni & Wolfgango ab A. eorumq; heredibus, dett halben Bernickenhagen/ cum suis pertinētis vendunt, mit allem Anfall / das ihnen vnd ihren Erben ansterben vnd anerben mag/ Actor metiri conatur. Et quando quidem in hac medietatis pagi venditione sit conuētum, vt si ex eodem pago in posterum aliquid venditorum hæredibus (quorum ex numero Zepelini filia, quæ alteram medietatem pagi Nicolao in dotem attulerat, Actor esse autumat) successioni hereditariæ adiiceretur, pariter venditum censeretur, partem dimidiam in medietate pagi matrimonio filia Zepelini Nicolao ab A. acquisita, velle videtur vendicare: Illarū autem literarum copia, authentica quidem, sed quæ ex alia quadam copia sit descripta, Actorum folio sexagesimo septimo verso inseritur. Cui folio 69. alia, am Mittwoch nach S. Philippi vnd Jacobi Anno 58. emanata: quibus Henricus, Dux Megapolit. prædictam venditionem Ioanni & Wolfgango ab A. (Nicolai vero, vi venditionis instrumento est comprehensus, etiam nō meminit) factam, ratam habēs, mit dem halben Dorff belohnet/

in authentica forma literæ subiunguntur. Cæterum venditionis ipsarum pagi dimidiæ literarum, de Anno 1456. quibus Actor nititur, copia tantūmodo est in manibus, cui fides † nullo iure adhibetur, ipso nimirum originali non prolato, cap. i. de fid. instr. l. 2. D. eod. authentic. si quis in aliquo, cum notariis C. de eden. Couar. pract. quæst. 21. n. 1. ad fin. Nisi præter adminiculum, quod ex allegatis iam literis, Anno 1458. deinde subsecutus, quibus Dux Megapolit. venditioni consensum accommodans, medietatem pagi Emptoribus ab A. in feudum rursus cōcedit, præsumitur, faciunt quæ Bellamer. decis. 58. & Couar. d. c. 21. n. 2. ad fin. se copiam illam vidisse legique audiuisse, primus, secundus, tertius, quartus, testes, ad tertium articulum, eiusq; interrogatorium, in Rotulo, lit. A. signato, producti, deponerent: adhæc, eidem copiarum Reum, eiusque fratrem Paulum nūquam reclamasse, quinimo eidem acquiescisse, eamq; pro fide digna agnouisse, testibus 1. 2. 4. 5. ad decimum tertium articulum, eiusq; interrogatorium, in d. Rotulo receptis, euinceretur. Verum quidem est, hos testes, vt ad sextum interrogatorium farentur, solo quinto, qui tamen ad septimum interrogatorium generale deponit. Et hab in dieser Sachen gerathen, etc. excepto, domesticos esse, aut sanguine, aut affinitate coniunctos: id est: oq; minus idoneos censendos, l. testes, l. nullus, l. pen. de testib. l. 2. l. parentes, C. eod. multis autoritatibus confirmat Gabr. lib. 1. tit. de test. concl. 13. num. 1. concl. 15. n. 7. & conclusion. 17. n. 1. Quod tamē eam recipi interpretationem, vt eius generis testes, † si res aut negotium incidat, quod iis magis notum, exploratumq; esset, quam externis, sit verisimile, ad testimonium, tanquam integri, admittantur, Bald. in dict. al. parentes. Gabr. dicta conclusion. 13. n. 17. At adducti iam testes, de eo, quod ex Reo, eiusque fratre Paulo, in conuēntu amicorum & consanguineorum (quorum in numero & ipsi fuerint) ad componendas harum partium controuersias, cōuocato audierint, intellexerintq; testimonium perhibent, ad quæ sane externi rarius solent adhiberi. Quid, quod deperdito originali, † vt in quo verifamur casu, exemplaribus rite exceptis (quale illud, quod penes Actorem etiamnum asseruatur, esse, Notarii cum originali hoc conuenire attestantis, subscriptio conuincit) fides solet attribui. Couarru. d. c. 21. n. 4. Quæ quidem ad intentatam actionem probandam pertinere videntur.

An vero elisa.

Quod duobus potissimum præsidis † Reus se obren. urum confidet: quorum alterum ex transactionibus, alterum ex sententiis rei iudicatæ, auctoritate corroborantis depromit. Quantum itaque ad transactionem, eam Reus negat, quæ inter Henricum ab A. & Wolfgangum ab A. Actoris parentem, cōsanguineos, Anno 30. communi amicorum & consanguineorum precibus & interuēru, auditis cumulate querimoniis, & vniuersaque accedente consensu, mature ini. a. à Theodorico Molzan seniori, vno ex arbitris, calamo fuit excepta, & in mundum redacta, quæ, vt Hen-

ricus ab A. (qui Rei pater) eiusque heredes, vñ ver-
hindert von Wolff von A. (qui Actoris patens) vñ
sein Erben/bey dem Cur Wernechagen (medietate
nimirum à Zepelina profecta, vt tunc temporis i-
bidem, ita hic nunc litigiosam) bleiben soll/dessen
geniesen vñ nach seiner vñverhinderten vñ verjår-
ten Besetzung/quam Henrico Wolfgangus ge-
ständig gewesen (præscriptam absque interruptio-
ne possessionem Henrico aduersarii confessione
attributam) sich dessen gebrauchen/als je vñ je sein
Vatter vñ Augustin gehabt vñ gebraucht haben/
diserte conuentum: adiecto, das es bey solcher Ver-
einigung vñvbiderrüfflich bleiben soll/welches gemeldte
Geuettern einer dem andern bey Ehren vñ Treuwen/
auch dem Wort der Wahrheit (quæ inter nobiles iu-
ramenti vicem obtinent) zu halten zugesagt. Arbi-
tri quatuor numero, vna cum Henrico & Wolff-
gango, sigilla, zu stäter vñ vñvbiderrüfflichen Hal-
tung recessui impresserunt. Quæ quidem trans-
13 Actio † ex alia iam ante, Anno 25, inter harum par-
tium maiores identidem composita, robur etiam
aliquod mutuatur. Sed has transactiones Actor
eo nomine impugnat, quod cum Wolff. eiusque
patens, eadem cum Henrico Rei patete contra-
heret, documenta quibus de suo Wolfgangus iu-
re instrui potuisset, tunc temporis tacuerint, ea-
que demum postea sunt reperta, eique commu-
nicata. Quod quidem ad rescindendâ transactio-
nem non sufficeret, l. sub prætextu l. 2. vbi Dd. C. de
transact. Rol. à Valle conf. 28. n. 12. vol. 4. & Albert. Leonin-
us conf. 2. n. 1. Sed documenta illa à Nicolao, Rei au-
o, ex communi arca ablata, & fuisse subtracta A-
ctor præterea adiecit. Vnde sane cum mala fides
14 argueretur, iisq; machinata artibus † transactio,
doli exceptione aut replicatione facile euertere-
tur, dicta l. sub prætextu. Albert. Leonin. dicto consilio deci-
mo quinto. Num idonee ab Actore illud sit edoctû,
erit dispiciendum. In primo itaque Rotulo, in a-
ctis fol. 11. primus testis, sexaginta annorum, Rei vi-
cinus, ad nonum positionalem, quo instrumenta
aut documenta à Nicolao amota asseritur, se ne-
scire, das Claus von A. solches sollte gethan haben/
sondern ihme von weyland Hans vñ Wolff zugemes-
sen sey. Ex iisdem se audiuisse, ad primum & secun-
dum articulum interrogatorium respondet Ter-
tius testis quadraginta annorum, Reo verwandt/
ad dictum nonum positionalem: quod à Wolff-
gango eiusq; filio, nostro Actore aliisq; vt Chri-
stoph. &c. zu vielen maln gehört/das Iohanni von A.
patri Wolfgangi & Actoris, Auo Henrici von A.
Iohâne inscio, etliche Brieff/ vñ der articulier Brieff
von der Altenburg soll weg genommen seyn. Quar-
tus testis, sexaginta annorum, rusticus, ad eundem
positionalem, à Wolfgango, dicit audiuisse, quod
suo patri Iohanni, à quodam ab A. wiße nit wami/
ein Brieff oder mehr/wiße es auch nit eygentlich/auf
der Kisten soll genommen seyn: vnde hæc lis sit orta.

Porro in positionalibus, ad quos Rotuli litera
A. testes examinati, controuersi documententi amif-
sio seu amotio, nõ Nicolao, vt in præcedentis Ro-
tuli nono positionali, sed Paulo ab A. Nicolai ne-

poti, & Rei fratri, aut subobscure ipsi Reo impu-
tari videtur. Quod tamen minime, sed illud solû
documentum in Pauli, eiusq; fratrum ædibus de-
positum, vtraque spectante parte, recõditum, cui
etiam aræ suas singulas seras appenderint: eadẽ
tamen postmodum referata, documentum non
fuisse inuentum, testes deponunt, inde in Rei æ-
dibus depositû innuentes: vt hosce testes propter
dissentium, variationemque & pugnam illis mo-
do Nicolaum, modo Henricum, hisce Paulum,
eiusque fratrem, Reum nostrum nominantibus
aut perstringentibus. Item quia domestici, (si pau-
cos excipias) & de auditu tantummodo, ex ipso
Actore, eiusque parente hausto, attestantes. Exi-
guam fidẽ conciliare, omittam dolum, quem A-
ctor in relatis transactionibus intercessisse contẽ-
dit, diserte, & ad eam, qua par esset, amissim, l. quo-
ties, §. qui dolo, de probation. planû non faciunt. Quid-
quod, cum, qui instrumentum aut † supprimit
15 aut amouet, crimen falsi contrahat glossa in l. si quis
affirmarit, §. primo, gloss. final. ad fin. de dolo. & gloss. in l.
eum qui vbi Bald. Salicet. Felin. Codic. de fals. Boer. decisio-
ne 292. num. 1. probationes † luce meridiana clario
16 res hic merito exigemus, l. finali. glossa prima, de pro-
bation. Præterquam, quod verisimilitudo non le-
uis Reum tueatur. Nam in Verweiff Articulu † Ro
17 tulo litera A. infertis, quod cum descriptum ex iâ
deperdito Rauffbrieff exemplar, cum originali à
Notario debite esset collatum, originale in arcâ,
cui tam ipse Actor, quam Paulus, Rei vterq; fra-
ter suam vterque seram applicauerit, fuisse iterum
repositum, vlla absque circuitione, Actor ipse re-
censet, & multorum etiam testimoniis est deinde
affirmatum.

Præterea, † das befunden durch vier redliche vñ
18 Adel so den Kasten mit steiß besichtigt, das er vñver-
seht allenthalben gewesen/in Exceptionibus A-
ctorum folio quarto, §. da man aber/2c. aperte, mini-
meque dissimulatè Reus narrat, & Actor in Re-
plicas, Actorum folio 106.

Deinde subiectis, aut vlllo loco (quod quidem
memoria teneam) non cõtradicens, sua † videtur
19 taciturnitate confiteri, c. qui tacet, de reg. iur. in 6.

Quamobrem itaque omni, non solum dolo,
sed & culpâ, Reum, eiusque fratrem Paulum va-
care, iuris fretos præsumptione, argument. l. merito,
pro socio, nobis omnino persuademus, in cõuulsa,
impugnata subsistunt transactiones, quibus Re-
us se primo fundat.

Succedunt secundo sententiæ, † quarum prio-
20 ri (quæ potius arbitrii, aut amicabilis compositio-
nis formam præ se ferre videtur) cum Wolfgangus
Actoris pater, eodem (vt opinor) quo nunc A-
ctor, subnixus instrumẽto, aduersus Paulum, Rei
fratrem eorumve parentem, Henricum, causam
hanc refricasset, à Duce Megapolitano, adhibita
causæ cognitione, discussas superius dictas trans-
actiones: an scilicet Anno 1525. & 1530. amicorum
interuentu solẽniter fabricata, alles einhellig nach-
maln gehalten vñ deselben gefolgt werden soll/ depu-
tatis pro executione Commissariis, Dienstag nach
Luciæ,

Luciz, Anno 1545. pronunciat, vt Actorum fol. 80. Verum nihilominus reluctaretur Actor, binis Ducum, vnus ad Commissarios, alteris ad ipsum Actorem, Anno, &c. 45. datis literis, vt repetitis sæpe transactionibus, ipsorum Ducum Anno 45. præcedenti calculo approbatis, morem gerat, eisque morem gerat cum effectu, serio admonetur, vt fol. Actor. 78. & 79. Quibus cum nondum Actor acquiescens, litem coram Ducibus iteratò renouasset, daß nachmaln bey den An n. 25. 30. transactionibus, vnd ein jeder bey dem was in denselben begriffen / billich bleiben soll / nominatis rursus ad faciendam executionem Commissariis, ꝛ am Freytag nach Elisabeth Ann. 51. sententia sua secundo declarant. Quibus sententiis, quæ nulla suspensa appellatione, rei iudicatæ authoritatem iam dudum peperere, nescio qua fronte Actor refragetur.

Nam quod positionalium articulo decimoquinto in procuratorem suum culpam deriuat, vnd daß ille die gerichtliche Notturfft nit fürbracht / conqueratur, licet non probat. Quam quod primus testis ad dictum decimumquintum articulum, eiusque interrogatorium, ex ipso Actore, quod procurator, daß er Actor der Siegel vnd Brieff Copey soll eynlegen / nit gestatten wöllen / vnd er darumb verfolgt worden / exponat; cui subsequens testis, Georg von Aldenburg ad eundem articulum satis respondet. Sed vt ita res se haberet, ꝛ ꝑ non diligentiori aut peritiori causam commiserit, sibi merito Actor imputabit, *argument. l. cum mandato, §. final. de min. & §. prætere, Instit. quib. modis re contrahat. obligat.* Quamquam intempestiue, & tanquam machinas post bellum (vt est in proverbio) postrem iudicatam hæc Actor nunc adferat, quippe quod nec instrumento post præcepto, de nouo præsidio, sententia queat retractari, *l. sub specie. ibi. Dd. C. de re iudicat. Notat Menoch lib. 2. de arbit. iud. centuria 3. con. 241.* Frustra quoque, & absque idoneo fundamento hanc Anno 51. à Ducibus latam sententiam, nullitatis iam Actor, in Replis *sub n. 12. conatur arguere, tanquam lis in illa instantia non foret contestata, & ipse non plene auditus, &c.* Nil etenim horum etiam probatur, & pro sententia, ꝛ namque seruatò iuris ordine lata, rectè præsumamus, *ca. presentium 7. q. 1.* Quid? quod Actoris obiectum contra Ducum sententiam de Anno 51. tantum dirigatur: Eam verò, quæ Anno 45. fuerat antè pronuntiata, nullo nomine impugnet, ideoque ad Actoris infringendam intentionem, debent sufficere.

Tandem vt nihil intentatam Actor relinquat, ad extraordinarium restitutionis remedium recurrit, illudque saltem ex clausula generali: Si qua mihi iusta causa, &c. cupit impertiri. Quoad transactiones, ꝛ vitium prætextu læsionis, etiam quæ dimidium excedat, rescindatur, summa inter interpretes est dissensio, adeo vt in sententias ex diametro pugnantes, quibus tamè communis scholæ authoritas as vtrinque prælegitur, seditione decesserint. Sed vt compendiose explicem, ꝛ partem negatiuam, solidioribus

sultam argumentis, & diligentiore inica collatione à pluribus etiam recipi, est obseruare. Henning. Gæden consilio 90. Schurff. consilio 16. num. 14. centur. 2. consilio 50. nu. 16. consil. 59. & consil. 97. num. 12. centur. 3. Couar. variar. resolut. libr. 2. cap. 3. 4. Arius Pinell. ad l. 2. post alios ibid. 1. part. num. 12. cum multis sequentibus. Codic. de rescindend. vendit. Gabriel. libr. 3. titul. de empt. & vend. conclus. 1. num. 68. Grauet. consil. 101. num. 26. Roland. à Vall. consil. 28. num. 25. vol. 4. qui vetustiores ad nauseam recenset, & Gail. lib. 2. præct. obseruat. cap. 70. vbi num. 11. hanc veriorem, & à Camera receptam testatur. Nec clausula: Si qua iusta causa, &c. Actori hic patrociniabitur: quippe cum iustam aliquam causam, quæ Actorem aduersus transactiones adeo deliberare compositas, & in super iteratas, *tex. in leg. Balista, ibi not. ad Trebellian. & quæ Finell. vt supra numero vigesimo secundo,* suadeat restituendum, non inueniam. Præter ea enim, quæ supra ad hanc rem pertinentia argumenta collegimus, etiam se perpendendū offerit, quod posito, causas superesse idoneas, cur documento venditionis, von dem halben Werinckenhagen / denen von Adr. parrium istarum maioribus factæ, Anno 1456. conscripto, beneficio restitutionis Actor possit etiamnum vt, velimus admittere: illud tamen Actori parum suffragaturum videri: siquidem Herman & Curth venditæ à se ꝛ in pago medietati, quas libuit, poruerunt leges imponere, *l. Italian. Codic. de contrahenda emptio.* sub qua tamen aliam, de qua hic digladiatio, medie atem statim non rectè vocabimus. Nam Hermannum & Curth. alteram medietatem hanc, cum prioris venditio celebratur, pariter possedisse, non apparet.

Potuit itaque illa ad alios eadem familia oriundos Seleginen / ex quibus Zepelini filia, quæ matre Selegina (vt fertur) prognata, Nicolao ab Ad. Rei nostri Auo nupserit, sit profecta, iam eo tempore pertinuisse. Rem autem suam, non item & alienam, pacto quis potest afficere & subiicere.

Quibus ergò hic prædicta Zepelini filia, si illius gentis Seleginæ mater, ex Hermanno aut Contrado non descenderit, stare nequaquam debuit, aut eisdem villo modo fuit adstricta. Quod autè Selegin An. 1456. quo medietas dicti pagi vendita præsumitur, in varias iam stirpes excreuerant, & fuerint diffusæ, vt literis Ann. 1450. confectis, in Actor. fo. 70. relatis, manifestū redditur: quippe in quibus nominantur Burchard. itè Erich Selegin. Sed nec Zepelini filiâ Nicolai ab A. vxorè matre Selegina fuisse procreatâ apertè docetur. Nam testes ad eâ re examinati, plerique de auditu, qui ex ipso Actore eiusque patre emanarint, deponunt.

Ex quibus, restitutionem aduersus rem iudicatam, etiam frustra Actorem implorare, facile est diiudicare: vt potè cum documentū venditionis. An. 1456. quo restitutionis auxilio suæ Actor intentionis iacere vult fundamenta, causæ isti nimè quoque patrocinari, iam ostensū. Absque eo, verū quidè est, instrumentorū ꝛ de nouo reperi-
torum occasione, ex clausula, *Si qua mihi iusta, &c.*

contra rem iudicatam restitutionem indulgeri, *gl. in l. si fideiussor. §. in omnibus verb. cessat. versic. item potest dari. mandati. Gabr. lib. 2. tit. de restitutione in integrum, conclusione. n. 1.* Sed vtriusque sententiæ tempore, tam nimirum Anno 1545. quàm An. 51. latæ exemplar dicti documenti venditionis, An. 1456. Actor noster iam recuperaret: Quod verò sui culpa procuratoris illud non exhibitum censetur, iustam ad restitutionem causam non præbebit. Nam præterquam quod id non probat, eiusve solius temerè acquiescere consilii, quàm alios insuper adhibere & consulere maluerit, suam ipse leuitatem ac imprudentiam accuset, *l. regula. §. sed iuris. de iur. & fact. ignor.* Negligentiæ enim ꝑ nomine suspectis, aduersus sententiam perfugium solet denegari. *Cast. in l. specie. C. de re iudicat. versic. tu dic. col. 1. Gabr. vt sup. n. 5.* Nec in integrum itaque restitutio, aut transactiones, aut controuersas hic sententias queat euertere.

Superest, vt de vtili actione in factum, ex interdicto, vti possidetis, proficiscente, dispiciam. Et ne in re satis (iudicio meo) expedita multus sum, in eiusdem probatione Actorem puto labascere. Possessionem enim fundi, in quo in iure lignandi se turbati conqueritur, aut suum ipsum præensum ius non idoneè probat. Quinimò Reu eo nomine ab Actore interpellatum, sibi eo loci lignationem competere, idque adhibita mensura se docere paratum, statim respondisse, articulo trigesimo Actor ipse asserit. Ita & fundum illum sub medietate pagi illius comprehendit, Reus ipse non obscure ostendit: cuius possessionem ex indole instituta hic eiusdem respectu Rei vendit, Reo fatetur Actor, *l. qui petitorio. l. is qui destinauit. de rei vend. l. 1. in l. naturaliter. §. nil. commune. nu. 98. de acquir. poss.* Reus itaque ex præscripto sententiæ, & decreto Ducum, quoad medietatem communem & non controuersam, mensuram offerendo, vt primus testis ad 21. articuli tertium interrogatorium eum fecisse deponit, cumulatè satis fecit.

Quoad alteram verò hic in iudicium deductam medietatem, in quo nullum Actori ius admittit, mensuræ ei impositionem merito denegabit, & ad Ducum sententias & transactiones initas, iure optimo se retulit atque prouocauit. Reus itaque in re propria ꝑ iure suo vsus, Actorem turbasse dici non potest, *argum. l. qui iure suo, de reg. iur.* Quamobrem Actiones leuiter probatas, rectius verò elisas, & bene iudicatum, malè appellatum, condemnato in expensas huius instantiæ, refractario Appellante.

Saluo.

D. N. concludit cum Dn. Referente.

D. N. N. N. & N. similiter.

VOTVM XI.

In causa Gemeind zu Kolb.

Contra

Gemeind zu Heilb.

SVMARIA.

1 Negatoria, quibus verbis proponatur, non refert.

2 Dominium ex parte Actorum vnde pateat, probatum.

3 Prohibitio ingressus in syluam, competit Actoribus ex iure speciali, quod ipsa assertione iudicum & testimonio satis comprobatur. n. 4.

5 Libertatis præsumptio vnde corroboretur.

6 Seruitutis huius actus, inter quas vel quales seruitutes referatur. Inq. hoc requiritur præscriptio temporis immemorialis. n. 7.

8 Ad præscriptionem temporis immemorialis quot requirantur.

9 Nulla alia quasi possessio, siue titulus adsit siue desit, in incorporalibus iuribus dari potest, quam patientia diuturna, imò titulus videtur demonstratus, & eius loco sufficit patientia & scientia. n. 10.

11 Possessio discontinua etiam longo tempore præscribitur.

12 Possessio triginta annorum omnem mala fidei suspicionem excludit, bonamq. fidem retrò inducit.

13 Mala fides completam præscriptionem vitare non potest.

14 A regulis iuris & præiudiciis Camera quare non recedendum.

15 Argumenta pro parte Actorum producta, qui resutentur vel declarentur.

16 Titulus ex cursu longi temporis quando præsumatur.

17 Decisio huius causa in quo præcipue consistat.

18 In dubio potius præsumitur ius familiaritatis & amicitie quam possessionis. Ea tamen præsumptio facile repellitur, cum aliquid probatur, propter quod agens motus fuerit ad credendum, sibi seruitutem competere. n. 19.

20 Signa vel indicia seruitutis qua.

21 Iure seruitutis & possessionis aliquid faciens, non opus habet probare, id non vi, non clam vel precario esse actum, sed onus probandi remouetur in alteram partem.

22 Possessionis immemorialis probatio, vnde.

23 Seruitus habens causam discontinuam quanti temporis cursu præscribitur.

24 Probationes omnes sunt arbitrariae.

25 In præscriptione immemoriali, neque tituli probatio, neque illius allegatio necessaria est.

26 Vera mala fides nocet, præsumpta vero mala fides non nocet. n. 27.

28 Quaritur, an necessaria sit scientia aduersarij in præscriptione immemoriali, responderetur quod non.

29 Ius reciprocum excludit sinistram suspicionem & præsumptionem mala fidei.

30 Concesso vno, concessum dicitur omne id sine quo eius vsus non haberi, vel valde difficulter contingere potest.

31 Lex omnis dicitur benignè id præstandum, quod sibi non nocet, & alteri prodest.

32 Ius strictum saepe inimicum aequitati.

33 Iudex aequitatem præ oculis habere debet.

34 Aequitas est benigna, necessaria, Canonica, lesbia norma, omnia bene aequiparans.

35 Aequitas nullam legem ita stricte accipit, quin admittat, vt Iudex ex loco, tempore, causis, personis, alijsq. circumstantiis, temperare possit aequitate quadam iuris rigorem.

36 Aequitas etiam si non sit scripta, iuri tamen præferenda.

37 Præ-

- 37 *Præsumptionem habens, non cogitur probare.*
- 38 *Seruitutem sibi constitutam esse, cur probare cogatur.*
- 39 *Probatio solius vsus non sufficit cum ius commune possidentibus resistit.*
- 40 *Præscriptio discontinua secundum quosdam non requirit tempus immemoriale.*
- 41 *In Camera non admittenda dissonantia sententiarum.*
- 42 *Gewonheit vnd alter Brauch im Landgericht Klingenberg das ein jedes Dorff oder Flecken (zu Eckerns Zeiten) dem andern die Wäld durch ihre Wittel oder Heimburger auff S. Michaels/bis auff Andreæ verbieten lassen.*
- 43 *Rei non intentione iure seruitutis in hoc nostro casu gerunt, sed iure familiaritatis.*
- 44 *In dubio præsumitur, Reos malam habuisse fidem.*
- 45 *Ius agendi, quando 30. Annis præscribitur. 4.*
- 46 *Ius agendi, deficiente titulo, etiam longissimo tempore 30. 40. 50. vel quoque 60. & plurium annorum, non præscribitur.*
- 47 *Ius commune quando est contra præscribentem, tunc requiritur titulus, nec sufficit bona fides, etiam in longissimi temporis præscriptione.*
- 48 *Bona fide quoq; ad præscribendum opus est, licet non requiratur.*
- 49 *Prædo quoque possidet, sed non præscribit.*
- 50 *Ad possidendum improba voluntas sufficit, ad præscribendum vero debet mens esse iustificata per bonam fidem.*
- 51 *Mala fides ex defectu tituli apparet.*
- 52 *In materia præscriptionis, in qua agitur de peccato, iure Canonico, & eius dispositioni statuitur.*
- 53 *Bona fides quoq; requiritur tanti temporis, cuius initium non extat memoria in contrarium.*
- 54 *Præscriptio Reorum asserta, quando habet locum.*
- 55 *Vsus amicitia, familiaritatis & vicinitatis, nullam inducit seruitutem.*
- 56 *Vsus simplex non inducit acquisitionem iuris agendi.*
- 57 *Possidens rem ad alium pertinentem, in dubio præsumitur ipsum non habere ius in illa re.*
- 58 *Res suas quem iactare, non est verisimile.*
- 59 *Scientia & patientia aduersarij in præscribenda & acquirenda seruitute allegari debet.*
- 60 *Illi, in cuius præiudicium dicitur acquiri possessio, debet constare, per probationem eiusdem qui querere vult possessionem.*
- 61 *Possessio seruitutis est substantiale præscriptionis requisitum.*
- 62 *Nihil probanti, ob quod moueatur ad credendum sibi deberi præsentem aliquam seruitutem, incumbit probatio.*
- 63 *Ius actus potius consuetudine, quam præscriptione acquiratur.*
- 64 *Consuetudo vere que dicatur.*
- 65 *Consuetudo circa que consideretur.*
- 66 *Præscriptio est continuatio possessionis.*
- 67 *In consuetudine introducenda regulariter sufficit longum tempus. Longum autem tempus dicitur decem annorum. nu. 68.*
- 69 *Consuetudo procedit, licet sit contra ius commune.*
- 70 *Consuetudo non requirit titulum, neq; bonam fidem, qua in præscriptione sunt necessaria.*
- 71 *Consuetudo loco tituli habet legis auctoritatem, eam approbantis.*
- 72 *Reus excipiendo fundans seruitutis præsensum suum ius in tempore, tenetur probare omnia necessaria præscriptionis.*
- 73 *Consuetudo ius acquirit omnibus de communitate, & ius publicum. Sed præscriptio tantum ius priuatum n. 74.*
- 75 *Vniuersitas si aduersus aliam vniuersitatem ius patendi intra illius limites acquirere tentat, est propria præscriptio.*
- 76 *Præscriptio est vsurpatio rei & iuris alieni, consuetudo vero secus.*
- 77 *Consuetudo in quibus consideranda.*
- 78 *Consuetudo est altera lex iurisdictionis.*
- 79 *In consuetudine introducenda super eo, super quo populus expresse disponere aut statuere non possit, requiritur tempus sufficiens ad præscriptionem.*
- 80 *Bona fides in præscriptione requiritur sicut & in consuetudine.*
- 81 *Bona fides solum in his, in quibus potest statuere: Secus vero est in illa consuetudine in qua præscriptio requiritur. n. 82.*
- 83 *Bona fides videtur necessaria (cum mala fides impediatur præscriptionem) in fauorem vniuersitatis, quamdiu saltem vnus de vniuersitate, habens malam fidem, & scientiam rei aliena superest.*
- 84 *Præscriptio est contra eum, contra quem præscribitur: Consuetudo vero contra tertium.*
- 85 *Præscriptio dicitur, quando vni acquiratur, & alteri aufertur: Consuetudo vero vni acquiratur, sed alteri non aufert.*
- 86 *Seruitus discontinua non præscribitur, nisi tempore immemorabili. Sed hoc fallit, si quis habet talem scientiam, siue credulitatem, que iustificat possessionem, vel quasi. n. 87.*
- 88 *Gewonheit vnd alter Brauch im Klingenberg Landgericht gibt zu das alle Anstößer vnd Wittmärcker mit allem Bihe in Wälden vnd Feldern zusammen treiben.*
- 99 *Prohibitio annua non fit ratione actus.*
- 90 *Concesso quod plus, conceditur quoq; quod minus.*
- 91 *Titulus ex vsu tanti temporis præsumitur, quo casu seruitus discontinua spatio longissimi temporis præscribitur.*
- 92 *In præscriptione iurium incorporalium probanda, scientia & patientia aduersarij probari debet. In consuetudine vero inducta & inducenda, non est necesse num. 93.*
- 94 *Inspectio ocularis, hic quid significet.*
- 95 *Actorum confessio qualis.*
- 96 *Seruitus vice est ius indiuiduum.*
- 97 *Klingenbergische Ordnung quid disponit.*
- 98 *Rei, cur non iure familiaritatis sed intuitu iuris patendi, hoc actu vsi.*
- 99 *In antiquis non exacte probationes requiruntur.*
- 100 *Præsumptiones duæ pro Reo.*
- 101 *Præsumptiones Reorum sunt fortiores ijs, quas habent Actores.*

- 102 *Præsumptio libertatis prædiorum, eliditur in antiquis, concurrente fama, & tunc præsumitur contra libertatem.*
- 103 *Præsumptio ex consuetudine loci facile eliditur, contrariis actibus, qui contrariam consuetudinem inducunt.*
- 104 *Probationes actorum cur elisa.*
- 105 *Iudex in hoc casu non potest cognoscere, nisi allegetur præscriptio immemorialis.*

D. N. Referens, nihil desiderat in processibus & testium examinibus. Nullitas non attendenda, quia in secunda instantia omnia reparata casus; meritis causæ nihil obstat.

- Actum esse Negatoria: ut in defensionali articulo 12. non referre, quibus verbis ea proponatur. *Myns. §. aque instit. de act. Olded. in Actione negator.*
- 2 Probatum esse quod ex parte Actorum dominium, patet ex ipsa exceptione præscriptionis obiecta: quia eo ipso fatentur, rem esse alterius *l. cum in feudo. de iur. dot.* Prohibitio ingressus in syluam, tempore prohibito, competit Actoribus, ex iure speciali, consuetudine nempe illius communitatis inter vicinas & incolas recepta, quæ & in confesso est, & ipsa assertione quod iudicum & testium factis comprobata. Inde fundatam esse Actorum intentionem, ut sola seruitutis negatione onus probandi in aduersariū retorqueatur *l. loci corpus. si seruit. vend. Myns. con. 11. n. 12. Guid. Pap. consi. 1. nu. 8.* Si non probetur, causa amittitur *Dd. in d. §. aque. Guid. con. 95. n. 2. & consi. 150. decisio 25. n. 4. in fi.* Hanc libertatem præsumptam adiuuant testes, qui nunquam audierunt à parentibus, daf. ein Strict deshalben/ vnd Henbach ein Trieb/ tempore prohibito gehabt. Concludit, Actionem probatam, id est, Actorum intentionem & iuris communis, naturalisq; præsumptione & specialis consuetudinis deductione, ac testium deniq; assertione abundè confirmatam & demonstratam.

An Elisa?

- 6 Præmittit tria: scilicet, Seruitutem actus quod referri inter seruitutes, causam discontinuam habentes *l. Seruitutes. de Seruit. Petr. Iacob. in pract. malè discerni à Veteribus inter continuas. &c. Wes. in paratit. de seruitut. num. 5. Idem addit. ad Schneidv. in §. aque. instit. de action. ibi. num. 9.* Sed allegat in contrariū, communi opinionem receptam in Camera, allegat præiudicia: *Drechsel contra Elwangen / Knoblauch contra Hagenau / Myns. in 53. decis. cent. 4.*
- 7 *Guid. Pap. decis. 573.* in hoc requiri quod præscriptionem temporis immemorialis, *l. seruitut. 14. de seruit. Dd. l. foramen. de seruit. rust. præd. Myn. d. dec. vbi dicit, quod hanc seruitutem, qui allegant, succumbere debent, non deducto tempore immemoriali, etiam si probent, se 30. Annos in continua possessione fuisse: Idem consi. 11. n. 16.* Et requiri quatuor quod ad eam præscriptionem, *Myns. 1. abs. 30.* His præmissis, vult ius Reorum examinare, constare, Reos (ex articulo positionalibus & fol. 38.) inniti præscriptione longi, longissimi, & immemorialis temporis, absque villo titulo. Et quidem testium dictis

inspectis & ponderatis reperit, tempus longum & longissimum probatum per testes. Probatam etiã scientiam & patientiam diuturnam actorum: & sic in consequentiam illam ipsam quasi possessio nem seruitutis. Nulla enim quod alia quasi possessio, siue titulus ad sit siue desit, in incorporalibus iuribus dari potest, quam eiusmodi patientia. *Couar. c. possessor. §. 1. de reg. iur. rub. n. 8.* Quinimò titulus quod de monstratus videtur, & sufficit eius loco patientia & scientia, Quibus interuenientibus præsumitur ex cursu longi & longissimi temporis, *l. si quis diuturno. vbi gl. & Dd. si seruit. ved. & l. 2. de seruit. & aq. l. de in rem verso de vsur. Ferrar. in act. confessor. verb. seruitus aquæ ductus. n. 21. Schneidv. in Institut.* Et hac ratione præscribitur quod etiam discontinua longo tempore: Ita post *glos. in d. l. seruitutes. in verb. certa. circa fin. glos. in l. cum de in rem verso. de vsur. Bartol. ibi. n. 4. Cast. n. 9.* vbi attestatur, hanc esse opinionem communem Canonistarum, & Legistarum. *Capoll. de seruitut. vrba. præd. cap. 19. num. 6. & 8.* vbi eandem communem, semper in praxi obseruasse dicit *Alex. leg. si certis annis. numero 8. 9. 10. Codic. de pact. Balb. quest. 10. pag. 1. part. princip. 3. & quest. 1. 2. part. 4. part. princip. num. 3.*

Ex his sic deductis, quodammodo resultare videtur tertium præscriptionis requisitum, bona videlicet fides quæ licet, imprimis verò de iure Canonico, requiratur, sine qua non præscribitur, ad eodè ut præscriptione quoque immemorialè viciare receptum sit, *Ang. in §. furtiu. Instit. de Vsupac.* Tamè hoc ipsum iure confirmatum, post annorum triginta quod possessionem, omnem malæ fidei suspicionem excludi, & bonam fidem retrò induci, *Dd. in l. si. Cod. vnde vi. las. in §. sed ista. n. 100. Instit. de action. Wesenb. consi. 5. n. 25.* ibi dicit magis communem, & in praxi tutiorem. *Couar. dict. c. possessor. §. 8. num. 3.* Cum ergo Rei nostri non solum triginta, sed etiam quadraginta annorum possessionem sufficere probant, frustra mala fides obicitur, quod cum ea completam præscriptionem viciare non possit, *gl. Panor. Felin. & communiter Dd. ca. vigilanti. de præscript. Balb. 2. part. 3. part. princ. q. 9. n. 1.* vbi communem dicit præsertim cum in Reorum damnum potissimum vertatur, cui absque incommodo Actorum benè consulti potest: Suadere æquitate officium humanum: item, vici alteram esse asperam, non nisi cum magna difficultate eius vsus: idque esse in confesso.

Sed his omnibus non attentis, cum hic versemur in materia seruitutis discontinuæ, quæ requirit immemoriale tempus: pro Actoribus ferendam sententiam putat, & eorum intentionem per Reos, propter defectum probationis immemorialis præscriptionis, non esse elisam concludit. Non enim videt, quod quare à regulis iuris & præiudiciis Camera recedatur, cum simus hic in nudis iuris facultatis terminis, quod etiam mille annorum spacio, nisi prohibitione interueniente & subsequente contrauentione ad præscriptionem requisita acquiratur. *cap. possessiones 16. quest. 1. cap. significante. vbi Panorm. de appell. Neque in his aliqua inuici potest consuetudo, Ioan. de An. c. siue nobis de Simonia.*

Neutzan.

15 *Neu. an. conf. 16. num. 7. & conf. 43. nu. 3.* Quæ pro parte Reorum dicta sunt, ¶ illa partim refutantur ex præmissis, partim à Dd. dictis locis ita declarantur. Et primo quidem, quod de patientia & scientia, præsupponente titulum, & q. possessionem, dictum est, quando eiusmodi patientia & scientia est probata, quod videlicet adversarius sciuerit, ipsum acquirentem vti animo seruitutis: non alio, & quidem familiaritatis iure, vt hic, factum esse putatur, *Capoll. de seruit. verb. præd. c. 17. numero 2.* Deinde titulus ¶ tunc demum ex cursu longi temporis, præsumitur: Primo, si sit allegatus: Secundo, si ius commune non repugnet præscriptionibus, vt hic, cum queratur seruitus in re libera & aliena. Tertio, si probet, quod quis vsus seruitute fuerit, ex causa illa, vel titulo allegato: *Balb. 2. part. 4. part. princip. quest. 2. num. 3. in primis vero supra dicta quest. 10. Alexand. cons. 108. in fin. vol. 8.* Quæ omnia hic desiderari in propatulo est. Concludit, vt supra, pronuncian- dum, per proximum iudicem male iudicatum, bene appellatum, & sententiam primam reformandam, vt conformis sit actioni institutæ. Expenfis compensatis, cum silentio damnorum præteritorum.

Votum D. N.

17 Decisio huius causæ ¶ consistit præcipue in probatione possessionis vltrememorialis, eiusque effectu. Et nolo dubitare, quin actus pecoris à Reis, per syluam actorum, tempore prohibito, vsurpatus sit, iure possessionis vel seruitutis.

18 Licet enim ¶ in dubio præsumatur ius familiaritatis & amicitia potius, quam possessionis, *Innoc. in cap. si diligenti. de præscript. Capoll. de seruit. rust. præd. cap. numero vigesimo sexto.* Tamen ea ¶ præsumptio facile repellitur, cum probatur aliquid, propter quod agens motus fuerit ad credendum, sibi seruitutem competere. *leg. prima. §. sed et si iure. de aq. quotid. & astiu.* Quale est, si in eo loco talis sit fama, & ita opinentur homines, prout nostro casu ex dictis testium colligitur, per not. *Bartol. in leg. fin. in princip. de hered. institut. & quod notatur in leg. tertia. C. de probat. & in leg. quinam. §. si cum me absente de negot. gest. Capoll. vt supra numero vigesimo septimo, circa fin.* Item, si ibi erant signa viæ vel actus, vel aliqua verisimilia (qualia hic ex inspectione relationis ocularis & testium depositisprehenduntur) quæ possunt animum adducere ad istam credulitatem. Idque in primis, cum signa itineris vel Actus tendunt ad fundum, in quo is, qui vtitur seruitute, ius aliquod vel dominium habet, vt est nostro casu ius pascendi in *Freidenberger Wald* / notatur in l. qui iure familiaritatis. de acquir. possess. leg. si mulieri. quib. mod. vsusfru. amitt.

19 Item probatur ius seruitutis ex actibus, quos aliquis non faceret, nisi seruitus sibi competeret, vt præcidere sepem, ¶ causa eundi, vel alijs similibus: qualis est nostro casu, cum Actores glandes depascunt, tempore prohibito, antequam

rei vtuntur ex actu. Vel etiam, quando Actores annuatim puteum, den *Bullenbrunnen* / pro Actus vsu commodiore purgant: notatur in d. l. 1. §. 2. de tim. actuque priuat. *Innoc. in cap. bona. la. 2. in princip. de postul. prælat.* vbi dicit: id tam expressis verbis, quam alias, constare posse. Prout ea ex alijs, etiam pluribus circumstantijs, casu nostro colligi possunt.

His itaque præpositis, parum negocij nobis reliquum erit, cum vsu precario, vel iure familiaritatis: alias enim frustra solliciti essemus de probatione possessionis immemorialis, cum ibi nullo tempore præscriptio currat, nec possessio detur.

Hinc efficitur, quod is, qui iure ¶ seruitutis & 21 possessionis aliquid facit, non opus habet probare, id non vi, non clam, vel precario esse actum, sed remouetur onus probandi in alteram partem, quod ille alius sit vsus, vi, clam, vel precario, *l. 3. §. 1. de itin. actuque priu. ibi Bartol. & in l. 1. §. et si ius de aqua quotid. & astiu.* Quo loco Actores nostri plane nil præstiterunt.

In hæremus igitur probationi possessionis immemorialis: quæ ¶ possessio probat eo ipso quod 22 non sit memoria hominum in contrarium: *Dd. in cap. 1. de præscript. in 6. Villalob. commun. opinion. verb. tempus.* Nec opus est constare de cursu centum Annorum, *Villalob. d. iam loco. de quo late Couarr. 2. parte elect. c. alma mater. de sent. excommun. in 6. §. 3. n. 6. & deinceps.* Sed eo sic probato, sequitur effectus eius possessionis siue præscriptionis immemorialis, quorum *Gabr. lib. 5. conclus. 1. conclus. enumerat 13. hic non recensendos.* Ideoque & seruitus, habens ¶ causam discontinuam, præscribitur 23 tanti temporis cursu, de cuius initio memoria non extat in contrarium, per plurima ante me allegata: Communem dicit *Curt. consil. 178. num. 28. 38.* Quæ possessio & præscriptio hoc nostro casu, si non superflue, tamen per concurrentes multas circumstantias & adminicula, pro qualitate causæ, & rei controuersæ, mea opinione, probata videtur. Deponunt enim testes, tam senes, quam mediocris ætatis, Reos toto tempore eorum memoriæ, vsque ad præsens tempus, ita vfos esse hoc actu, sic audierint à suis maioribus, & alijs senibus, quibus pariter aliter nunquam cognitum, nec auditum, & nec quod vnquam viderunt, nec audierunt contrarium, quodque communiter ita sit opinatum, ab his, qui verisimiliter de hoc notitiam habere potuerunt, vtputa antiquis pastoribus, deque eorum visu & auditu, proprioque sensu. Et hoc sufficere attestatur *Gabr. multis auctoritatibus dict. loco numero 81. Balb. 2. p. 3. part. princip. verb. Sexto quæro. num. 24. Couarr. vt supra. §. 3. numero 7. Gail. obser. 66. num. 8. lib. 2.* Et hoc à Iudicis potestate pendet, cum de testium fide agitur: sicut & omnes probationes, ¶ arbitrariæ 24 sunt iudici, vt per *Menoch. de arbit. iud. lib. 2. sens. 1. cap. 9. per totum.* Titulus & bona fides aliquatiter, secundum quid, & colorate demonstrari possent, ex consuetudine, & iure antiquissimo, quod in

communi habent plures conuicini pagi inter se, quoad ius pascendi. Sicque consequenter etiam aliquo modo, quoad actum, & pascua, sine quo usus eius iuris æqualiter, vt oportet & æquū est, vicinis competere non potest. Attamen cum
25 neque probatio tituli, † neque illius allegatio, in hoc genere præscriptionis necessaria sit, secundum veram & communem opinionem Doctorum, vt attestatur *Aym. Grauetta de antiq. temp. 4. part. §. absolutis differentiis. num. 48. 49. Couar. 2. part. relect. dict. cap. alma mater §. 3. post num. 7. & §. 5. numero 2. versic. Tertia conclusio. Viuius in commun. opin. verb. præscriptio num. 6. Mynsing. obser. 30. cent. 1. Ideoque nec hoc loco curiose id exigo.*

Bonam fidem præsumi quidem simpliciter ex lapsu temporis, voluit *Cornelius consilio 96. colum. fin. libro 4.* nec malam fidem nocere in tali præscriptione immemorabili, multi arbitrantur. Tamen communiior est sententia, eam nocere. Sed intelligitur † hoc de vera mala fide, de qua vel ex vitioso præcedente titulo, vel alias euidenter constat: non vero † de præsumpta mala fide, quia hæc non nocet: vt eleganter per *Grauet. d. loco. de antiq. temp. 4. part. §. materia ista. n. 20. 21. Couar. in relect. d. cap. alma mater. §. 1. numero 4.* Cum itaque ex Actis nullibi constat de mala fide Reorum, imo nec præsumptio rationabilis & verisimilis contra eos existat: quin potius bonæ fidei præsumptiones, vt dictum, euidenter pro illis militent, non video & in hoc, ipsorum causam laborare, faciunt notata per *Menocho. de arbit. iud. quest. libro 2. cent. 1. c. 43.*

28 An vero necessaria sit scientia † aduersarij in hac præscriptione? Dicit *Gabr.* (colligendo plurimos vtriusque opinionis assertores *supra. d. conclus. 1. numero 61.*) pro sententia negatiua, quod non sit necessaria scientia, magis communem esse opinionem, *Mynsing. obs. 30. cent. 1.* Et Actores nostros fuisse inscios controuersi actus, ego coniecere non possum, per ea quæ dicit *Dec. in consilio 85. circa princ.* Sic etiam ex omnibus Actis nullibi constat de dispatientia Actorum, vel leuibus indicijs, saltem eius dispatientia, quin potius diuersum, ex testium depositionibus facile colligi potest.

29 Has reorum partes fouent & aliæ nonnullæ circumstantiæ non flocci faciendæ. Ius † enim reciprocum, quod habent pagi vicini in communi pascuo, vniuersaliter in omnibus eorum fundis excludit sinistram suspicionem & præsumptionem malæ fidei reorum, simulque simplicem libertatis præsumptionem vniunt, propter connexitatem iuris pascendi & agendi pecoris. Concesso enim vno, † concessum dicitur omne id, sine quo eius usus non haberi, vel valde difficulter contingere potest. *iurib. vulg. pro ut nostro casu, opinor, satis constat.*

Accedit quod designatio *mit den Strosenlern* ostendit quibus locis tempore prohibito, syluar vtriusque lateris, præclusæ esse debeant: Ergo à contrario, simul exhibet permissum spacium a-

Qui pecoris, præcipue porcorum, qui præ reliquis animantibus, tempore glandium im *Friedenberger vnd Kirzfelder Wald* / auch in die *Kelbach* getrieben worden. Id ipsum confirmat ipsa existentia & euidencia rei, quod videlicet iuxta viam (dictam der *Reistenhäuser Pfad*) ein alter *Zugenscheinlicher Actus* oder *Trieb* hergehelt / qui solummodo tempore prohibito usurpatus fuit, in reliquo enim omnes Syluar patententes erant, nec opus fuit tunc designatione limitum eius Actus: quia agi & pasci potuit vbique locorum eius Syluar, quod & ipsa ratio dicat.

De tempore inchoati Actus, & sic de non vsu plane nihil, sed Reos semper ab & vltra hominum memoriam quiete, & sine vlla contradictione eam vsurpasse, ex Actis & tacita partium confessione satis constat. Considerandum & hoc loco, quod damnū siue interesse Actorum, ex permissione controuersi Actus resultans, reuera parui, vel nullius est momenti (considerato iure pascendi quatenus hinc inde partibus reciproce & libere competit) è diuerso vero Reis ex impedimento Actus læsio grauis emergeret, vt *supra tactum.* Sed omnis lex dicat, † benigne id præstandum, quod sibi non nocet, & alteri prod-
est. *l. 1. §. denique. de aq. plu. arcend. l. 2. §. item Vartus. eod. tit.* Præsertim quando res est parui momenti, & non amplius integra, vt hoc nostro casu ex possessione temporis immemorialis existit *Zas. in l. si. quis iniquum. num. 7. 8. Quod quisque iur. in al. &c.* Tandem amplectar æquitatem, † cui stri-
ctum ius sæpe inimicum est, quam tamen † Iudex
præ oculis habere debet. Est enim † benigna,
necessaria, Canonica, lesbia norma, quæ omnia
bene æquiparat, & nullam legem ita rigide acci-
pit, † quin admittat, vt Iudex ex loco, tempore,
causis, personis, rebus, quantitate, contractu, &
cæteris id genus circumstantiis, temperare possit
æquitate quadam, rigorem iuris (qui tamen
forte hic aliter non deprehenditur, quam ex inter-
pretum varijs opinionibus, & numero saltem
maioribus calculis) quæ æquitas eo casu † inter
eandem personas, etiam si scripta non sit, iuri
præfertur: Rationes nolo cumulare, nec plures
authoritates describere, breuibus me refero ad
dicta *Zas. in leg. placuit numero 17. & seqq. C. de iudic. & Couar. in d. relectione c. alma mater. §. 6. num. 3. Con-
cludo.*

Iudicem proximum, perpendentem causæ huius qualitatem & circumstantias, bene pronunciatum, & inde male appellatum, quoad Actum scilicet solummodo per Syluam *Rolbachensium*, vnd *weilters nicht* & sine vltiori grauiamine & læsione ipsorum *Rolbachensium*, Expensas ego etiam compensarem.

Salus.

D. N. Correferens.

Actorum intentionem esse iustam, Actionem negatoriam probatam: Ipsorum enim Dominiū Syluarū fatentur Rei, nec coguntur liberta-
t em

- 37 tem probare, † quia habent præsumptionem: quia affirmatiua, non negatiua probanda. *actor. de probat.* Nec Reis prodest, si dicatur, se esse in quasi possessione seruitutis actus, & id probant:
- 38 quia adhuc coguntur probare, † seruitutem sibi constitutam esse, *glossa in leg. sicuti. §. sed si quaratur. verb. possessionis. ibi Castrenf. num. 8. si seruit. vend. idque propter præsumptionem iuris, quæ contra ipsos militat.* Quia cum ius commune † ipsis possidentibus resistit, non sufficit probatio solius vsus, sed debet probari aliquid, propter quod illi moti sint ad credendum, sibi deberi illud, iure seruitutis *l. 1. §. sed si iure. de aq. quotid. & est. Bart. l. 1. §. hoc interdicto. de iurim. actus. priuat.*
- Vnicam præscriptionem Rei prætendunt immemoriam quamuis multi sentiant, quod discontinua † non requirat tempus immemoriam: Tamen non recedit à glossa, & communiore sententia, & antiquis Doctoribus, & à præiudicijs Camera, vt *Mynf. obser. 33. cent. 4.* Et non admitendas † dissonantias sententiarum in Camera. Testes debere esse 45. Annorum: Item, semper ita Actum, nunquam in contrarium factum. Nec debent esse de communitate pagi, propter proprium interesse. Item, audierunt à suis maioribus, nec contrarium auditum: Item, nunquam obseruatum contrarium. Si iam ea conferantur cum Actis prioribus, immemorialis temporis præscriptionem opinione sua, non tantum probatam, verum etiam iisdem aliquatenus impugnata videmus. Testificantur enim primæ instantiæ iudices, (*des Landgerichts zu Klingenberg darunter Kollbach vnd grossen Heidbach auch gelegen/ Es sey im selben Landgerichte die Gewonheit vnd alter Brauch/ das ein jedes doiff oder Flecklein (in Eterns Zeit) dem andern die Wäld durch ire Büttel odel Heimbberger/ auff S. Michæls verbieten lassen/ bis auff Andreæ.* Præterea Reimet affirmant, quod ipsos, quo minus agerent, Actores non prohibuerunt: Sequitur ergo, quod non intentione † iure seruitutis egerint, sed iure familiaritatis, adeoque in nulla contra Actorum prohibitionem agendi possessione vnquam fuerint: multo minus (ex quo præscriptio siue possessio non procedit. *l. sine poss. de reg. iur.*) in cursu præscribendi fuerint. Ex quo ante litem hanc motam ipsismet affirmantibus, ne semel quidem contra actorum prohibitionem, quam nūquam interuenisse asserunt, egerint.
- Deinde posito, quod fuerint in quasi possessione iuris agendi. Tamen habuiss. † malam fidem: Quod ipsum in dubio præsumitur. Cum præsumptio iuris & libertatis bonorum cuiusq; pro actoribus militet. Non quoq; allegatus nec probatus est titulus, quo concurrente, ius † istud 45 30. annis præscribi potuisset. Quia igitur deficit 46 titulus † longissimū tēpus, 30. 40. 50. vel quoque 60. & pluriū annorū, in acquirēda seruitute iuris agendi porcos per Actorum syluas, nil proficeret 47 Reis. Quando. n. ius † cōmune est cōtra præscribentē, in præscriptione etiā longissimi tēporis re-

quiritur titulus, nec sufficit bona fides: Hæcque siue præscribens agat, siue excipiat, *rexe. gl. quæ hanc communem Dd. opinionem esse testatur in d. cap. 1. de præscript. in 6.*

Bona quoque fides, † id est, quod quis credat, 48 se vti iure suo, licet ad possidendum non requiratur, ea tamen opus est ad præscribendum. Nam etiam prædo possidet, † non tamen præscribit. 49 Sufficit ergo ad possidendum † quidem improba voluntas, sed ad præscribendum debet esse mens iustificata per bonam fidem *l. fin. quem. seruit. amit. Bald. l. 2. c. de seruit. & aq.* At quia Rei nostri assertæ seruitutis nullum plane titulum, nec allegant quidem, mala fides † eorum apparet ex defectu 51 tituli: *Bartol. & alij in l. Celsus. de vsucap. Socin. consil. 187. nu. 27. vol. 1. Nec sufficit eis titulus pro suo, Socin. consil. 86. vol. 1. col. 5. 6. vers. 8.* Cum præsertim ius commune his resistat, & bonam fidem vllō vnquam tempore, nedum ab initio interuenisse, nusquam, vel nude saltem asseruerint, *Paris. consil. 27. num. 186. 122. lib. 1.* Nedum probarint, quod tamen fuisset necessarium. In materia namque præsumptionis, † in qua agitur de peccato, iuri 52 Canonico, & eius dispositioni stat: *gl. Dd. in c. possessor. de reg. iur. in 6.* Adeoque etiam bona † fides 53 requiritur in præscriptione tanti temporis, cuius initij non extat memoria in contrarium *Paris. consil. 27. num. 115. 116. libr. 1. & Graner. consil. 146. num. 2. 3. 4. 5.* Asserta igitur præscriptio † Reorum tanti 54 temporis, cuius in contrarium non extat memoria, non habet locum, nisi probauerint, quod glandium tempore prohibito, per actorum syluas egerint iure seruitutis, vel animo quærendi d. ius, etiam actoribus inuitis: adeo vt parati semper fuerint prohibere, ipsos Actores impedites. *l. fin. de itm. ad iure priuat. l. fin. quem. seruit. amit. gl. in c. Abbate. in verb. Alciatensem Monachum. de verb. signif. Abb. in c. cum Ecclesia Sutrina. num. 25. ibi gl. in verb. vocemque habuisse. de caus. possess. & propriet. Nā si iure amicitia, † familiaritatis & vicinitatis vli 55 fuere, nullum ius quæsiuerunt, et si tanto tempore vli fuissent, in cuius contrarium non extaret memoria. *leg. fin. ibi Castrenf. quemad. seru. amit. Balb. in tract. de præscript. 2. part. 4. part. princip. q. 1. n. 9.* Simplex enim vsus, † non induceret acquisitionem d. iuris. *Socin. consil. 131. colu. 1. 2. in præsent. consultat. volu. 1. vbi concludit, quando res spectet ad alium, nec superuenerit causa de nouo, tunc possidentē rem alienā, in dubio possidere iure familiaritatis, non proprio: Imò in dubio † potius 57 præsumendum, ipsam non habere ius, argumento c. presbyteri. dist. 24. & Pontifices. 7. quest. 1.* Cum non sit verisimile, † quod quis iacet res suas. *l. cum de 58 indebito. de probat. Corn. consil. 92. vol. 3. Paris. d. consil. 27. num. 109. & seqq. lib. 1. Alex. consil. 50. num. 8. lib. 3.* Inde inferitur, Reos non posse facere fund. mētum super possessione, etiam tanti temporis, cuius memoria non extat in contrarium: nisi probauerint, quod asserta seruitute vli fuerint iure proprio, & seruitutis & animo quærendi tale ius, vt per *Paris. d. consil. 27. num. 113. lib. 1.**

- 59 Scientiam & patientiam † aduersarij allegari debere, *Innoc. in c. bona memoria. l. a. 2. num. 1. de potest. pralat.* & debere expresse exprimi: Et de illo † in cuius præiudicium dicitur acquiri possessio, debet constare, per probationes eiusdem, qui vult quærere possessionem, quod sciebat, quod vtēs intendebat vt iure suo: quia quando nescit, non fit ei præiudicium. *l. clam. §. fin. de acquir. poss. Innoc. d. c. bona memoria. vide ibi verba.* Sed hoc casu de nulla Actorum tali prohibitione, & quod Rei, ea neglecta, nihilominus fues per syluam egerint constat. Ipsos ergo Reos substantiale præscriptionis requisitum, † ipsa nimirum possessio seruitutis deficit. Non quoque ideo fecerunt Rei, quod ipsi animum & intentionem habuerint, aliquod ius quærēdi ipsorum communitati, *grossen Heimbach contra Kolbach/earumve syluas.* Et quod ipsi Actores hanc intentionem suam sciuerint, & nihilominus ipsos agere passi fuerint. Siquidē igitur cōtra Rei Actores, animū præscribendi non habuerint; sequitur, ipsos Actores familiaritatis & vicinitatis iure per Reos vsurpatum hætenus durch vñnd Obertib/ non attendo, quantouis tempore lapso, quo quiete egerint, iam nunc non iniq̄e detrectare. Bona enim Actorum habent presumptionem libertatis: adeoque mala fides Reorum, quibus ius commune resistit. ipso iure contra ipsos probata est. Et ex quo
- 62 nihil probauerunt, † propter quod moti fuerunt ad credēdum, sibi deberi præteritam seruitutem, incubisset ipsis probatio, quod hætenus per eos per syluas Actorum, glandium temporibus egissent, non vi, non clam, non precario. *Bart. l. 1. de iur. acti que priu. Alex. cons. 142. num. 3. lib. 1.* Quorum verum nullum, ne articularunt quidem.
- Nec consuetudine acquisitum ius actus, licet
- 63 dicatur, quod potius cōsuetudine, † quam præscriptione. Ideo, quod si vsu promiscue duarum Viciniam vicinarum (inquit *Couar. in relect. c. possessione. p. 1. 2. §. 3. numero 2.*) inductum fuerit, vt abique vlla distinctione vtriusque oppidi agri sint compascui, & communia pascua, vicinis &
- 64 oppidanis, † hæc vere consuetudo dicitur. Secundo, quia consuetudo † consideratur circa ea, in quibus (vt nostro casu quoque) non cadit possessio seu quasi, continua, sed circa actus successiuos, consuetudinem inducentes. *l. de quibus.*
- 66 §. inueterata. de LL. Præscriptio autem † est continuatio possessionis, *l. 3. de vsucap.* Tertio: quia videtur seruitus actus hic introducta vtriusque villæ, tacito consensu populi: Ergo videtur consuetudo. Et vero in consuetudine † introducenda regulariter sufficit longum tempus, *l. diutina. ff. de leg. & C. qua sit longa consuetud. in rubro & nigro.*
- 68 Longum autem † tempus dicitur decem annorum *l. si cum fideicommissaria. §. Aristo. ff. qui & à quibus.* Et hoc procedit, † licet consuetudo fit contra ius commune, *Grauet. de antiq. temp. part. 4. in princ. nu. 7. 9.* vbi etiam dicit, non distingui, an habeat causam perpetuam, vel non. Sed sufficit tempus annorum in consuetudine: licet habeat

causam discontinuam, *Grauet. d. loco.* Nec requiritur titulus, † nec bona fides, quæ sunt necessaria in præscriptione. Pro titulo namque † consuetudinis sufficit legis autoritas, eam approbantis, dum est rationalis & præscripta: *Grauet. dict. loco. num. 6. Ruin. cons. 34. num. 16. vol. 1.*

Verum his sic responderi existimat. Primo Rei non se fundant super consuetudine, sed super præscriptione: & ea quidē immemoriali. Quia igitur excipiendo † fundant seruitutis præsum ius suum in tempore, videntur teneri, vt probent omnia necessaria ad præscriptionem, quia in hoc funguntur partibus Actorum *l. exceptionibus. de Except. Grauet. d. loc. in princ. num. 30.*

Secundo, consuetudo ius † acquirit, omnibus de communitate, & ius publicum: sed præscriptio † tantum ius priuatum, *Grauet. nu. 20.*

Tertio, si vniuersitas † aduersus aliam vniuersitatem ius pascendi intra illius limites acquirere tentat, erit præscriptio propria, teste *Couarr. in d. relect. c. possessor. p. 2. §. 3. num. 2.* lam vero in hoc casu hæc nus observatus vsus iuris agendi, specialiter prodest Reis, & nocet Actoribus, si que certi sunt, qui præscribunt, & contra quos præscribitur: Ergo præscriptio est, non consuetudo nec decennium sufficit, sed immemoriale tempus requirit, *Grauet. d. l. n. 2.*

Quarto, est vsurpatio † rei & iuris alieni. Sed consuetudo secus. *Grauet. numero tertio.*

Quinto, consuetudo † consideratur in his tantum, super quibus populus inducens cōsuetudinem, posset expresse disponere & statuere, alias dicitur præscriptio: Consuetudo enim † est altera lex iurisdictionis, & per populum non habemus iurisdictionem, aut qui legem introducere non potest. Quin in consuetudine † introducenda super eo, super quo populus expresse disponere aut statuere non posset, requiritur tempus sufficiens ad præscriptionem, *Grauet. n. 13. 14. 15. 28. vbi vide.* Nostro casu, propter defectū iurisdictionis, non posset contra legem & statutū in bonis & syluis Actorum, &c. Ergo sumus potius in materia præscriptionis, quam consuetudinis.

Sexto bonam fidem † in præscriptione requirit, sicut in consuetudine, &c. Solum esse in † his, in quibus populus potest statuere: Secus esse † in consuetudine, in qua requiritur præscriptio. Tunc enim videtur necessaria bona fides † cum mala fides impediatur præscriptionem, in fauorem vniuersitatis, quamdiu saltem vnus superest de vniuersitate, habens malam fidem, & scientiam rei alienæ *Grauet. num. 16. 17. 18. 19.*

Sep. imo, vt *Grauet. num. 30. vbi d. præscriptio* est contra eam, † contra quem præscribitur. Consuetudo vero contra tertium. Ergo sumus hic in casu præscriptionis.

Octauo præscriptio dicitur, † quando vniacquiritur, & alteri aufertur: Consuetudo vero vniacquiritur, sed alteri non aufert, *Grauet. num. 31.* Quia vero præscriptio non est probata, iuste

Acto-

Actores aliquandiu vsurpatum glandium tempore actum porcorum reuocare, & in syluis ipsorum ius à Reis prætersum, nondum vero præscriptum in posterum denegare ipsis possunt: Cum præsertim alias etiam vniuersitates non prohibeantur, ad communem vtilitatem, in pratis vel syluis, pascua ad certum tempus, certaque animalia restringere, earumque ordinationi singuli circum possessores, quamuis ius pascendi habent, tamen ad tempus parere coguntur, *Couar. pract. quest. 6. 37. num. 1. in princ. Wesenb. cons. 17. num. 88.*

Quæ omnia cum ita se habeant, concludit, in proxima instantia male iudicatum, & primæ instantiæ sententiam (quandoquidem Actori petitioni, & institutæ actioni aliquatenus videtur difformis.) Secundum naturam & formam actionis negatoriæ reformandam, & pro Actoribus, *Kolbach / contra Heidbach* pronuncian- dum.

Votum Dn. N.

- 86 Seruitus discontinua † non præscribitur, nisi tempore immemoriali. *l. seruitutes. l. 1. de seruit. l. 1. de ag. quotid. Balb. de præscript. in 2. part. 4. part. princ. §. 1. n.*
- 87 2. Sed hoc fallit, † si quis habet talem scientiam siue credulitatem, quæ iustificat possessionem, vel quasi, quia tunc sufficiunt 40. Anni. & de iure Canonico (quod in præscriptionum materia sequuntur Dd.) ita obseruari, dicit *Balb. d. loco.* Reos vero nostros, quibus nunc demum post multa secula ab Actoribus vsus viæ publicæ (quæuis non satis constat, an publica vel priuata sit) & Actus porcorum negatur, talem scientiam siue credulitatē semper habuisse, ex Actis testium dictis ex missiua à Iudicibus primæ instantiæ ad secundæ instantiæ Iudices transmissa, ex antiqua consuetudine & vsu illorū pagorū & vicinorū. Attestant quippe d. Iudices, *daß im Klingenberg länd- gertcht / die Gewonheit vnd alter Brauch sey daß alle Anstößer vnd Wittmärcker mit allem Vieh/ in Wälden vnd Feldern zusammen treiben:* Et quæuis etiam attestantur de consuetudine, glandium tempore, quod præcludant syluas: Non tamen sequi, quod prohibito tempore ad alias syluas communis pascui, ire vel agere non debeant.
- 89 Nam annua † prohibitio non fit ratione actus. Accedit confessio partis, & dicta testium. Facit difficultas proueniendi ad loca pascui. Et concessio, † quod plus videlicet pascua, in proprijs & alienis: conceditur, quod minus, scilicet Actus.
- 90 Titulum allegatum & probatum esse in 6. 7. articulo secundæ instantiæ: Ex vsu tanti temporis † præsumi titulum, quò casu seruitus discontinua præsumitur spacio longissimi temporis. *glossa Bartol. in d. l. seruitutes. de seruitut. & hanc esse communem Balb. supra dicto loco. Cepoll. cap. 19. de seruitut. vrb. præd.*
- 92 In probata præscriptione † iurium incorporalium deberi probari de scientia & patientia ad-

uersarij *l. 2. c. de seruit. & ag.* Tamen in consuetudine † inducta & inducenda, non necesse esse probare. *Balb. q. 10. p. 1. Alex. and consil. 6. vol. 1. & consil. 16. vol. 5.*

Inspectionem ocularem significare, † hanc viam esse vicinalem, & sic seruientem vicinis publice. *l. 2. §. viam publ. ne quid in loc. publ.*

Concludit, intentionem Actorum probatam, & proxime bene iudicatum. Expensas: vt placet Dominis.

D. N. Concludit cum Referentibus: Salua vltiore deliberatione, post vota Dominorum.

Votum Dn. N.

Præmittit: Actoresmet fateri, † se non plenam sed limitatam libertatem, & admodum exiguam habere in syluis. Deinde allegant: Reos habere aliam viam *im Freidenberger Wald:* Sed hoc non probarunt: Sed commissarij fatentur, eam viam esse asperam, & nimis deuiam. Cōcludit, quoad hæc duo, Actionem non probatam. Dato, quod sit probata: videndum, an elisa? Fatetur: Reos se fundare in præscriptione 10. 20. & 40. annorū, & immemorialis temporis. Præmittit: quod semper habuerint communia pascua: Licet in prima instantia de plano sit processum, & tanquam rustici, requisita satis deduxerint, pro qualitate huius negocij, sustineri posse. Rei certam viam allegarunt, quam Actores negant: Tamen ocularis inspectio dat, & testes dicunt, quod via sit 4. Ruthen breit / viam habere octo pedes. *l. via latitudo. de seru. rust. præd.* non releuare, quod prohibita: quia seruitus † viæ est ius indiuiduum. *d. l. 1. §. via.* Non releuare allegatam libertatem præsumptam, cum ex confessione partium, seruitutibus sit obnoxia. Probatum ius Actus, tempore permissio: Ergo incumbere probationem Actoribus, quod tempore prohibito non competat. *Rittingbergische Ordnung* † nihil de actu disponere. Sequi, Reos omni tempore seruitutem Actus habere: ideo recte dici, Actionem non probatam: Ideo non opus esse, disputare de præscriptionibus. Secundo, Rei dicunt, se hunc Actum & viam habere, intuitu pascui *im Freidenberger Wald:* Item quod singulis annis puteum purgare debeant: Ideo non iure † familiaritatis vsi hoc Actu, *l. generaliter. l. qui familiaritatis. de acquir. possess.* Sed intuitu iuris pasculandi, quod omni tempore in d. Sylua & alijs locis competat. Item aquam iumentis hauserint, & purgarint, qui actus inter vicinos, propter meum & tuum iure familiaritatis, dici non possunt.

Tertio dicunt Rei, se & suos maiores 10. 20. & 40. Annis, & vltra memoriã hominis, d. Actum ad Syluam Freydenberg. vfos fuisse. Hoc per testes satis probatum putat. Actorum quidam testes de sua inscitia; nec audiuisse, deponere. Inde infert, olim non fuisse dubium, quin iure seruitutis vsi sint.

Putat in hac exigua causa, allegatã præscriptionem satis probatam, cum etiam ex dictis ratio-

K 3 nibus

nibus, & generali consuetudine idipsum ius præscriperint: concludit, Actionem probatam, vt N. & N.

Votum D.N.

D.N. Haibacensium partes & iure & æquitate subnixos existimat: Ius enim agendi per syluam Actorum satis probatum. In antiquis ¶ non exactas requiri probationes. Accedunt duæ ¶ præsumptiones pro Reis, vnâ ex iure pascendi in d. sylua, qua venire commode non possunt, nisi per hanc viam. Altera, ex iure aquandi, quod habent jura Bullenbronn / qui est in media via. Hæc 101 præsumptiones ¶ fortiores sunt ijs, quas habent Actores: quarum prima est, ex libertate prædiorum: ¶ quæ eliditur in antiquis, concurrente fama, & præsumitur tunc contra libertatē. Myns. obs. 25. cent. 5. Secunda est, quam habent ex consuetudine loci, ¶ eaque eliditur facile, contrarijs actibus, qui contrariam consuetudinem inducunt. Et sic Actorum probationibus elisis, ¶ libertatem legitime probare debebant: quod non præstiterunt. Gabr. lib. 1. de probat. concl. 1. num. 62. Wes. conf. 98. num. 21. 22. Actus facultatis elidi, vt not. Wesemb. consil. 2. nu. 49. Gabr. lib. 5. tit. de præscript. concl. 10. num. 8. Ius familiaritatis hic non obstat, Innoc. in c. cum Ecclesia Sutrina, num. 4. de causa possess. & propr. & c. bona memoria, de post. prælat. ibi Bald. nu. 9. Guil. lib. 2. obs. 69. Kirchoff. cent. 4. concl. 92. in commun. opin. Item non deesse bonam fidem, l. si quis emptionis, Cod. de præscript. 30. annor. vbi habetur, bonam fidem esse sine titulo. Couar. cap. possessor. p. 2. §. 8. num. 2. Wesemb. d. consil. 2. num. 87. Item Reos non allegasse immemorabilem præscriptionem: sed iudicem ¶ non posse in hoc cognoscere, nisi allegetur, Wesembec. consil. 14. num. 65. Papa decision. 221. Boer. decision. 344. Tamen posse iudicem & esse arbitrarium, &c. Boer. vt supra, & Myns. obs. 28. cent. 3.

Concludit vt supra.

Sententia in comuni forma concepta & lata fuit.

V O T U M X I I.

In causa A. contra S.

S U M M A R I A.

- 1 Puncta & separata facti species quatuor proponuntur.
- 2 Inuestitura nouas habens, antiquas non tenetur ostendere.
- 3 Testes Reorum præferendi testibus Actorum.
- 4 Defectus testium Actorum.
- 5 Preambula duo per Actores probanda.
- 6 Possessio quare præsumenda clandestina.
- 7 Veritas contradicit antiquitati allegata.
- 8 Cultura agrorum non derogat nobilitati.
- 9 Incola in Rodel qualiter vsi sylua.
- 10 Mutari nihil, nec aliquid peti potest, quam ante fuit peritum.
- 11 Posito antecedente sequitur consequens.
- 12 Vasallus non debet excorari.
- 13 Capitula connexa non recipiunt separationem.

14 In feudis tenor obseruandus, & qualibet res præsumitur libera.

15 Argumentum ab absurdo.

16 Diuersa sunt qualitates inter Schultheissen & vasallum.

17 Vocabuli, Noth! exaggeratio qua.

18 Exceptione rei iudicata quare Rei recte repellantur.

19 Inuestitura facta, seruitia excludi vel recusari minime possunt.

20 Seruitiorum modum & mensuram in specie definire, non est opus.

21 Inuestitura tenor omnino obseruandus est, nisi vel mutatus, vel noua pacta monstrari possint.

22 Inuestitura tenor quis.

D. Referens N. nullitatem esse commissam in prima instantia. Sed transit cum Guil. obs. 88. lib. 1.

In secunda instantia, in libello appellationis quatuor puncta ¶ & separata factæ species proponuntur: de quibus separatim agendum.

In primo puncto, quoad Holschaumen tria videnda: 1. Quæ actio intentata. 2. An probata. 3. An elisa. Quoad primum: actum vtili interdicto, vt possidetis.

Secundo, An probata. Nonnullos testes deponere de possessione, & quod tanquam Greyhols, Rei syluam possederint.

Tertio, An elisa. Appellantes vi vel clam, & iniuste turbarunt Reos in possessione. Demonstratur inuestitura testibus Actorum & Reorum. Clara enim esse verba inuestituræ: quam ratificauit Zangis, pater Actorum, quod non impugnant, sed exigunt seruitia, & ad hæc coegerunt. Item quia in exceptionibus Reorum deducitur, quod & iuramentum exegerunt, atque receperunt, & in super aliquando pignorarunt: sed postea mutauit sententiam, & sic non inuestiuit: recepit enim iuramentum, sed deinde voluit mutare priorem inuestituram: quod non contradicunt Actores, & sic tacite fatentur. Nec posse dici, quod respectu aliorum bonorum factum: quia de alia inuestitura non constat. Et dum approbant partem inuestituræ scilicet dñe 24. Hufen / & alia: ideo & hoc non debere excludi, cum in eodem instrumento contineantur, Wes. conf. 2. num. 22.

Facit depositio septimi testis Reorum, qui hoc audiuit ex patre Actorum: saluat eas dictura ex omnibus circumstantijs. Ratificatam inuestituram, per vsum precarium, quem confessus est Zangis, vt testes quidam dicunt, constare ex probatis vtriusque partis. Rei non fuerunt obligati ostendere inuestituras: quia per eos non stetit, quo minus exhibeatur, quia dicunt, se nō habuisse alias, quam vltimam. Qui vero habet nouas inuestituras, ¶ antiquas non tenetur ostendere, Wes. conf. 2.

Iam de possessione. Primo de testibus videndum, quo loco ¶ Reorum videntur, præferendi. Menoch. de arb. lib. 2. cent. 1. casu 88. oranes fere testes

tes Actorum, exceptis quatuor, habere interese, & subditos esse eorum. E contra vero Reorum tales non esse, & quosdam Actorum testes non esse relaxatos, vt nonum, &c. quosdam contrarios, vt 10. & 20. Quod quidam paradoxa, non verisimilia deponant; quidam laborent in fama; quidam partes iudicis sibi assumant; Reorum dignioris esse fortunæ.

Duo præambula erant per Actores probanda, 1. se possedisse. 2. & turbatos, *Mench. remed. 30.* Quoad primum. Quidam dicunt de immemoriali, vt 19. 22. 23. Actorum testes, sed sunt subditi, vt supra dictum. Quod vi possederint, dicit testis 9. Actorum, sed Reorum 7. 9. 10. 11. Quod precario dicit testis 9. 14. 16. Reorum 5. 7. 10. 13. 6. *Clandestina præsumitur; ¶ quia sylua magna & Rei diu pupilli erant. Non obstat, quod quidam dicunt, Actorum patrem die ac noctu ligna auerxisse: quia id factum licentia patris Reorum vt testis 3. dicit: Frem haben Holtz darinn verliebert/ verkaufft/ darinn getagt / vt Mench. remed. 3. We- 7. semb. cons. 20. Campeg. de test. reg. 340. Veritate ¶ contradicere allegatæ antiquitati, vt Græuet. cons. 949. num. 24. consil. 894. num. 47.*

Concludit Articulos Reorum scilicet, 2. 3. 4. 5. 6. 9. 10. 11. 12. 13. & 14. & e contra, Articulos Actorum 1. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. & 11. in quibus de possessione agitur, esse elisos. Accedit confessio Actorum in articulo positionali 19. quem Rei acceptant: idque propter antiquiorem titulum & possessionem.

Non obstat allegata rusticitas: quia tamen possunt habere feuda: nec nobilitati ¶ derogat cultura agrorum, *Tiraq. de nobil.* Non esse *Freih Schultheissen* constare ex inuestitura & testium dictis. Incolas ¶ in Rodel vfos sylua, partim licentia Reorum, partim iure vicininitatis, & præstiterunt eis seruitia, vt testis 4. in prima instantia dicit: quod iussu Reorum fecerunt. Multi dicunt, daß sie dienst darumb müssen leyhen. Ergo, vtantur sylua, vt olim.

Dereliquis, non deductis in prima instantia nihil negotij nobis: qua non deuoluta: ergo nõ fundata iurisdictione. *Vant. intra quod tempus n. 86. Græuet. cons. 422. & 355. vbi dicit, quod nihil mutari, nec ¶ peti aliquid possit, quam ante fuit petitum. Damna illata, quoniam non deducuntur, nec commode per Reos deduci possunt, nec deducunt, remittit se in hoc ad placitum & iudicium dominorum, cum partim precario, partim pro precio, clam & vi abstulerint ligna.*

Quoad secundum punctum, seruitiorum præstandorum: qui cum sit tanquam consequens præcedentis, non putat immorandum: ¶ posito enim ¶ antecedente, sequitur consequens. 11. Nec tamen vasallus ¶ excoriari debet, *Brun. cons. 117. num. 194.* Ideo etiam confirmandam priorem sententiam.

Quoad tertium punctum, scilicet ius patronatus: qui cum transit in rem iudicatam, ideo

nihil amplius negotij: Et quamuis petant Rei, vt ex communi beneficio appellationis, etiam in hoc puncto pronuncietur: tamen cum hic separatus à reliquis sit; hic rescitari non potest. Procedit enim regula d. l. fin. C. de appell. quando sunt connexa ¶ capitula, leparationem non recipiunt. *Salyc. d. l. fin. C. de appell. & in l. 1. C. si vnus ex plurib. appel. allegat Bald. in l. per hanc, C. de temp. appell.*

Ad quartum punctum, concernens ius reuentionis der 4. *Suber:* Actores instituisse actionem præscriptis verbis, in factum, ex l. 2. C. de pact. inter emptor. Et hunc punctum non probant Actores: quia sunt quidem duo testes, sed discrepantes, vt puta, Actorum 3. in prima, decimus in secunda instantia testis & quartus in prima instantia, & quamuis Actores petant compelli Reos ad eundam instrumenta venditionis, & ita ad fundandam suam inentionem: tamen iniquum petunt l. 1. l. fin. de edend. vbi *D. Don à Fin regula, Eder. Dec. c. 1. num. 13. de probat. Mench. de arb. iud. casu vlt.* Cumque hic punctus non sit probatus; etiam confirmandam priorem sententiam. Vult compensare expensas, quia causa ambigua, & uterque partium respectiue obtinuit. Allegat *Afin. in praxi §. 31. cap. 5. num. 1.*

Votum D. N. Corref.

Referentis voto per omnia album calculum adijcit. Quædam addit: videlicet quod de Reorum titulo ex inuestitura perspicue constet: quod Actores per renouationem licet tali modo, vt scilicet ius lignandi sibi relinquatur, tacite fatentur: quo titulo ad colorandam possessionem, sibi adminiculum conciliant.

Accedunt præsumptiones validæ vtriusque instantiæ: Si enim Actorum parentes aliquod ius sibi voluissent præseruare, id dissimulatione non inuoluissent, quin inuestituræ inseri curauissent: Et sibi impudent. quod id occultarunt: In feudis enim ¶ tenor obseruandus: & quamlibet rem præsumi liberam. Mouet etiam ¶ argumentum ab absurdo: quo videlicet vasallus prohibeatur vti frui iure vtilis dominij. & dominus sibi id ipsum referuaret. Et quod quidam senex vidit, Actores lignatum proficisci, & quod maiores eorum idem ius exercuissent à suis prædecessoribus, audiuisse testatur, vt iam omittatur; testimonium istud petitorium respicere. & testem hunc Appellantiibus esse subditum; quamuis sit relaxatus à iuramento, omni tamen exceptione non esse maiorem, & naturam erga dominum affectionem eum exuisse, minime fieri verisimile, præcipue, cum contestem, qui idem per omnia testimonium cum eo concurrens dicat; habeat fere neminem.

Quoad seruitia: diuersas esse. ¶ qualitates inter *Schultheissen* & vasallum: nõ ideo recte ab vno ad aliud a gumentari. Exaggerat ¶ vocabulum *Nöth* id est angustiam, quod declaratur in fine inue-

inuestituræ: vt si bella vel hostilia immineant, &c. quodque laborarent: id quod adhuc fit in multis locis Germaniæ in vsu, vt olim viri nobiles stiuo manus admouerent, vt apud Romanos.

Quoad ius patronatus, nescit, ex qua causa priores Iudices indecisum hunc punctum reliquerunt: putat, exceptione ꝑ rei iudicatæ Reos recte repelli. Nam frustra ex communi beneficio appellationis implorant, cum id locum habeat in annexis, non separatis punctis. Sed hic sumus in causa, vbi distincta sunt capita, &c. l. scire oportet. de verb. oblig.

Votum aliud.

Cum videam, Actores Zuzenath suam intentionem, in prima parum, in secunda vero instantia non plus probasse: imo Reos suis exceptionibus abunde & sufficienter eam elisisse: prout à Dominis Referentibus ex actis deductum: præsertim quod attinet ad primum & quartum punctum: & secundus primo aliquanto connexus est, & ex inuestitura vterque dependet & consequitur. Facta ꝑ. n. inuestitura, seruitia debita excludi vel recusari inuicem possunt. Nec opus est, ꝑ modum & mensuram seruitiorum in specie definire: cum eius alia & meliores probationes non adsint, quicquid dicant aliqui testes, quam ex tenore inuestituræ, ꝑ qui omnino est seruandus, nisi vel mutatus, vel noua pacta monstrari possint: præsertim cum contrarium 21. 22. 23. & 25. quod Actoribus incumbat, probatum non reperitur. Tertius punctus in prima instantia satis fuit liquidatus, à quo nec appellatum. Inde beneficio communis appellationis frui non potest, per rationes allegatas. Acquiesco igitur votis Dominorum simpliciter, confirmando priorem sententiam.

D. N. Si in petitorio essemus tunc pro Actoribus pronunciarer, quia ꝑ inuestitura habet, ꝑ tantum quarta pars, scilicet, des Meznars geltehen vnd tacite denen von Schlag, der 4. Theil reseruat, sed in possessorio melius probasse. Ideo cum Dn. Referentibus, quoad 1. 2. & 4. punctum. De tertio fuit dubius.

D. N. vt Domini, sed quod ad tertium punctum pertinet, vult denselben abschlagen. Et pronunciamdum; bene iudicatum. Compensatis expensis. Interesse non satis deductum, malim dissimulare.

VOTVM XIII.

In causa ciuitatis B. contra O.

SVMARIA.

- 1 Der Schäfer soll wie ein anderer gehalten werden.
- 2 Ius pascendi opiloni, vel der Schäferen, non iure seruitutis vel alio titulo absoluto, saltem competit, vt alij cuilibet illius loci incolæ.
- 3 Quo tempore ius pascendi opiloni, vel der Schäferen competit.

4 Opilio non inique excluditur, quando & alij excluduntur, à iure pascendi.

5 Appellantium iura, ob qua ratione interesse ipsorum in hac lite se intromiserunt, vnde appareant.

6 Prata in quibus pascua prohibuerunt Actores, ipsorum sunt propria.

7 Princeps non est singularum rerum dominus, sed protector.

8 Die Gemeind Br. hat allweg vber Bonnu/ Weyd / Altmert. /c. Ordnung zu geben gehabt.

9 Vniuersitates non prohibentur ad communem vtilitatem pascua in pratis vel syluis ad certum tempus, certa que animalia restringere.

10 De aestimatione der 5. Schilling Heller / frustra & contra ius ex aduerso pretenditur.

11 Communicatis actus, administrationis potius videntur esse, quam iurisdictionis.

12 Iurisdicchio cum bonorum vniuersitatis vel incolarum proprietate, eorundemve administratione, nihil commune habet.

13 Villa quelibet, quamuis non habeat iurisdictionem, tamen circa rerum suarum administrationem, statutum facere potest.

14 Villa potest committere Officiali suo.

15 Villa nullum alias habet executores quam suum Officialem, qui nisi exequatur, illorum deliberatum esset ludibrio.

16 Officialis tenetur villa statuta sequi, non auctoritate statuentium, sed auctoritate iuris communis, approbantis statutum.

17 Das Berich zu Ddenh. hat vber des Schäfers Abtrag zu erkennen.

18 Dominium proprium habere Odenheimios rerum suarum particularium, & etiam communis.

19 Multa hec accedit moderationi, tanquam causatum sue causa.

20 Causari siue effectus expressio, tacitam sua causa expressionem inducit.

21 Causari idem est iudicium, quod ipsius causa.

22 Pignoratio siue manus inieccio actus iurisdictionis non est, & priuatis nonnunquam conceditur.

23 Equitatis ius quoque.

24 Multa, nõ intuitu alicuius iurisdictionis sunt exacta.

VOTVM Domini Referentis N. den Sastrieb vnd Weyd vor Georgij, auff der von Ddenheim Wiesen vnd Bestraffung der Schäffer belangend.

Num Actores contra Reos actionem l. Aquilæ, vel de pastu pecoris, quæ attestantibus Couarr. pract. quest. c. 37. num. 3. vers. 7. & Oldend. claus. 6. act. 19. nu. 2. 3. 4. 5. probarint. Non magni operis, quia Canonici Appellantes, actionem probatam, siue conquesta damna, & quidem ipsorum auctoritate & iussu illata esse, met non diffitentur. Ex actis quoque constat, daß der Schäfer ꝑ wie ein anderer gehalten werde. Sicque der Schäferen ꝑ vel opiloni, ius pascendi, non iure seruitutis, vel alio titulo absoluto: verum saltē competat, vt alij cuilibet loci illius incolæ, cū collectis, nepe frug-

3 gibus, & eo saltem tempore, † quo ager à cultura vacat, & pratis pastus non nocet. *Couar. d. loco,*
 4 *nu. 4.* Quando igitur alij excluduntur, † non ini- que & ipse id ferre debet, verno tempore, rena- scentibus herbis : tanto præsertim cum grege 700. ouium. Quæ vero appellantium vel sint, 5 vel vnde afferantur iura, † ob quæ ratione inter- esse ipsorum in lite hac se intromiserūt, ex ipso- rum defensionalibus & additionalibus apparet.

Anelisa.

Ad omnes illas assertiones, non difficilis vi- 6 detur esse responsio. Primo enim prata, † in qui- bus pascua recte prohibuerunt Actores, ipsorum 7 sunt propria : Princeps enim, † non est singula- rium rerum Dominus, sed protector : multo ergo minus inferior Dominus, nisi quoad protectio- nem & iurisdictionem : *Roland. à Vall. consil. 1. vol. 2.* Idque confirmant testes. Fatentur etiam, quod rei habeant vtile dominium, & quod disponere potuerint. Merito igitur pro arbitrio ipsorum de 8 eis hæcenus, (prout etiam 4. 11. 13. 14. testes, ad tertium interrogatorium, sexti positionalis at- testantur. *Das Die Gemeind allweg † vber Wonn/ Weid Altmert. Ordnung zugeben gehabt habe.*) incon- sulto magistratu, per dispensatores, vel per 9 communitatem constitutos, libere disponere, ab iisdem annuatim rationes exigere potuerunt : *Rol. à Valle. consilio 48. num. 9. 10. 11. 12. vol. 2. Schurff. conf. 2. cent. 3.* Nam vniuersitates † non prohiben- tur ad communem vtilitatem, pascua in pratis vel syluis ad certum tempus certa q; animalia restrin- gere, ipsorumque ordinationi circum possesso- res singuli, quamuis ius pascendi habentes, pare- re coguntur, *Couar. pract. quest. d. 6. 37. numero 1. in princip. Wesenbec. consilio 18. num. 88.* Præsertim ve- ro hic, cum testes dicant, vltra memoriam ita 10 prohibitum. Frustra & contra ius † ex aduerso prætenditur de æstimatione *der 5. Schilling Heller/ & quod eadem & similia, non Reis,* propter de- fectum Iurisdictionis, sed Actoribus competant. 11 Eiusmodi enim † communitas Actus administra- tionis potius videntur esse quam iurisdictionis : 12 quæ vero iurisdictionis, † cum bonorum vniuersita- tis, vel incolarum proprietate, eorundemue bonorum administratione, nil habeat commu- ne, *Couar. pract. quest. c. 1. num. 10. vers. decima con- clusio.* Hinc licet villa de iure communi nullā ha- beat iurisdictionē, adeo vt Rustici nulla iura ipsi sibi eligere possint, per quæ ordinarij seu provin- cialis ludicis aut multæ minuantur, aut augean- tur, *dannoch aber so mögen sie gleichwol ein Will- fur ihnen setzen : attestante iure Saxonico, Land- richter lib. 2. art. 85. & art. 79. lib. 3. auth. de nupt. §. dis- ponat. & l. omnium. C. de test. Vnd diß stehet dem Dorff frey/nach notturst/te. glossa d. art. 79. super verb. kein Recht aber mag es. c. l. fin. C. que sit lon- 13 ga consuetud.* Quin etiam quælibet villa, † quan- tumuis non habeat iurisdictionem, potest tamen facere statutum, circa suarum rerum administra-

tionem, puta de pecunia communitatis expen- denda, vel colligenda, & alijs, quæ non dependen- dunt de iurisdictione & eiusmodi statuti obser- uatione. Villa potest committere officiali † suo, 14 puta Sculteto, à superiore electo vel confirmato. Nullum enim † habent alias executorem, quam 15 suum officialem, qui nisi exequatur, illorum de- liberatum esset ludibrio, & officialis † tenetur 16 eorum statuta sequi (alias facit litem suam) non auctoritate statuentium, sed auctoritate iuris communis, approbantis statutam, attestante *Johann. Baptist. Caccialup. in repet. l. omnes popul. num. 8. 9. de iust. & iure.* Tanto igitur minus Actores sunt grauari, cum, præsertim sententia à qua dicitur, 17 *das vber des Schäffers Abtrag † das Gericht zu D- denheim zuerfentien hab :* Quo ipso Actores appel- lati, magis videri possunt, esse grauari. Quia vero sententiam ipsimet confirmari petunt, eorum petitioni acquiescendum, adeoque pronuncian- dum esse putat : Bene iudicatum, male appella- tum condemnando appellantes in expensas.

Saluo.

Aliud Votum.

Contentus sum argumentis adductis, quibus prioris iudicis confirmatur sententia. Inprimis, quod ex actis constat, & in confesso est, Oden- heimios † rerum suarum particularium, & etiam 18 communitatis, proprium habere dominium, vti- le videlicet, & sic consequenter, sibi competere tuitionem eius iuris.

Deinde æque constare puto, multam, *der 5. Pfund Heller/* vel potius emendam, damni illati, proueniētis ex pastu pecoris prohibito, non Do- minis Canonice, sed in vsum d. communitatis cessisse. Ex quo infertur, eius multæ vel emen- dæ moderationem, etiam cōmunitati attribuenda : cum ea † multa moderationi accedat, tan- 19 quam causatum ipsi causæ : Sed causati, † siue ef- 20 fectus expressio, tacitam suæ causæ expressionem inducit, *Gribald. fol. 174.* Et causati † idem est iudi- 21 cium, quod ipsius causæ. *fol. 170.* Sed & iuris est, quod pignoriatio † siue manus iniectio, Actus iurisdictionis non est & priuatis non nunquam cō- 22 ceditur : Ergo multo magis communitati. Idi- psum etiam † suadet æquitas, ne videlicet arbi- 23 trium & moderatio damni illati sit penes damni- ficantem potius, quam penes læsum, pro quali- tate excessus, de quo excessu multa inique re- torto, collato ad læsionem, in specie nihil hoc casu est propositum & probatum, concludo cū Dominis, bene iudicatum, male appellatum. Cum expensis.

D. N. Allegat *consil. Grattet. 238.* cum ad hoc o- pilio eodem iure censeatur, quo ipsi alij incolæ. Multa illa, licet sapiat iurisdictionem : tamen putat, vt per *Panorm. c. qua in Ecclesiarum. de consti. numero 5. 6.* concludit cum Domino Referente per omnia :

D. N. Concludit per verbum placet : quia cau-
 L. fa

24 *sa per se satis plana & perspicua, & multa † à communitate exacta, non intuitu alicuius iurisdictionis, quam Actores Reis fatentur.*

D.N. transit cum Dominis: putat Actores intentionem suam probasse, minimeq; elisam esse.

D.N. cum Dominis.

Sententia.

In Sachen Dechant vnd Capituls zu Brüssel pro interesse, vnnnd Eberhardt Schäfer Principal Appellanten, eins/ wider die Gemeind zu Dendenheim / Appellaten / anders Theils. Ist allem Vorbringen nach zu Recht erkannt / das durch Richter voriger Instanz wol geurtheilt vbel davon appelliert/berührte Appellanten in die Gerichtskosten / an diesem Keyserlichen Cammergericht auffgelaufen / ihnen den Appellaten nach rechtlicher Messigung zu entrichten vnnnd zu bezahlen völlig ertheilend.

V O T V M XIV.

In causa Bürgerm. Vnd Racht der Stadt R. auff der E. contra E.M.

S V M M A R I A.

- 1 *Ad acta notorium inducentia, quando in appellatione quis se refert, iudex causam ex officio pro conclusa acceptare, & definitiue pronunciare solet. Et ita quotidie in Camera obseruatur. num. 2.*
- 3 *Questio de decimis prestandis, de qua in hoc nostro casu agitur, in interpretatione verborum, contractus seu transactionis adeoq; in mera quest. iuris consistit.*
- 4 *Restitutio aduersus transactionem, & rem iudicatam, an locum habeat. Resp. negatiua. num. 45. & 110. Limitatur. num. 317.*
- 5 *Quid in primis in hac causa inquirendum.*
- 6 *Agenti in hoc possessorio quot probanda sint.*
- 7 *Possessorium vitale, pro quasi possessione rerum incorporalium datur.*
- 8 *Interdictum, vti possidetis, vt alicui competat, sufficit, quod tempore eiectionis possederit corpore.*
- 9 *Presumitur quis, qui se & antecessores suos antiquitus possedisse probauit, etiam nunc possidere. Quod ex communi Interpretum sententia sufficit. num. 10.*
- 11 *Possessio noua presumitur vitiosa, probando ipsam antiquiorem possessionem.*
- 12 *Actor hodie non amplius tenetur probare, se tempore litis contestationis possedisse.*
- 13 *Possessionem illius temporis, quo contigit spoliium, sufficit allegare, & postmodum, se olim possedisse: etiam si non probetur possessio illius temporis, in quo Actor se spoliatum dicit. num. 14.*
- 15 *Possidens olim, presumitur & tempore spoliationis possedisse, presumitur & hodie possidere. nu. 16.*
- 17 *Deiectio quare non opus habeat magna probatione.*
- 18 *Suspicianti se posse repelli, ex quo statim amittit possessionem, vitale interdictum, vnde vi, competit.*
- 19 *Tempus facte spoliationis non est necessarium, nisi cum dolus arguitur.*
- 20 *Cardo principalis controuersie huius causae in quo versetur.*
- 21 *Verba non solum, prout iacent, sed & quid fieri placuit transigentibus dispiciendum.*
- 22 *Transactio de futuris non valet: de preteritis vero transigi potest. nu. 23.*
- 24 *Ex futuris alimentis pendet vita hominis.*
- 25 *Transactio qualibet est alienatio.*
- 26 *Ecclesia bona sine sollemnitate requisita alienari non possunt.*
- 27 *Consuetudo non potest diminuere sollemnitates à Canone requisitas.*
- 28 *Transactio ex necessitate inita, absque sollemnitate, etiam de iure subsistit.*
- 29 *Transactio per Reum non seruata, an ab ea recedere possit Actor: Negatur. quod procedit, non solum si transactio tendit ad liberandum, sed etiam si ad obligandum. nu. 30.*
- 31 *A transactione, vna parte iniuta, altera recedere non potest.*
- 32 *Ex transactione nuda non oritur actio, sed solum exceptio.*
- 33 *Transactio vestitur quatuor modis.*
- 34 *Transactio in hoc casu per traditionem & iuramentum est vestita & corroborata.*
- 35 *Ex transactione hac competit Actori actio propter secretam traditionem.*
- 36 *Princeps sub fide promittens, habetur pro iuramento, eig, equipollet.*
- 37 *Compromissum sub fide & dignitate Principum firmatum, pro iuramento habetur.*
- 38 *Pactum nudum vestitur iuramento.*
- 39 *Differentia inter pacta & transactiones que.*
- 40 *Dispositio iuris, contractibus denegat executionem paratam.*
- 41 *Transactionis causa, qua actione agi potest.*
- 42 *Causa transactione finita resuscitari non debent. Transactio qua non minorem auctoritatem habet, quam res iudicata. num. 43. nec per rescriptum Principis rescinditur. num. 44. nec sub praetextu instrumenti nouiter reperti, vel ob grauem lesionem. num. 45.*
- 46 *Transactio est contractus innominatus.*
- 47 *In contractibus Innominatis locus est poenitentiae: in transactionis vero contractu speciale est, quod ab ea, etiam re adhuc integra, recedere non liceat. 48.*
- 49 *Contra transactionem veniens, dicitur venire contra ius & aequitatem naturalem.*
- 50 *Transactionem initam esse sub duabus distinctionibus & reseruationibus, ex quibus verbis pateat. & num. 51.*
- 52 *Propriet. as verborum Sonst aber, Item Sonst anderst/ que.*
- 53 *Verba illa, Sonst aber alle andere Zehenden/ quam habeant vim.*
- 54 *Verba sunt restringenda ad qualitatem ante expressam, qua excludunt, quando opponuntur rebus, que sunt de genere precedenti.*

- 55 Dicitio, præter, excludit, quando opponitur rei, qua non est de genere præcedenti.
- 56 Limitata causa, limitatur effectus, etiam in bona fidei contractibus.
- 57 Contentio ultra id quod actum est, non porrigitur.
- 58 Actum in dubio id solum intelligitur, quod verba demonstrant.
- 59 Clausula illa, *Sonst aber* etc. qui intelligenda.
- 60 Sequentia declarans, & restringunt præcedentia. & num. 160.
- 61 Verba debent intelligi, ut aliquid operentur, & ne sint frustratoria.
- 62 Verba in contractibus posita, semper debent intelligi, ut aliquid importent: imo in eis nedum clausula, sed etiam minimum verbum non debet esse sine virtute operandi. nu. 63.
- 64 Verba præcedentia quando sunt obscura, sequentia vero determinata, tunc sequentia determinant præcedentia. Secus si sequentia obscura & generalia essent, præcedentia vero expressa & determinata. num. 65.
- 66 Verba præcedentia, *Allerdings nichts davon aufgenommen* sunt obscura.
- 67 Verba sequentia, *Sonst aber alle andere Zehenden auff dem Land &c.* omnino sunt clara, expressa & restringenda.
- 68 Verba illa an benannten Orten quid inducant.
- 69 In contractibus magis mens, quam verba attendenda, deque mente ubi apparet, non curamus de verbis.
- 70 Causa debet inspicere, & causa ampliatur vel restringitur reservationem, vel exceptionem.
- 71 Contrahentium voluntatem magis, quam verborum conceptionem inspicere, iustum est.
- 72 In contractibus veritas rei potius, quam scriptura perspicere debet.
- 73 Scriptura quando plus valet quam quod actum, itemque contrahentium verba potius, quam voluntas, quando inspicenda. ibid.
- 74 Propositum in mente nihil operatur.
- 75 In testamentis non sufficit, testatorem ita voluisse, nisi disponat.
- 76 A verbis receditur, quando aliter constat de mente disponentis.
- 77 Actum quod est, si non apparet, non est recedendum à verbis: & actum videtur, quod ex verbis colligitur. nu. 78.
- 79 A verbis contractus cur non sit recedendum.
- 80 Ex loquela hominis, eius animus iudicatur.
- 81 Verba contractus, sunt forma contractus, qua forma dat esse rei.
- 82 Mentis nostre nullum est maius testimonium, quam qualitas inspecta verborum.
- 83 Transiens generaliter, non censetur de vna tantum parte cogitasse.
- 84 Transiens specialiter de certis & in transactione expressis rebus, non censetur vniuersaliter de rebus omnibus egisse.
- 85 Incogitantia alicuius, ius alteri inde acquisitum auferre non debet.
- 86 Propositum in mente retentum, nihil operatur.
- 87 Iudex questionem, in hoc nostro casu contentas facti non admittit.
- 88 Transactio prætextu alicuius omisi vel incogitati impugnari non debet.
- 89 Contrahentes, tempore transactionis, inter Rot. & Der. v. marcas discrimen habuisse & constituisse, ex quibus verbis patet.
- 90 Marca seu territorium qualiter accipiatur.
- 91 Pagus Der. v. wana non solum distinctas marcas & limites, sed & distinctas & proprias decimas habet: unde probetur, nam. 92. 93. 94. 95. 96. 97.
- 93 In antiquis sufficit de auditu deponere.
- 97 Nulla est villa, nullum castrum, quod non suos cerros fines habeat. ex iuris præsumptione.
- 98 Officium suum nemini debet esse damnosum.
- 99 Ex falso antecedente malum fit consequens.
- 100 Argumentum à marca iurisdictionis, ad marcam absque iurisdictione non valet. Limitatur ratione decimarum præstandarum. ibid.
- 101 Aduersis & differentibus non inferitur de vno ad aliud.
- 102 Dominorum aliquis nonnunquam Dominium & iurisdictionem, alter vero decimas habet.
- 103 Propter hoc adesse, non contingit illud abesse.
- 104 Magis semper inspicendum quod in presenti, quam quod olim factum.
- 105 Transactio olim cum maioribus de omnibus rebus, sub specificatis conditionibus inita, non est ad hoc tempus, ubi alij mores & alia tempora, sub iisdem conditionibus de rebus omnibus contractis trahenda.
- 106 Ex quibus verbis pateat discrimen inter antiquam & nouam transactionem initam.
- 107 Transactionis contextus quis.
- 108 Lesio, que specificè probari debet, non præsumitur.
- 109 Pro lesione parua non datur restitutio 16. lesie.
- 110 Transactio, prætextu lesionis, ob dimidium iusti præcij, non resinditur.
- 111 Contra transactionem venire volens, tenetur prius offerre restitutionem acceptorum, sin minus sit, non est audiendus.
- 112 Differens facere quod debet, non potest petere quod debetur.
- 113 Transactio iuramento vallata tamen prætextu lesionis non infringitur. Nec ei subuenitur, etiam si ultra dimidiam probetur lesio. num. 114.
- 115 Priuilegiatus non vitur priuilegio, contra a que priuilegiatum.
- 116 Duo vnâ eandemque rem, vno eodemque tempore possidere non possunt.
- 117 Spolium fit quavis deiectione, & sine vi.
- 118 Possessionem, proprio interueniente facto seu culpa, amittens, Canonis beneficio non gaudet, quod omnium legum Interpretum sententia est receptum.
- 119 Possessione destituito propria sua culpa, denegatur actio contra bona fidei possessorem.
- 120 Spoliatus non restituitur, quando possessionem in aduersarium sua sponte transtulit.
- 121 Reis spolium consentientibus, an quasi exceptio do-

- n. inij. competat, queritur. Distinguitur à Dd. num. 122.
- 123 Transactionis huius qua fuerit impulsua & finalis causa.
- 124 Partes ad quem finem consequendum inuicem conuenerint.
- 125 Vocabulum, *Marckung* / in qua significatione à transigentibus acceptum.
- 126 Exceptio firmat regulam, in casibus non exceptis.
- 127 Inclusio vnius, est exclusio alterius. & num. 237.
- 128 Ex transactionis causa finali, intentio contrahentium maxime conspicitur.
- 129 Presumitur isdem conditionibus & qualitatibus onus in se denuo recipere, quibus antea alicui per transactionem collatum est.
- 130 Nouatio non presumitur, nisi probetur, nec creditur quis in sui imprimis dispendium animum suum, vel voluntatem mutasse, nisi de eo manifeste constet.
- 131 Nemo presumitur suum iactare.
- 132 Ordinaria charitas incipit à se ipso.
- 133 Iuri natura & aequitati conuenit, vt commodum sequatur eum, qui sentit onus,
- 134 Presumptio est pro magistratu, quod potius prodesse bono publico, quam nocere vellet.
- 135 Presumitur potius pro eo, qui certat de damno vitando, quam qui caprat lucrum.
- 136 Transactio concernens alimenta Ecclesiarum est extendenda.
- 137 Voluntas illa non solum euidentis & expressa dicitur, qua ipsis verbis declaratur, sed etiam, qua per coniecturas colligitur.
- 138 Expressum dicitur, non solum quod verbis exprimitur, sed & quod euidentissimis signis colligitur.
- 139 Testes duo, maxime si ab aduersa parte contrarium non probatur, sufficiunt.
- 140 Commodum, cum neque principaliter, nec in consequentiam ad singulos inde peruenerit, tunc testes de vniuersitate admittuntur.
- 141 Voluntas deliberata atque certa magis re ipsa probatur, quam verbis.
- 142 Factum secutum ostendit effectum & mentem deliberatam.
- 143 Iudex in pronunciando, Reorum voluntatem, cum perspicua sit potius, quam verba scripta, sequi debet.
- 144 Testimonium mentis nullum maius, quam qualitas verborum.
- 145 Coniectura à voluntate contrahentium, & causa finali ipsa ducta, praeualet coniecturis, ex verbis tantum deductis.
- 146 Voluntates contrahentium ob subtilitates verborum impediri ac coarctari non oportet.
- 147 Verbis quod deest, id ex coniectura & mente contrahentium, & causa finali suppletur.
- 148 In transactionibus non tantum quod scriptum, sed etiam quod actum, inspicere debet.
- 149 Decima ad conseruationem ministerij destinata, non debent ad prophanos vsus collocari.
- 150 In contrahentium facultate non est, res piis vsibus semel publica auctoritate destinatas, priuato suo contractu, ad alium finem deputare, & Ecclesie subtrahere.
- 151 Alienatio omnis rerum ecclesiasticarum, monasteriorum, hospitalium, & aliorum piorum locorum, quocunque titulo donationis, venditionis, permutationis, cessionis, &c. est prohibita.
- 152 Declaratio potius in iudicando obseruanda, qua contractum confirmat, quam qua eum infirmat.
- 153 Voluntas & facultas partium in quolibet contractu perficiendo omnino requiruntur.
- 154 Voluntas quando à potestate, & potestas à voluntate discordat, nil valet, quod agitur.
- 155 Cum damno alterius locupletari non solum iniquum, sed etiam bona fidei contrarium, dolique non minimam suspicionem praebet.
- 156 Ex lesione enormissima, de dolo suspicatur.
- 157 Transactio propter manifestum partis dissensum, necessario corrumpitur, mutuo enim consensu contrahitur, nec ad incogitata porrigitur.
- 158 Transigens super incogitatis & occultis, non tam transigit, quam decipitur.
- 159 Transactio ipsa, vnius partis consensu deficiente, est nulla.
- 160 Verba sequentia ex praecedentibus sunt declaranda, & maxime si obscura sunt.
- 161 Clausula generalis, *Aller anderer Zehend auff dem Land* / refertur tantum ad specificata, *Das selbste gelegen*.
- 162 Verba illa, *Zu des Ordens eygene Güter das selbsten gelegen* / sunt specificata.
- 163 Verba illa, *Allerdings nichis außgenommen* / generalia sunt.
- 164 Ea plerumque, qua in anteriore parte contractus posita sunt, intelliguntur repetita in posterioribus.
- 165 Clausula in fine posita, refertur regulariter ad praecedentia.
- 166 Mens contrahentium, & ratio contractus ipsorum, pro vno eodemque habetur.
- 167 Voluntas contrahentium magis colligitur ex ratione contractus, quam ex verbis; & potissimum ex causa conuentionis.
- 168 Dispositionem ipso effectu suppleri sufficit, licet verba laedi videantur.
- 169 Qui in transigendo aliquid abscondit, sui lucri, & decipiendi aduersarij causa, non potest doli suspicionem carere.
- 170 Dolus est occultare, quod quis celare non debuit: Non enim celare debet, qui cum alio contrahit, id, quod interest scire contrahentis, & quo cognito, non ita contracturus esset. ibid.
- 171 In dubio presumitur de aequalitate inter contrahentes actum.
- 172 Interpretatio est facienda vt aequalitas seruetur.
- 173 Inaequalitas minor si ex interpretatione à mente contrahentium sequatur, quam ex verbis desumpta, merito contrahentium intentio verbis praeponderare debet.
- 174 Dictum illud, quod fatuitas & incogitantia illius, alteri ius quaesitum auferre non debeat, cur hoc loco non procedat.
- 175 Actor aperite mentem suam declarare debet, quod cum

- cum non faciat, sibi imputandum est.
- 176 Transactio non est trahenda ad ea, quae pars altera non cogitat, & quorum si fieret admonitio, non ita contraheret. Ratio, nam transactio requirit consensum, qui non est in errante. n. 177.
- 178 Actor defensiones, siue instrumenta pro se producta, etiam contra se admittere debet.
- 179 Petitorium iudicium cur in hoc casu locum habeat, & quare possessorium non. nu. 180. 182. 183. & 184.
- 181 Iudicium possessorium quando, & quando petitorium competat.
- 185 Transactiones tantum sunt vincula personarum, easque ad dandum vel faciendum adstringunt, res vero ipsas, super quib. interponuntur, non afficiunt.
- 186 Transactio neque per se, nec sua natura, dominium transferre potest, sed actus naturalis, traditio scilicet requiritur.
- 187 Patientia in incorporalibus est pro traditione.
- 188 Patientia cessante, cessat quoque translatio dominij, tanquam illius effectus.
- 189 Meru gestum, per spontaneum actum subsequenter ita confirmatur, vt amplius retractari non possit.
- 190 Praiudicium nec in petitorio, nec in possessorio generatur Actori, si Reo iure familiaritatis, & ex ciuilitate aliquid concesserit, vel etiam, si Actore inuito vsus fuerit.
- 191 Procurator sine mandato domini non recte alienat, nec ius domino competens vtiliter remittit.
- 192 Vis expulsiua non eodem modo, quo vis compulsua, per sequentem actum purgari potest, quia vis compulsua ab initio habet consensum.
- 193 Voluntas coacta, dicitur voluntas.
- 194 Voluntas coacta in superficie habet volitionem in medulla nolitionem.
- 195 In contractibus, per quos, vel dominium, vel possessio, vel obligatio acquiritur, initium, non consequens complementum consideratur.
- 196 Actor quod non habet, transferre non potest.
- 197 Renunciatio dominij possessionem, quae apud spoliatum non fuit, abdicare non potuit.
- 198 Lesio enormissima ex re ipsa contingens, & dolo, ex proposito comparatur.
- 199 Exceptio enormissima lesionis possessorio opponi non potest, sed tantum petitorio.
- 200 In petitorio principalis questio qua.
- 201 Rei sub quo modo ius decimarum in Actores transtulerint.
- 202 In omnibus dispositionibus, sub conditione, vel modo iniris, deficiente modo vel conditione, deficit dispositio. Modus enim est pars ipsius dispositionis, illiusque quasi causa finalis, qua cessante, merito cessat dispositio. num. 203.
- 204 Prouisio hominis, facit cessare prouisionem legis.
- 205 Per recessum Imperij, de Anno 55. litigatoribus nostris, facultas super sustentatione ministerij ecclesiastici transigendi, expresse est permissa.
- 206 In contractibus, cum verba clara sunt, illis omnino est inhaerendum, nec contra propriam eorum significationem interpretatio admittenda.
- 207 Certitudo verborum declarat certitudinem intellectus. Et praesumitur talis animus, qualem verba demonstrant. nu. 208. Nec animus intelligitur sentire, quod verbum non sonat, cum virtus ad illud non porrigatur. nu. 209.
- 210 Sensus vbi est manifestus, interpretatio nulla tantum valere potest, vt melior sensu verborum existat, quia omnis argumentatio, in casu claro, est reijcienda.
- 211 Baldus imbecillitati intellectus adscribit, a claris verbis ad coniecturas, tanquam a certis ad incerta recurrere.
- 212 Verba dubia vel ambigua si proferantur, contra proferentem interpretatio est facienda, quia apertius ea proferre potuit.
- 213 Ex verbis transactionis in hoc casu quid colligendum.
- 214 Particula aduersatiua: *Sonst en aber* quid probet hic.
- 215 Clausula, *Sonst aber* si diuersum a priore non inferat, superuacanea & ociosa erit; quod de tota clausula dispositiua affirmare absolum est.
- 216 Verbum vnumquodque in qualitatibus, cum effectu & virtute operandi positum intelligitur.
- 217 Rei merito ex illa clausula *Sonst en aber* etiam secundum improprium illius sensum cur obligentur.
- 218 Decima dominis locorum non debentur, sed parochiis, quae iurisdictione carent.
- 219 Decime non iure iurisdictionis, sed ad instar quorumlibet fructuum, quorum decimam partem faciunt, iure soli percipiuntur.
- 220 A marca iurisdictionali vitiosa est Reorum collectio.
- 221 Verba clausula, *In der Statt Markung* qui accipienda.
- 222 Verba improprie omnino intelligenda sunt, cum in proprio sensu actus subsistere nequit.
- 223 Certitudo decimarum zu *Detwang* vnde quoque probetur.
- 224 Praesumitur hodie durare, quod olim fuit.
- 225 Definitio enormissima lesionis qua. & numero 226. 227.
- 228 Ad lesionem omnino probandam requiritur, certam qualitatem exprimi.
- 229 Quare ea, quae de reorum mente & voluntate fuisse disseruit *Correterens*, hic non habeant locum.
- 230 In contractibus, qui synallagma & mutuam obligationem continent, vnius consensus rei substantiam non constituit, sed necesse est, duos, pluresue in idem consentire: Idque quando seruari debeat. numero 231.
- 232 Verba sequentia cum diuersam a praecedente inferant, impossibile est, ex praecedentibus, tanquam ex simili intelligi posse.
- 233 Decima non recte assignantur domino in eo, quod illius totum est.
- 234 Res sua sicut domino seruire non potest: ita in rebus propriis onus decimarum vlli constitui non potest.
- 235 Actor in hoc casu, quare condemnatur.
- 236 Actor petitionem, post lris contestationem, in pra-

- inducium Rei qui eam acceptauit, mutare non potest. & nu. 237.
- 238 Geminatio alicuius clausula, naturam partium deliberationem, & disertam precisamque earum voluntatem arguit.
- 239 Omnia qui dicit, nihil excludit.
- 240 Post casum decimum non amplius laborandum, nec rem in dubium vltra vocandam.
- 241 Iudex in vltimis voluntatibus, qua fuerit defuncti sententia, non aliter, quam venator leporem indagare debet.
- 242 In contractibus, precipue qui stricti iuris sunt, in quibus Cancelli a contrahentibus circumscripti, minime transliendi, sed quod nominatim non expressum, pro amisso ipsaque verba sunt pro lege habenda. Nec aliud, quam quod in scriptura est expressum, actum intelligitur. n. 243.
- 244 Testamenta, cum ex sola testatoris voluntate dependeant, merito quibuscunque possumus coniecturis inuestigare atque inspicere debemus.
- 245 Nemo existimandus dixisse, quod non mente agitaret: Et ex hominis loquela, eius animus iudicatur.
- 246 Patrocinium a dolo implorare, aequitatis ratio non patitur.
- 247 Contractui legem apertiolem non dicens, cum facultas summa, & spatium deliberandi liberum ei daretur, sibi imputet.
- 248 Contractus ab initio sunt voluntatis, at ex post facto necessitatis.
- 249 Beneficium in ipsius collatoris damnus & necem velle interpretari, aequitati minime consentaneum esset.
- 250 Commendator, persona nimirum specialis, toti ordini cui transactione ius quesitum, prauidicium aliquid creare nequit.
- 251 Decimarum praestatio, est quaedam seruitus.
- 252 Decima non tam personarum, vt puta Episcoporum aut Clericorum, sed ratione Ecclesiarum a Deo sunt constituta & reseruata, inque dominio Ecclesiarum esse censentur.
- 253 Decima parochiali Ecclesia sub qua pradia sunt, dari debent.
- 254 De ima diuerso effectu, Deo & Clericis soluuntur: Deo enim, in signam vniuersalis dominij, Clericis vero solummodo pro diuino officio.
- 255 Decima pauperibus dari non possunt, cum ipsis Clericis debeantur.
- 256 Nullus Clericus vel Laicus, pactis aut transactionibus, vllam potestatem decimarum prouentum ab Ecclesia abstrahendi habet, Et traditio, si qua facta fuerit, habetur pro irrita.
- 257 Res cum suo onere transit.
- 258 Altari qui seruit, de altari viuere.
- 259 Cessante priuilegij causa, etiam eius effectus cessare debet.
- 260 Quod in fauorem Ecclesiarum & ministeriorum est constitutum, id in ipsorum odium trahi non debet.
- 261 Legum Correctio est vitanda.
- 262 Priuilegia Ecclesiarum magis, quam priuatorum pactiones attendere aequum est.
- 263 Verba illa, Wie bisshero / auch fürbasshin derri Orden bleiben / antiquam perceptionem & possessionem denotant.
- 264 In transactionibus & aliis contractibus, non solemus a verbis recedere.
- 265 Intentio Reorum, in hoc casu, de retinendis decimis ad vtranque Ecclesiam pertinentibus fuisse, vnde praesumatur.
- 266 Verba illa vniuersalia, Allen Weingehenden nullas decimas vinearum excludunt.
- 267 Verbum, Marchia: vnde ducatur originem. Propria vero considerata significatione, Marca siue Marchia, quae. num. 269.
- 268 Marchiones, limitum praepositi dicti sunt, quod aduersus hostes militarent.
- 270 Detwang est de pertinentiis Rotenburg eiusque iurisdictioni subest.
- 271 Transactio per errorem non impugnatur: Secus tamen si error re ipsa comprobatur: tunc enim, vbi inter partes diuersa est sententia, rescindi potest transactio. & num. 272.
- 273 Ecclesia, ciuitas & minor aequiparantur.
- 274 Minor, si transigendo ex verborum effusione damnus subeat, per in integram restitutionem ei subueniri debet.
- 275 Mens, quando est certa, non curatur interpretatio, a mente aliena.
- 276 Interpretatio non debet fieri ad literam sed ad sensum, vt qui verbis praeualeat.
- 277 Contrahentium propositum, quibuscunque etiam verbis, siue proemialibus, siue dispositiuis appareat, sufficit.
- 278 Contrahentes etiam de decimis ex finibus Derwangensibus colligendis sensisse, quibus verbis ostendatur.
- 279 Verba conuentionis sunt attendenda.
- 280 Decimas vinearum in Detwang in fauorem Reorum in Conuentione esse inclusas, ex quibus apparet.
- 281 Rei cuius vigore & ope adepti sunt quasi possessionem, in decimis colligendis in Detwang.
- 282 Verba ex natura & qualitate contractus, secundum obiectam materiam intelliguntur.
- 283 Commoda cuiusque Rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, secundum naturam est.
- 284 Absurdum est alium habere commodum, aliumque sustinere incommodum.
- 285 Lex conuentionis est interpretanda, ne iniustum aliquid & rationi contrarium inducat.
- 286 In dubijs benigniora semper sunt praefenda. Eaque assumenda interpretatio, qua vitio careat.
- 287 Verba debent interpretari contra eum, qui se fundat ex verbis, & qui ex eis utilitatem percipere vult.
- 288 Interpretatio in hoc nostro casu, eo magis contra Actorem nostrum est facienda, cum is ad lucrum sine onere anhelet; Rei vero certent de damno vitando.
- 289 Frangenti fidem, frangatur eadem.

- 290 Dispositio Canonis redintegranda, quae ratione sit inducenda.
- 291 Spoliato, qui iustam causam se spoliandi spoliatori praestitit, & vel ex facto suo, aut alia iusta causa à possessione cecidit, remedium Canonis redintegr. non conceditur.
- 292 Emphyteuta, si ob non solutum Canonem infra biennium, cecidit à possessione, non competet ei remedium recuperanda possessionis.
- 293 Priuata auctoritate occupans rem sibi debitam, ex eo facto ius accipiendi non nanciscitur.
- 294 Emphyteuta non soluente Canonem, dominus directus ad se recipiens fundum Emphyteuticum nihilominus recuperat utile fundi sui dominium.
- 295 Commendatores Commenduris praeficiuntur, personamque magistri praesentant.
- 296 Transactionis interpretatio, in magna lucris & oneribus inaequalitate magis pro oneratis, quam de lucro certantibus, facienda est.
- 297 Sententia à qua, in hoc nostro casu, cur non confirmari possit.
- 298 Res semel Deo dicata ad vsus humanos non debet transferri.
- 299 Rotenburgenses besitzen das Gericht vnnnd ämpfer zu Detwang/ haben daselbsten die Oberkeit, etc.
- 300 Detwang ist ein Anhang der Statt vnnnd Marckung Rotenburg.
- 301 Derwangenses seyn Bürger zu Rotenburg.
- 302 Transactio, eiusue clausula, Sonst aber alle andere, etc. quare inanis, superflua, aut ociosa non sit.
- 303 Scientia & patientia retentionis alicuius rei, pro traditione habentur.
- 304 Confessoria actio datur alicui, ratione iuris sibi debiti contra impedientem ad declarationem sui iuris.
- 305 Decima iam sunt alienabiles.
- 306 Probato vnius partis disensu, transactio corrumpitur.
- 307 Per duos vel tres testes contrarium, contra instrumentum probari potest. Licet tali instrumento appositum sit sigillum publicum. num. 308.
- 309 Probatio in contrarium, contra quamlibet scripturam, tam priuatam, quam publicam admittitur.
- 310 Verba illius clausula, Sonstken aber / &c. sunt generalia, von Weitzgehend aber reden sie in specie.
- 311 Transactionis proximum quoque declarat, quod Rei verba in transactionis instrumento alio sensu acceperint.
- 312 Interpretatio contra eum, qui tantum de turpi lucro certat, praesertim si litera conuentionis illud patitur, facienda est.
- 313 Nemo decimas Ecclesiae potestatem auferendi habet.
- 314 Dispositiones ita intelligenda ne sequatur absurdum, & lesio partis.
- 315 Non debet in consequentiam trahi, quod contra iuris rationes introducitur.
- 316 Actor, quare de spolio iustam conquerendi causam non habeat.
- 317 Iuramentum in transactione iurata, si enormissima lesio adest, non valet. Imo sine relaxatione auditur num. 319.
- 320 Cardio controuersia in illis verbis, Ob der Zehend zu Detwang auch darinnen begriffen/ Transactionis versatur.
- 321 Verba sunt cordis nuncia, hominisque mentem adeo declarant, vt ex speculo facies cognoscitur.
- 322 In ore & mente praesumitur esse idem.
- 323 Verba in contractibus habentur pro textu, cuius magis quam glossae credendum. Eique standum est, licet aliae praesumptiones preponderent in contrarium. num. 324.
- 325 In materia stricti iuris, nulla syllaba ociosa intelligitur.
- 326 Verba ad eum casum, in quo sunt superflua, restringi debent, dummodo sanus intellectus accommodari possit.
- 327 Verba contractus, vt aliquid operentur, impropria-ri potius debent.
- 328 Verba cum sint clara, non sunt disputanda, nec ab eis recedendum, nec sunt expendenda.
- 329 Lesio transactionis probari debet tempore contractus, nec valet, si post. Quo casu nec Ecclesia restituitur, aut Transactio rescinditur. num. 330. Imo nec praetextu vltra dimidium iusti precij. numero 331.
- 332 Decima per vim occupata, & non restituta, debent prius restitui.
- 333 Iniquum est, pacto id perimi, de quo cogitatum non docetur.
- 334 Quilibet propria auctoritate sibi consulit in suo territorio.
- 335 Detractio siue limitatio fit, quoad species, & particulariter.
- 336 Ab vna specie vel parte, non ad aliam, multo minus à specie vel parte ad totum, vel genus fit illatio.
- 337 Decima hic non considerantur iuxta territorium iurisdictionis.
- 338 Decima diuerso respectu hic considerantur.
- 339 Decima in specie distinguuntur & separantur, in limitatiuis & referuatoriis: Et hoc quidem dupliciter.
- 340 Consideratio vniuersalis, totius parochialis circuli, ad quem effectum extendatur. num. 341.
- 342 Consideratio particularis decimarum, quomodo fiat.
- 343 Distinctiones in hoc nostro casu posita, non pertinent ad materiam subiectam.
- 344 Nostra non amittimus, non vtendo, nisi per iustam praescriptionem.
- 345 Decima dupliciter ad Detwang pertinere dicuntur. & num. 346.
- 347 Is, cui ex pacto ius quaesitum est, onus probandi, per certas, non ambiguas clausulas, de quo se cogitasse asseruit, subire debet.
- 348 Scopus totius causa in quo consistat.
- 349 De iure communi fines late accipiuntur.
- 350 Fossa inter duos fundos, & ingressus inter duos vicinos, vel duas domos, vtriusque vicinis pro media parte cedit.
- 351 Decima circa pagum Detwang interdum specialissime accipiuntur. Et huius ratio quae. num. 352.

- 352 Das Kuggeschrey, proprie pertinet ad rationem ruralis Marchie, der Feldmarckung.
- 353 Non enim quicquid ab iniurto sumitur, iniuriose auferitur.
- 354 Verborum proprietates suo loco qua.
- 355 Clausula in hoc casu posita quasi superflua. Item cur absurda. num. 356. Iurique cur aduersa. numero 357.
- 358 Actor ante transactionem obligatus fuit, ad alimentandos decem presbyteros idoneos.
- 359 Decima siue alimenta ministrorum Ecclesie alicuius, praterito tempore iniuste detenta, a quocumque detentore seu possessore peti possunt. Et illi, cur teneantur restituere. num. 360.
- 361 Remissio decimarum, vt minus percipiatur de decimis ad vsus sacros & ministerium, quam de iure diuino sit debitum, est inualida.
- 362 Administratores ciuitatum, debitum liquidum, nisi quis studio cecutiatur, remittere nequeunt. & quare. ibi. num. 363.
- 363 Remittere & donare est species dilapidationis.
- 364 Mandatum quantumcunque generale, ad casum donationis non extenditur.
- 365 Natura non patitur, vt qui ex imprudentia vulnus accepit, ob hoc Chirurghi manu destituatur.
- 366 Leges indigne lasis, suum auxilium non denegant.
- 367 Tranquillitati nihil magis inimicum, quam sub iuris pretextu statuere alterum in alterius vtilitatem grauari.
- 368 Restitutio cum alterius iactura dari non debet: Nec ob aduersarij commodum alicui venit deneganda.
- 369 Aequitas non patitur eum destitui, qui aequum & bonum inuocat, ne inde iniuria occasio nascatur, vnde iura proficisci debent.
- 370 In hoc casu agitur tam de iure Ecclesie, siue ministrorum, quam de iure Reipub. vel bono publico.
- 371 Respublica & Ecclesia funguntur iure minoris.
- 372 In causis Ecclesie simul & Reipub. facillime restitutio iure permittitur.
- 373 Latio enormis, ex qua Ecclesia restituenda venit, qualis debet esse.
- 374 Latio Reorum vnde processerit.
- 375 Dolus & deceptio ex magna latione colligitur.
- 376 Dolusque presumitur, vbi lationis enormitas est in aperto.
- 377 Coniectura singula quando non sufficiunt ad conuincendum dolum, tunc simul & coniunctim plures conglutinate, aperte conuincunt dolum.
- 378 Non latus nec ius, nec occasionem petende restitutionis habet, cum non entis nulla sint qualitates.
- 379 Restitutionis tempus, non nisi a tempore scientie incipit currere. Item a die latae sententiae. num. 381.
- 380 Ecclesia in petitione restitutionis plus iuris habere dicitur, quam alij.
- 382 Remedium ordinarium quandiu superest, non est recurrendum ad extraordinarium.
- 383 Queritur, an minor, Ecclesia, & Respublica, petere possint restitutionem in integrum, contra contractum vel transactionem iurata. Responsio cum distinctione sub num. 2. & seq.
- 386 Iuramentum non est vinculum iniquitatis. Neque iuramentum, interueniente dolo, obligat cum effectu. num. 387.
- 388 Latio reipsa & iniquitas vbi in obligationibus apparet, non habet locum auth. Sacramenta puerum.
- 389 Dolus inesse proposito, vel reipsa, in iure equiparantur.
- 390 Doli probatio etiam ex coniecturis colligitur.
- 391 Iuramentum ratione doli & enormis lationis facile remittitur.
- 392 Minor licet ad aliquem actum communi iure vel constitutione legitimetur, non tamen in integrum restitutio sibi denegata intelligitur.
- 393 Iuramentum reale, & fidei prestatio plerumque equiparantur. Prestatio autem facillius relaxatur, quam iuramentum.
- 394 Veniens contra iuramentum acrius punitur quam veniens contra fidei prestationem.
- 395 Iuramentum corporaliter prestare maius reputatur, quam fidem promittere.
- 396 In integrum restitutionis petitio conditionaliter fieri potest. alteratiue, vel euentualiter.
- 397 Clausula Sonsten aber / qui intelligenda.
- 398 Transactionis verba que consideranda. numero 399.
- 400 Clausula Sonsten aber / disponit generaliter, sed certum. Et si et generalis sit, tamen priori vniuersali clausula nihil derogare videtur. Et quare. numero 401.

D. N. Referens. Formalia iustificata sunt: Procuratoria sufficiunt: nisi quod D. N. post submissionem ii. Iunij Anno 78. facta, diem obierit. Et quamuis facili negotio eius successor procuratorium exhibere potuisset: tamen iuxta Abschied / Anno 78. hoc necesse non esse, Dominis visum fuit. Procurator appellantium in libello articulo 16. Augusti Anno 76. dato, petit pronunciarum, male iudicatum, bene appellatum. Appellati vero Procurator 19. Martij, Anno 77. licem negatiue contestando, dicit contra libellum generalia, petens pronunciarum, bene iudicatum, male appellatum. Eodem die appellantium Procurator repetit suum libellum, loco articulo, & mutato, petit eosdem ad probandum admitti. Appellati vero Procurator: quandoquidem nihil noui ad rem facientis continet, per generalia definitiue conclusit, referendo se ad acta, & quae notorium inducant, ¹ Iaf. in l. eius qui. numero 3. si cert. pet. Quo casu Iudex talia grauamina nec ad respondendum, nec ad probandum admittit, sed causam ex officio pro conclusa acceptare, & definitiue pronunciarum solet, quod Iuris est. Et ita ² quotidie obstruatur in Camera: textus est in l. emptorem. §. in replicatoris. C. de appell. Ordinatur part. 3. tit. 33. §. pen. Non

Non obstat, quod in hac instantia, in Replica 22. April. Anno 78. exhib. Appellantes d. grauamina ad probandū admitti petant, præsertim verò 36. 55. 56. 58. articulos, & 36. articulo auferant, wie sie alle Oberkeit vnd Gerichtbarkeit zu Dettwangen / An. 1383. an sich faufft haben: quia hoc probatum ipsos non releuaret, & parum ad decisionem huius causæ facit, cui competat iurisdictio. Quin & hoc quasi probarunt in actis primæ instantiæ.

Item, quod 55. 56. & 58. articulis ponant, das beweislich / daß die Einwohner zu Dettwangen / der Enden vber zehen oder funffzehen Morgen Weinberg nicht haben / die Rotenb. aber bey zehennmal so viel. Quia hic non de proprietate agrorum, sed de decimis præstandis est quæstio, & causa in interpretatione verborū contractus seu transactionis, adeoque in mera quæstione iuris consistit. In euentum verò petitur restitutio & aduersus transactionem, & rem iudicatam: An locum habeat, infra videbitur, vbi de læsione tractabitur: forte non habebit opus.

Prius itaque, quid in hac causa pronuncian-
dū sit, dispiciamus. Vt autem hoc commodius fiat, primò inquirendum erit, & quæ fuerit Actio instituta. Secundò: An illa probata. Tertio: Cardo illius controuersiæ, in quo principaliter consistat. Quarto: An à partibus hinc inde producta Transactio sit valida. Quintò: An actor, cum transactio à Reo non sit seruata, ab eadem recedere possit. Sextò: quod si ei hoc non licet, sed ad transactionem restringatur, an ex eadem contra Reos agere possit. Septimò: quæ demum actio contra eosdem experiri queat. Octauò: An illa probata. Nonò: An Elisa. Decimò, quid pronuncian-
dum.

Et sanè hanclitem coram Arbitris, erforn / vigore des Religionfridens / de An. quinquagesimo quinto. §. Vnd ob solcher Bestellung halben re. Cæptam esse, non videt: planeq; summarium processum, recuperandæ possessionis, (fortè, ex cap. redintegranda. tert. quæst. 1. quo pinguius consultum, secundum omnes, videtur spoliato, cum extensionem recipiat, vt per Menoch. 1. remed.) institutum esse, ex libello summario, decimo octauo Aprilis Anno 76. exhibito, & ex sententia à qua euincitur. In hoc verò possessorio, & duo probanda sunt agenti. Videlicet possessio, & eiectio contra. Et quod hoc detur: vtile, & pro qualis possessione rerum incorporalium, est textus, in l. 3. de vi & vi arm. Sicut etiam datur interdictum, vti possidetis: Et sufficit ad hoc, & vt alicui competat hoc remedium, quod tempore eiectionis possederit corpore: Schurff. consi. 57. nu. 11. cent. 2. Satis constare ex transactione, quod Actor in possessione omnes omninò decimas acceperit: Quia An. 56. d. transactio inita, in qua dispositum: quod rei in posterum d. decimas (litigiosis exceptis vti Actor ait) subleuare debeant: vnde dicitur temper in possessione mansisse, weil er sich deren nie begeben. Quin & Actorum illius anni 56. decimas adhuc percepisse: idque constare ex litis contestatione.

§. Vnd vermag der / ic. Et cum anno sequenti, 57. Rei d. decimas collegerint, Actor se statim opposuit, vnd fürbaß / in possessione semper mansisse videtur. Præterea, ex quo probauit, & se & antecessores suos antiquitus possedisse, præsumitur etiam nunc possidere. Bartol. in l. Pomponius. §. fin. l. siue possidetis. C. de probat. Wesenbec. consi. 20. num. 2. Et hoc sufficere, & ex communi interpretum sententia, tradit Menoch. dict. remed. 15. num. 383. Quia probando & ipsam antiquiorem possessionem, non uia præsumitur viciosa. Menoch. d. loco nu. 384. Et licet in hoc Actor debeat probare, & se tempore litis contestationis possedisse, §. sed interdico. instit. de interd. Bartol. l. 1. §. quod autem num. 13. vti possidetis. Tamen id hodie non seruatur. Wesenb. dict. consi. Menoch. d. remed. nu. 286. probat, quod sufficit allegare possessionem & illius temporis, quo contingit spoliū, & postmodum probare, se olim possedisse: etiam si & non probetur possessio illius temporis, in quo Actor se spoliatum dicit. Nam tunc præsumitur, & qui olim possidebat, & tempore spoliationis possedisse: Et qui olim & possedit præsumitur & hodie possidere c. olim. de restit. spoliat. Et præsumitur civilis etenō, quæ sufficit ad consequendā naturalem l. clam possidere. §. qui ad nundinas. vti possidetis. Bartol. l. 1. §. interdico. verb. siue autem de vi & vi arm. a.

Deiectio non opus habet & æque magna probatione: Quandoque probati in casu inficiationis debeat. glossa in leg. si duo ff. vti possidet. §. 2. Menoch. 3. remed. retin. n. 292. Siue præsens, siue iam facta, siue saltem præcedente iudicio superueniens. Bald. d. c. licet causam; Menoch. iam d. loco nu. 559. Cum sic causa, qua re hac causa detur. Nec verò hic necesse est violentiam aliquam probare; etiam si in libello fuisse adducta: quod tamen hic factum non est: textus & Dd. in leg. extat. de eo quod met. caus. Menoch. d. loco n. 397. Imò si suspicor tantum, & me posse repelli: Et quo statim amitto possessionem, vtile interdictum vnde vi, mihi competere, concluditur per Bartol. & alios post gloss in dict. l. siue autem. verb. possessionem. de vi & vi arm. Schneidev. in §. recuperanda. instit. de interdico. num. 21. Tempus quoque factæ spoliationis, & quoad annum, scilicet, Anno 57. in summario libello expressum est, & in confesso est: Quod tamen non est necessarium, nisi cum dolus arguitur. Bart. in d. l. 1. n. 7. Menoch. d. loco n. 459 cum seqq. & tantum, quoad primū & secundum punctum.

Cardo principalis controuersiæ & in eo versatur, welcher Parthey / Krafft des auffgerichteten Vertrags / der Weinziehend in Dettwangen juste vnd gepüre. Et sic in dubium vocatur d. transactio. Proindè non solum verba, & prout iacent sed & quid fieri placuit transigentibus, dispiciendum.

Iam primò videndum, an à partibus celebrata transactio sit valida. Et sanè inualida dici posset, cum de alimentis & prouisione ministrorum concepta sit: Transactio verò & de alimentis futuris non valet. leg. de alimentis. Codic. de Transactio. leg. cum bi. ff. tod. Sed de præteritis & potest trans-

24 gi. Quia ex futuris ꝛ alimentis pendet vita hominis. Sed respondetur, de autoritate & consensu Imperatoris hanc transactionem initam esse: Ergo dictæ LL. non habent locum. §. Vnd ob solcher Bestellung halben / re. de pace relig. In super etiam inualida dici posset, cum qualibet
25 transactio ꝛ sit alienatio: Est enim species alienationis l. i. verb. at si transegerit. Si quid in fraud. poss.
26 Sed Ecclesiæ ꝛ bona sine solemnitate requisita alienari non possunt: *auth. hoc ius porrectum. ibi glos. C. de SS. Eccles.* in tantum, vt solemnitates ꝛ requisitas à Canone non possit etiam consuetudo diminueri, communis est opinio per *text. & Dd. in cap. de re iud.* Quare inferri potest, hanc transactionem inualidam & nullam esse. Respondetur autem:
28 Ex necessitate ꝛ transactionem initam esse, quo casu absque solemnitate, etiam de iure subsistit: *Socin. reg. 110. fol. 3. textus in dicto §. vnd ob solcher Bestellung halben.*

Ad quintum punctum, An Actor eo, quod
29 hætenus transactio per Reos non sit ꝛ seruata, ab eadem recedere queat: Breuiter respondetur, quod non: *d. l. quamuis. C. de transact. ibi Bald. glos. & Dd. in l. si pecuniam. de cond. ob caus.* Quæ non solum procedunt ꝛ si transactio tendit ad liberandum: sed etiam si tendat ad obligandum, *l. si super possessione. Codic. de transactio.* E: iure singulariter cauetur: quod vna parte inuita, ꝛ altera ab ea recedere non possit. *Dd. in l. fratris tui. C. de transact. Litem dirimendarum fauore.* Cum ergo Actor à transactione supra dicta nequeat discedere: Ideo videndum.

Sextò & septimò: An ex eadem contra Reos ei competat Actio, sin minus, qua demum actione contra eos experiri queat. Et sane regulariter
32 ex nuda transactione ꝛ non oritur actio, sed solum exceptio, *l. siue apud acta. C. de transact. l. cum proponas. C. de tit. Ferrar. in form. libell. quo agitur, vt pacta seruentur. verb. transactiones. Mynsing. consi. 45. num. 18.*
33 Vestitur autem transactio ꝛ quatuor modis: videlicet, traditione, stipulatione, iuramento, & acceptilatione, *glos. & Dd. in d. l. siue apud acta. l. cum proponas. C. de transact. l. quis maior. C. eodem.* Verum hæc nostra Transactio ꝛ per traditionem & iuramentum est vestita & roborata, & sic amplius nõ sumus in meris finibus & terminis transactionis, vt habet copia transactionis, & ex actis & dictis testium patet, dasi Reis der Weinziehend gefolgt worden. Adeoque propter secutam traditionem
35 ex ꝛ hac transactione Actori competit actio. Quod etiam iuramento sic vallata, patet ex verbis: *Wie wir dann für vns vnd vnser N. chkommen / Orden vnd gemeynne Stat. bey vnsern Fürstlichen. re.* Expeditum enim est, ꝛ quando Princeps promittit sub fide, habeatur pro iuramento, eique æquipolleat *Mynsing. obseru. 17. cent. 1. & conclusum dicit in causa iuniorum Marchionũ Badensiu An. 43. vbi compromissum ꝛ firmatũ sub fide & dignitate Principum, pro iuramento fuit habitum; Vnde iterum patet, ex hac transactione
37 actionem competere: quia iuramento ꝛ vestitur*

pactum nudum. *l. si quis maior 25. C. de transact. l. si in l. si pecuniam. de cond. ob caus.* Inter pacta ꝛ verò & 39 transactiones, non alia est differentia, quam quæ est inter genus & speciem. Nam omnis transactio est pactum: sed non è conuerso: vt colligitur ex definitionib⁹. Quin imò sunt, qui putant, Transactionem habere paratam executionem, impetrato Iudicis officio. Quod non probatur: quia à dispositione iuris non est recedendum, contractibus ꝛ paratam executionem denegante *l. mi. 49. n. 25. annis. ff. de minor. Et recte Alciat in d. l. fratris.*

An prima actione, ꝛ an præscriptis verbis, an dolo, vel ex stipulatu agi transactionis causa possit, *d. l. actione l. mota. C. de transact.* Si officio Iudicis, confestim executio concederetur. Quare concludit, ex dicta transactione Actori actione competere, & actum esse, in totã seriem facti, vt Reicum quibus transegit transactione seruent: sicut verba, quibus inter illos conuentum est, illud postulant: cum alia non sit huiusmodi transactionum forma & exitus, quam vt seruentur, secundum tenorem & præscriptũ verborum. Et in illũ finem Actor in summario libello, factũ obiter iudici recensuit, & initam transactionem produxit.

An probata?

Quod facta & celebrata inter Actorem & Reos, quoad ministeria Ecclesiæ conseruanda, sit transactio, in confesso est: & satis demonstrat ab vtraq; parte instrumentum transactionis productum: Sed iuris est certi, causas ꝛ transactione
42 finitas rescitari non debere *l. causas ibi. Dd. C. de transact.* Quia non minorem ꝛ autoritatem habet, quam res iudicata, *l. non minorem. C. de transact.* quia nihil magis conuenit fidei humanæ, quam pacta seruare. *l. i. de pact.* Ideo nec per rescriptum ꝛ Principis rescinditur: *dict. l. causas vel lites: 44*
45 nec sub prætextu ꝛ instrumenti, nouiter reperi, nec ob grauamen læsionum *l. Lucius. §. fin. ad Trebell. ibi glos. & Bartol. gloss. & Dd. c. cum causa. de empt. & vend.* Nec est locus pœnitentiæ. Quod procedit, nedum in transactione, quæ tendit ad liberandum, sed etiam quæ tendit ad obligandum, *l. si super possessione. Codic. de transact.* Nam licet Transactio ꝛ sit contractus innominatus *leg. 46*
47 *prima, verb. transigendi. ibi glos. Bartol. de pact. l. 2. l. cum proponas. C. de pact. & in contractibus ꝛ innominatis locus sit pœnitentiæ, dict. l. si pecuniam:* tamen speciale ꝛ in contractu transactionis, quod recedi non potest ab ea, etiam re integra, & hoc, odio litium, *d. l. fratris.* Quare ꝛ veniens contra transactionem, dicitur venire contra ius gentium, & æquitatem naturalem. *l. i. pr. de constit. pec.* Per quæ clarè inferitur, quod in præsentiarum, vna partium, altera inuita & renitente, nullo modo resilire ab eiusmodi transactione inita possit. Ceterum in proposito nostro lis est de interpretatione & intellectu Transactionis. Nam Rei vniuersas decimas, tam in Rotenburgeniũ, quam Detvungeniũ finibus & terminis, per d. Transactionem sibi concessam esse & competere, affirmant: Actor verò decimas in Detvungeniũ finibus

inibus sibi reservasse contendit. Et sic distincte: Rei verò indistincte, uniuersaliter, absque vlla separatione, d. transactionem accipiunt. Et sanè ex instrumento Transactionis ad oculos patet, sub duabus distinctionibus & reservationibus d. transactionem initam esse. Patet ex † verbis: namque primò: **Das Actor sich verpflichtet vñnd nachgeben / allen Wein vñnd Frucht / vñnd auch den kleinen Zehend / sampt künsttlichen new gereuten / so viel des alles in ihrer Statt / vñnd derselben zugehörigen Bemerkung / vnserm Orden gebürt vñnd zuschiet / allerdingß nichts davon außgenommen / dann allein den grossen vñnd kleinen Zehenden von vnserm Ordens Gütern / in gerührten Bemerkungen gelegen.** Et hæc prima distinctio & reservatio à partibus non impugnatur, nec in controuersiam trahitur. Subsequitur verò paulò post in sæpe d. Transactione, alia insuper distinctio & 51 reservatio, ita habens: † **Vñnd soll solches angehen mit dem Wein in newß künsttlichem Herbst / disß Jahrs / vñnd aller Frucht / groß vñnd kleiner / auch Weinzehend in der Statt Rotenburg / vñnd derselben Marckung / forthin / den von Rotenburg. Sonst aber all ander Zehend auff dem Land / gen Detwangen gehörig / wie bißhero / also auch fürbass hin / vnserm Orden / vñnd desselben Hauff / werden vñnd bleiben.** Et hæc secunda clausula impugnatur.

Planè quoad hæc verba, & hanc secundam reservationem, ea videtur perspicua esse: quia ibi dicitur: **Sonst aber all ander Zehend gen Detwangen zc.** Nam proprietates horum † verborum: **Sonst aber / Sonst anderß /** reservationem inducunt, & eius sunt naturæ, vt contineant dispositionem contrariam dispositioni de presenti.

Quippe illa verba latinè alioquin redduntur, quæ dictio denotat dispositionem contrariam disponi præcedenti, vt *Iason in l. in personam. num. 23. de Action. allegans Bartol. in l. 1. col. 3. versic. quarto quero. de condit. & demonst.*

Proinde illa verba, † **Sonst aber all andere Zehen / eandem vim habent, ac si dixisset, reliquas verò decimas gen Detwang gehörig / sollen dem Orden bleiben / & sunt verba restringenda ad qualitatem ante expressam, quæ excludunt, quando opponuntur rebus, quæ sunt de genere præcedenti, vt si dico: *Lego tibi omnes meos libros, præter Codicem.***

55 Licet dictio, præter, † excludat, quando opponitur rei, quæ non sit de genere præcedenti: vt si dico: *Lego vxori suppellectilem domesticam, præter mundum suum muliebrem.* Quapropter limitata causa, † limitatur effectus, *leg. si de certa. Codic. de transact. leg. cum Aquiliana. ff. eod. leg. in argic. de acquir. rer. domin. etiam in bonæ fidei contractibus. leg. cum seruo. de contrah. emp. vbi etiam*

56 *ultra id, † quod actum est, non porrigitur conuentio. l. cum ab eo §. 1. de contrah. empt. l. ex empto. de action. empti.* Actum autem † in dubio id solum intelligitur, quod verba demonstrant *leg. sicut. §. si de-*

57 *bitor. quib. mod. pign. vel hyp. leg. si seruum. §. sequitur. de verb. obligat. l. Labeo. de suppell. leg.* Ideo virtute postremæ clausulæ desß *Vertrags / † sonst aber / zc.* 59 præcedentia intelliguntur, restringuntur & declarantur: scilicet, daß alle ander Zehē auff dem Land gen Detwangē gehörig / wie bißhero / also auch fürbass hin / dem Orden bleiben sollen: quia sequentia † de- 60 clarant & restringunt præcedentia *l. si seruus plurib. §. fin. de legat. 1. l. si cum fundum de verb. obl. Et verba † sic debent intelligi, vt aliquid operentur, & 61 ne sint frustratoria. argumento l. si quando. de legat. 1. l. si quando in princip. de inoffic. test.* Et præsertim in contractibus, † in quibus verba posita semper 62 debent intelligi, vt aliquid importent: Imò in iis nedum † clausulæ, sed etiam minimum verbum 63 non debet esse sine virtute operandi. *Bald. in rubr. Cod. de contrah. empt. n. 16. & 17. Dec. consilio 473. n. 3. Wesenbec. consilio 52. num. 4. Schurff. consilio 32. 36. cent. 1.* Proinde, quando præcedentia sunt ob- 64 scura, † sequentia verò determinata, vt nostro casu, tunc sequentia determinare præcedentia, *leg. si cum fundum. de verb. significat.* Quamuis aliud dicendum esset † si sequentia obscura & generalia 65 essent, præcedentia verò expressa & determinata: quia tunc sequentia nõ determinarent, nec restringerent præcedentia: *per tex. in l. legatorum petitio. §. fin. de leg. 2.* Sed sic est, quod verba præcedentia † allerdingß nichts davon außgenommen / sint 66 obscura, & aliquo modo generalia: Ergo illa sequentia, † quæ sunt omninò clara, & restringen- 67 tia, sonst aber alle andere Zehen auff dem Land / zc. declarant dicta præcedentia. Prout & illa † verba: 68 **an benannten Orten / quæ paulò post in casum, quo constitutio Religionis soll außffgehaben werden / satis supetque, hoc etiam indicant, & in uniuersum, de omnibus decimis non transactum esse demonstrant.**

58 *Sed dicat fortè aliquis, partes interim, præsertim Reos nostros, aliud cogitasse, & agere voluisse, magisque in contractibus † attendi 69 mentem, quam verba, & vbi apparet de mente, non curamus de verbis, leg. si in venditione. in fin. ibi glossa verb. veritas. ff. commun. pradior. quæ vult, quod causa † debeat inspicere, & quod causa am- 70 pliet vel restringat reservationem, vel exceptionem, quam ibidem Baldus dicit mente tenendam, leg. sed Celsus. §. si fundus. ff. de contrah. empt. l. seruus stipularus. ibi glossa verb. ex sententia. de verb. obligat. Iustum enim est, † contrahentium volun- 71 tatem magis, quam verborum conceptionem inspicere, leg. fin. Cod. que respignor. obligat. possunt. leg. semper in stipulationibus. de reg. iur.* Sic etiam in contractibus † veritas rei potius, quam scri- 72 ptura, perspicere debet *leg. prima. Codic. plus valere quod agitur.* Respondetur: Ea procedere, quando constat de contraria voluntate, † & apparet, 73 quod actum est: Secus, si non apparet: quia tunc plus valet scriptura, quam actum est *leg. si alii. in fin. de vsufr. leg. Bartol. & glossa in l. in ambiguo. de reb. dub.* Item, quia propositum † in men- 74 te retentum nihil operatur, *leg. si repetendi. Codic.*

75 *de conduct. ob causam.* Prout etiam † in testamentis non sufficit, testatorem ita voluisse nisi disponat. *l. quidam cum filium. de hered. instit. & est communis doctrina: quia receditur à verbis, † quando aliter constat de mente disponentis. l. non aliter. in princip. de leg. 3. Bartol. l. non dubium, versic. secundum dubium est. C. de LL. Bald. in dict. l. iurisperitum. §. pactorum.* Sic ergo, si non apparet, quod actum est, † non est recedendum à verbis, & actum videtur, † quod ex verbis colligitur: quia videtur quis habere voluntatem, prout verba sonant. *l. Labeo. §. idem Tubero. de suppell. leg. l. nepos Proculo. de verb. significat.* Et id loquitur, quod ex iis, quæ significantur, sentit: & ideo à verbis † contractus non est recedendum: *l. si quis stipulatus sit Stichum. de verb. obligat. l. fideiussores. de fideiussoribus.* & ex loquela hominis, † eius animus iudicatur: vt *not. Bald. in l. sed & probari. in princip. de excusat. tut. &*
 77
 78
 79
 80
 81
 82
 83
 84
 85
 86
 87
 88
 89
 Ex quibus omnibus concludo, d. transactionē prout iacet accipiendā esse: Et Actorē suam intentionē, prout ille transactionē intelligit probasse: nosque nō in casu, ambiguo, sed claro versari, vt *Dec. in l. in contrahenda. de reg. iur.* Quæ cum ita sint, non multū sollicitos nos esse oportet de Marca Rotenburgensium & Detvvangensium, vel de distinctione illius. Nam ex supra dictis, & tenore transactionis patet, contrahentesmet, † tempore transactionis, inter Rotenburgensium & Detvvangensium marcas discrimē habuisse, & constituisse, in verbis, in der Stat Rotenburg vnd derselbe Marekung / & pauld post: aber all ander Zehenden auff dē Land/gen Detwang gehörig/te. Cur ab hac partium

distinctione recedamus, non video. Cur etiā Rei ab illa recedant, non video: nisi q̄ sub hoc pretextu in itā transactionē planē rescindere intendant: quasi Detvvangē nullas marcas vel limites habeat, vel quasi nullæ decimæ rurales gen Detwanger gehörig: q̄ fieri non potest, vt supra dictū. Aut quasi de omnibus decimis, sine discrimine transactionem esset: vt ex supra dictis argumentis etiā dici nō potest. Ad hoc faciunt ea, quæ per Aduocatū Actoris in Probationsschrift/ fol. 460. adducta sunt quæ hic repeto. Sed sanē, si Detwang certas marcas habet, quoad Getreid Zehen/ q̄ Rei nullibi impugnant: quin Actori concedunt, daß er den Fruchtzehend in Detwanger Feld oder Marekung eynnemme möge / cur non concedamus, etiā habere quoad Weinze hend? mera cauillatio est. Necessē est, q̄ æque sint limites ac termini in percipiendo den Weinze hend/ quā den Getreidzehenden Ex quo etiā notandū, quod † hic marca seu territoriū non quoad iurisdictionē (quia de ea non est quæstio) sed quoad limites, ratione decimarū præstandarū, fines agrorum, custodiā, pascula, & alia, absque iurisdictione accipiatur.

Proinde sufficit, q̄ habeant Detvvangenses suorū bonorū limites certos, vnd wie weit sie hütten/te. Et q̄ tales limites habeant & accipiant pro sua marca. Ideo non præcisē opus, daß sie verzeint/ vnd verzeint seyn: Licet 1. 2. 3. Actorū testes discretis verbis ad terciū articulū dicant, daß Detwanger Marekung sey gegen Rotenburg Marekung verzeint/ & sic audiuisse ab aliis. Sed sufficit, extare alia sufficientia signa: Prout Actoris testes, præcipuē verò 5. 6. 8. 9. 10. 11. 12. Similiter ad 6. art. & 11. 12. generale interrogat. 13. 14. 17. 23. ad 6. probat. articulū istos limites clarē designant, scilicet, daß sich diese ansah/te. vt in sententia. Non opus esse in Hut Erzeihend/ vt in iurisdictionibus, tam conspicuis terminis. *Bald. in con. 424. lib. 1.* Et q̄ non solū pagus Detwang/ † distinctas marcas & limites, 91 sed & distinctas & proprias decimas habeat, vltra prædicta, patet ex dictis testiū. Nam primus Actorum testis, ad generale interrogatorium: quod Actor † den Getreid/ vnd Rei den Weinzehenden 92 eyngenommen/ & ad tertium articulum, Seyen gegen andern Orten vnderscheiden / quod peculiaris decimas habeant.

Præterea concludo, planē in eum finem octo probatoriales articulos ab Actore probatos esse. Nam primus, de situ Detvvang. est notorius, vnd daß darinn die rechte Pfarrkirchen gewesen/ probatur documentis Henning. Episcopi Herbipolens. Rotulo Actoris. Et plerique testes, qui de auditu de hoc ipso deponunt, q̄ sufficit in antiquis. Secundus articulus, de donatione decimarū, itidem ex supra dicto documento probatur. Tertius † daß 94 Detwangen jederzeit sein besonder Marekung / vnd darinn gehörigen Zehenden gehabt / verū esse, supra ostensum est, & probatū instrumento rotuli Actorū. Secundò de anno 3. 6. Julij 15. Des Kauffb ieffs eines Stück Ackers in der Marek zu Detwang gen/ in verbis in Marchia Detvvangensi sitis. Item, † 95 proba-

96 probatur per Zehendenbrief vber drey Morgen Weingarten in Detwanger Marckung / de dato 407. in die Bonifacii, in verbis: in der Marck zu Detwangen gelegen: Item in instrumento Vertrags † de dato 1410. die Simonis & Iudæ: in quo Rotenburchenges videntur fateri, daß Detwangen abgefondert ist von Rotenburg. Ex quibus insuper instrumentis die Marckung Detwang satis probatur. Et Iuris præsumptione, † nulla est villa: nullum castrum, quod non suos certos fines habeat, adeoque, daß Detwang ein besonder Marckung hab / vnd daß die Statt Rotenburg ein besonder Ding sey / Rei fatentur in missiua ad Administratores, de dato 5. Octobr. Anno 56.

97 Quartus articulus est confirmatorius præcedentis similiter probatur ex supra dictis instrumentis & depositionibus testium. Quibus accedit, quod 23. testis singulariter addit, daß er im Gerichts buch zu Detwangen / so alle Jahr abgelesen werde / vnd Detwanger Marckung lize / 2c. Quintus articulus, scilicet, daß den Bürgern zu Rotenburg nit werd gestatt / in die Detwanger Marckung zu treiben / hüten / weyden / 2c. Confirmat præcedens articulus, & probatur ex ordine fere per omnes testes Actorum, & nonnullos Reorum: & singulariter Actoris 8. & 10. testis dicit pro causa scientiæ: Daß sie mögen pfänden / 2c. Sextus articulus, darbey die Grenzen der Marckung erwiesen / per quos testes probatus sit, supra ostensum: Et sufficit, certos esse hosce limites. Et licet aliqui testes dicant, se de marca nescire, interim tamen testantur, daß ihre Hut vnd Weid so weit gehe / so weit auch gepfändt werden: Item, daß sie custodes da haben vnd halten: & aliqui deponunt de certo aliquo edificio, so in der Marckung gesetzt / vñ abgebrochen werden müssen.

Proinde qui nescire se dicunt de marca, ex ignorantia hoc fit: quia marcam accipiunt pro iurisdictione, non pro territorio, absque iurisdictione: vt patet ex depositionibus ad huius articuli interrogatorium.

Quapropter nihil refert, quod quidam dicant de se, nihil scire: quia illi errant in nomine, existimantes, quod marca comprehendat simul iurisdictionem, vel intelligant de marca, so versteint vñ verreint: quo ipso subindicant, daß wol ein versteinte Marck sey: describentes alia signa & terminos illius marcæ, de loco ad locum, quod hoc casu, vt supra dixi, sufficit.

Septimus articulus, quamuis parum ad decisionem causæ faciat, cuius sit iurisdictione, cum de decimis hic agatur: tamen probatur aliquo modo durch den Vertrag / gegen denen von Rotenburg / mit was Maß des Ordens Leut zu Detwangen zu ihren Bürgern worden / de dato, 1410. Rotulo Actoris tertio loco positus: licet ex dictis testium appareat, quod Actor nullum dominium in illos habeat, præter quod teneantur illi præstare certa seruitia. Octauus articulus est generalis, ex prioribus verificatus.

Ex quibus omnibus concludo, Actorem intentionem suam sufficienter probasse, simulque

demonstrasse, quod Detwangen / ratione decimarum præstandarum, vt frumenti, sic & vini, distinctos limites, & proprias decimas habeat.

An Elisa?

Recuperandæ possessionis requisita ab Actore probata esse, supra ostendit Referens. Nec obstat, quod Rei articulus 27. in vim elisionis, dicat, nullam violentiam interuenisse. Quia supra ex Menochio ostensum est, minime necesse esse, violentiam aliquam probare. Quapropter sufficit, quod Rei (vt fatentur articulo vigesimo sexto) Anno 56. & seqq. sich des streitigen Zehenden vnterfangen / vñnd denselben eyngeheimbst. Quod vero ipsum inuito Actore factum est, satis ex Reorum dictis testium ad 26. 27. articulos, eorumque interrog. Nam primus Reorum testis dicit, quod Commendator Anno 65. ein Rarch bestellt hab / den Wein Zehenden eynzusammen / aber es sey ihm von den Rotenburgern nit gestatt wordt. Huic opitulatur quintus Reorum testis, ad 21. articulum qui & de vi illata deponit, dicens: quod sibi à d. Commendatore mandatum sit, den Zehenden zu sammeln / vnd daß er allbereit ein Rarch voll lassen sammeln / aber die Rotenburger ihm den vnter dem Thor wider nennen lassen. Reliqui etiam Reorum testes, quibus de hac re aliquid constat, dicunt, daß Rei ihren Bürgern verboten / Commendatori den Wein Zehenden zu geben. Nec ad rem facit, quod dictus Commendator, Melchiori N. Anno 56. die Kelter geliehen: quia hoc arbitrarium & gratuitum fuit, prout idem Reorum testis vltimus, 70. annorum, Consul, ad 4. interrogatorium 26. & 27. articuli, daß es auß gutem Willen geschehen sey / vnd sey nur ein mal geschehen: nemini autem † debet officium suum esse damnosum. Quoad transactionem, ne illa Reis obstat, vtque Actoris intentionem elidant, Rei in 19. April. Anni 76. negatiua litis contestatione exhibita, & ante 13. Maii Anni 71. transmissis articulis probatoriis, imprimis articulo quarto, dicunt, ex collationata copia transactionis constare, in vniuersum & generaliter de omnibus decimis, absque vlla reservatione, transactum esse. Sed quam hoc verum sit, supra ostensum est. Quibus insisto, dum Rei adferunt, quod Detwanges distinctas marcas & decimas proprias nunquam habuerint. Nam contrarium esse, ex dictis testium, & aliis plurib. argumentis demonstratum est.

Quod vero ad argumenta Reorum, in litis contestatione productorum: quibus potissimum suam intentionem fundare, & Actoris euertere student. Et imprimis, quod ad primum attinet, quod scilicet habeant den Zehenden in der Statt vnd derselben Marckung: Detwang esse pertinens der Statt: Ergo. Resp. Antecedens esse falsum, & ex falso antecedente, † malum fieri consequens. Nam ex ipsa transactione manifestum est, Actorem, ipsius loci decimas sibi reseruasse, quin negatur assumptum, daß Detwang in Rotenburg

tenburger Gemarckung gehöre: Ergo male infer-
 100 tur. Nec valet argumentum † à marca iurisdic-
 tionis, ad marcam absque iurisdictione: limita-
 tur scilicet, ratione decimarum præstandarum,
 101 cum à diuersis & differentibus † non inferatur de
 vno ad aliud.

Ad secundum argumentum. Non sequi: Inha-
 bitatores in Dettwang non ciues & subditos Reo-
 rum: Ergo decime illius loci ad illos non pertine-
 102 re. Quia sæpe vsuuenit, † quod vnus dominium
 & iurisdictionem, alter decimas habeat.

Ad tertium argumentum plane eodem modo
 respondetur: dum Rei omnimodam iurisdictionem
 in Dettwang se habere dicant, ex eo ad deci-
 103 mas inferant: quia propter † hoc adesse non con-
 tingat hoc abesse.

Ad quartum argumentum. Non obstat, quod
 d. Bertrag de Anno 1398. nullum discrimē faciat
 inter decimas, gen Rotenburg oder Dettwang gehö-
 rig: Ideo nec nostram trāfactionem vllum discrimē
 104 facere debere: quia magis inspicendum est,
 quid † in hac præsentī, quā in illa olim trāfactio-
 ne actum sit: pro: t diuersæ causæ impulsivæ & fi-
 nales, nunc & tunc transigendi fuerunt. Quin in-
 105 eptum est dicere: Ego ante centum annos, † cū
 tuis maioribus, de omnibus rebus, istis & istis cō-
 ditionibus contraxi & transegi (maxime vbi di-
 uersus alius contractus apparet, vt hic) Ergo tu
 etiam sub iisdem conditionibus de rebus omni-
 bus, vbi alii mores, & alia tempora, mecum con-
 traxisti. Nam si ea argumentatio valeret, quid o-
 pus fuisset alia trāfactione? Et falsum est, quod
 dicitur articulo Reorum 16. quod Actor omnes
 decimas, sicut Anno 1398. ipse à Reis consecutus
 est, Reis iterum tradiderit. Non enim hoc conti-
 net trāfactio nostra, vel in eum finem istius an-
 tiquæ facta mentio, sed tantum, vt ostendat, com-
 mendatorem non debere vel posse tot pecora alere,
 vt olim: 70. enim oues, vaccas 24. porcos 40.
 iuxta antiquam trāfactionem habere & alere poterat:
 In postrema vero trāfactione, nullas oues,
 nec vltra 30. porcos, & 20. vaccas ei alere concedi-
 106 tur: patet ex verbis, † vñnd nach dem Inhalt des
 Bertrags/ Anno 1398. &c. Nec à Reis, nec vigore
 illius trāfactionis demum, de Anno 1398. deci-
 mas Actor consecutus est istas, vt male asseritur:
 sed multo ante, ex collatione cuiusdam Episcopi
 Herbipolensis, Anno scilicet 1258. vt patet ex In-
 strumento donationis, Rotulo Actoris primo; li-
 cet postea ob varias cōtrouersias, d. trāfactio inita
 fuerit. Ne hic prætermittendum, quod illa ipsa
 antiqua trāfactio videatur inter decimas gen Ro-
 tenburg oder Dettwang/ discrimen facere, versicul.
 Item so sollze. Habet enim contextus illius trā-
 107 actionis: Item, † so soll der obgemeldte Naht vñ Wüt-
 ger zu Rotenburg selbst geben/ vñd auch thun geben
 die Gemeind. Et infra: Vñnd auch die armen Leut
 auff dem Land/ den rechten Zehenden vñ Wein/ Korn/
 re. considerata copula, vñd aiich. Cæterum Rei no-
 stri etiam in sua litis contestatione, tum in 24. &
 25. articulis suis dicunt, se per hanc trāfactionem,

casu, quo trāfactio iuxta intellectum Actorum
 accipiatur, enormissime læsos esse: quia eos ne dec-
 imam quidem partem in recompensam retine-
 re. Nam residuas decimas communiter singulis
 annis vix duo plaustra vini tribuere: Econtra, illi-
 us loco ipsis incumbere omnem alimen:ationem
 Ecclesiarū dictarum in Rotenburg & Dettwang/ &
 in earum sustentationem ipsos quotannis 800.
 vel 900. quin etiam 8000. florenorum, in susten-
 tationem dictarum Ecclesiarum, ante initam trā-
 factionem expositorum, schwinden vñd fallen las-
 sen: adeoque præ extu eius læsionis eā trāfactio-
 nem rescindi, & aduersus eam in integrum resti-
 tuti, vel actione Pauliana succurri postulant. In-
 epte sane Aduocatus Reorum & sibi succurri po-
 stular: nam quoad læsionem, de ea tam enormi
 non constat: cum autem † specificè probari debe- 108
 bat, vtique læsio non præsumitur, l. nam & postea, §.
 si minor. de iureiur. l. 3. §. si minor. de minor. Wesemb.
 conf. 52. num. 6. Bursar. in consilio 168. num. 30. lib. 2. Pa-
 ris. conf. 96. num. 66. lib. 1. Nec probanda est parua læ-
 sio, pro qua † non datur Ecclesiæ restitutio Bursar. 109
 d. conf. num. 31. Magisque communem dicit Gabr.
 lib. 2. de restit. in integr. concl. 1. Nec enim, quod tan-
 tum duo plaustra vini, & sic decimam partem il-
 lius vix habeat, enormissimam inducit læsionem,
 quia residuum in frumento habent, vt patet ex
 quorundam testium dictis, ex quo dictas impen-
 sas commode facere possunt. De ante vero factis
 impensis & insumptis, nulla fuit habita conside-
 ratio: Igitur nec illa computatio læsionem facere
 potest. Plane etiā illa enormis læsio probata es-
 set, Reos tamen non releuaret. Nam licet magna
 cōtrouersia sit, an trāfactio ob læsionem vltra
 dimidium iusti pretii rescindi possit, & dispositio
 l. 2. C. de resc. vendit. in trāfactione locum habeat,
 & Bart. & alii in d. l. 2. & in l. si quis cum aliter, de oblig.
 teneant quod sic, per l. si superstiti. C. de dolo. Tamen
 quod trāfactio, † prætextu læsionis, ob dimidi- 110
 um iusti precii non rescindatur, tenet gl. in c. cum
 causa, de empt. & vendit. quam sequuntur commu-
 niter, Ioan. Andr. Anchar. Imol. Bald. Cyn. Salyc. Aretin.
 C. de rescind. vendit. & communiter Dd. in l. si quis cum
 aliter, de V. O. Specul. tit. empt. & vend. §. nunc videndum,
 vers. quid de trāfact. & hanc opinionem veriore,
 & communiter teneri Bened. de Capra, regul. 87. nu-
 mero 89. relatus inter commun. opin. Dd. lit. T. verb.
 Trāfactio. num. 30. tom. 2. Matth. de Affl. decis. 220. nu-
 mer. 2. Zas. conf. 18. num. 16. lib. 1. Socin. Regul. 226. fall. 8.
 Alex. conf. 42. num. 11. lib. 1. eamque opinionem, tan-
 quam veriore, aliquoties Cameram obseruasse
 tradit Gal. obs. 70. lib. 2. Præterea quandoquidem
 Rei nostri ex causa d. Trāfactionis acceperunt
 decimas, & nunc volunt venire contra d. trāfac-
 tionem, † ex capite læsionis, tenentur offerre re- 111
 stitutionem d. decimarum: & ex quo non obtule-
 runt, non veniunt audiendi, l. si diuersa, C. de trāfac-
 act. vbi is qui vult rescindere trāfactionem, te-
 netur restituere acceptum, Salyc. Castr. in d. iam lege.
 Bald. in c. 1. de his qui feud. dare poss. Afflēt. decis. 220. nu-
 mer. 4. Et ideo dicit Bald. in auth. dos data, C. de donat.
 ante

112 *anenupt.* Quod † qui differt facere quod debet, non potest petere quod debetur.

113 Ultimo, quandoquidem transactio † iuramento vallata est, tamen si enormis, hoc tamen pretextu infringi non potest, l. 2. de resc. vend. locū non vēdicat, si iuramentum in contractu interuenit, gl. in d. l. 2. ibi Salyc. q. 10. & Castr. num. 4. 7. Porc. conf. 22. n. 13. 14. p. chre Wes. conf. 32. nu. 38. Nec ei subuenitur,

114 etiam si † ultra dimidiam probetur læsus, gl. in d. l. 2. Grauet. conf. 192. num. 3. Bald. in l. 1. num. 8. de reb. cred. Alex. conf. 27. conf. 42. lib. 1. Schurff. conf. 17. num. 15. cent. 1. Ias. l. licet, C. de pacti. Inde non constat de enormi læsione, nec restitutioni locus est: Et priuilegiatus non † vitur priuilegio contra æque priuilegiatū

115 *Dd. in auth. quas actiones, C. de SS. Eccles. Bursar. conf. 199. num. 49.*

Concludit itaque, Actorem suam intētionem probasse, nec per Reos elisam, adeoq; transactioni standum esse, & pronunciandum, bene iudicatum, male appellatum. Expensas vult compensare, quod hæc causa tam in facto quam in iure sit disputabilis.

saluo.

D.N. Correferens.

Actum possessorio recuperandæ, vtili, ex causa redintegrandæ, vt dominus Referēs, & etiam adminiculatiue petitorium, Felin. c. licet causam, col. 2. de probat. vers. ex eiusdem. Casar Contard. in l. vnic. C. si a moment. q. 13. n. 9. Requisita possessorii satis probata, quia duo † in solidum possidere vno eodēq; tempore non possunt. Spolium autem fir, † quauis deiectione, & sine vi. Sed non diffitetur, Actores fuisse dominos & possessores, &c. Concludit cum Referente, actionem probatam.

An Elisa?

Ad perimendam actionem Rei transactionem ab Actore simul quoque productam allegant, eiusque titulo, & sic facto proprio spoliatorum, dictas decimas se possidere, & hæctenus se percepisse afferunt: Quod sane si probarunt, ab actione, tanquam Actoribus hoc casu minime competente; omnino absoluentur venient. Communis † enim & recepta est omnium legum interpretum sententia, quando quis possessionem, proprio interueniente pacto seu culpa amisit, quod huius Canonis beneficio non gaudeat, per text. c. reintegranda. ibi. per quasunque iustas causas: Ergo secus, si causa deperditæ possessionis fuit iusta. Nec cerre iusticia subesse potest, quā illa, quæ ex propria voluntate & consensu descendit. Damnum enim quis sua culpa sentit, l. siue autem, §. si duobus, in fin. de publician. Dum ibi denegatur illi, qui propria † sua culpa possessione destituitur, actio contra bonæ fidei possessorem. Hinc etiam spoliatus † non restituitur, quando possessionem in aduersarium sua sponte transtulit, c. super, de renunciat. Menoch. remed. 15. n. 95. Quamuis autem d. transactio à litigantibus hinc inde producta, sit in confesso: tamen ab illis ipsi diuersimode intelligitur, & in diuersas trahitur partes, ita vt quilibet pro se alleget. Antequam autem ad enucleationem eius descendam,

mus, primo videndum, an Reis spoliati confiteantibus, † quasi exceptio domini competat? In hoc articulo Dd. distinguunt, & exceptionem de dominio tertii, seu de non iure agentis, interuenientis in hoc remedio reiiciunt. Contra agentem autem † ipsum à Reo conuento, ex sua parte dominium cum possessione, cui insitit, alleganti obiectum admittunt, eumque hac moti ratione audiendum statuunt: quia hoc casu fortius esse ius Rei conuenti, allegantis titulum & possessionem, quam ipsius agentis titulum, vt post Egid. de Belam. ibi allegatum tradit Socin. l. rem qua, de acq. poss. Menoch. d. loco, n. 479. Cognito iure exceptionis, nunc de pacti eialdem ceritudine inuestigabimus. Et primo quidem omnes particulas & clausulas, elisionem adiuuantes, deinde eam impugnantes, examinabimus. Constat autē ex illo ipsius transactionis exordio, † causam impulsuam & finalem fuisse transigendi: vt vigore pragmatice sanctionis, ab Imperio, & ordinibus Imperii, Anno 55. super pace religionis promulgatæ, ministerium de bonis & rebus ad hoc destinatis, alatur & conseruetur.

Ad hunc finem consequendum sic partes inuicē conuenerunt. Primo, † vt Rei in se sulciperent, & sustentationem ministerii Actores illis promiserunt: daß sie ihnen wolten folgen lassen, allen Wein vnd Frücht / vnd auch den kleinen Zehenden / sampt fünffzigem neuen Getreid / so viel dessen alles in jrer Statt / vnd derselben zugehörigen Marckung / jrem Orden gebührt vnd zustehet: allerdings nichts aufgenommen / dann allein den grossen vnd kleinen Zehenden / von jres Ordens eygenen Gütern / in gedachter Marckung gelegen. Hinc primo patet, Reos cum Actore transigisse de omnibus decimis, ordine Teutonico in ipsorum ciuitate & pertinentiis confinibus siue Marckung (in hac enim significatione † vocabulum Marckung / acceptum esse à transigentibus, ex multis coniecturis & testium dictis conuinctur, vt infra dicitur) persolutis. Ordinem autem Teutonicum recepisse omnes census, tam in ciuitate, quam in Detwang / in confesso, & dictis testium comprobatur est. Ergo & Reo eisdem quoque, iisdem ex locis, absq; distinctione marcarum recipient, iuxta modo præfata verba generalia. Imprimis, & secundo, cum nihil in exceptione subsequenti de his in genere promissis decimis fuerit exceptum, nisi decimæ illæ quæ soluuntur à propriis ordinis bonis, in Marcha Rotenburgensi litis: Nam cum † exceptio firmet regulam, in casibus non exceptis sequitur, quod Actor solas decimas fundorum propriorum reseruando, proculdubio reliquas omnes Reis reliquerit & concesserit, eodem modo, quo ipse eas ante percepit. Exclusio enim † vnius, est inclusio alterius. Atque hoc, & tertio quidem, suadet mens & voluntas Reorum, quæ ex euidentiissimis præsumptionib. facile elicitur. Et primo quidē ex causa finali Transactionis, † quā ministerii conseruationem fuisse, ex verbis d. contractus modo dixi, intentio contrahentis maxime conspicitur: cui aduersaretur, si aliam, quam hanc admit-

vertical text in the left margin, partially cut off and illegible.

admitteremus generalem interpretationē, adeo
 vt finem optatum, propter quem tranſegerunt,
 conſequi, & miniſterium alere non poſſent: quē-
 admodū ſecundus, 10. & 12. teſtes Reorum ad 24.
 articulum probatoriam deponunt. Secundo,
 hanc fuiſſe Reorum intentionem, quod ſcilicet
 de omnibus decimis tranſigere voluerint, anti-
 qua tranſactio arguit, Anno 1398. quæ ex eadem
 ratione & cauſa inter eaſdem fuit inita. Præſumit-
 129 Reum enim ꝛ iisdem conditionibus & qualitatibus
 Rei hoc onus alimentandi miniſterii in ſe denuo
 recepiffe quibus antea Ordini per d. tranſactionem
 130 contulerunt. Non enim ꝛ præſumitur No-
 uatio, niſi præbetur. Nec creditur quis in ſui im-
 primis diſpendium animum ſuum vel voluntatē
 mutaffe, niſi de eo manifeſte conſtet. *Soc. conſ. 131.*
n. 4. vol. 1. Grat. de antiq. temp. p. 4. §. materia iſta. n. 111.
 131 Tertio, quia ꝛ nemo præſumitur iactare ſuū: nec
 vero conſentaneum eſt, Reos ſuam voluiſſe dete-
 riorem, quam Actoris, conditionem efficere, &
 minori precio onus redimere, quam antea Actori
 132 ceſſerant. Ordinata enim ꝛ charitas incipit à ſe.
 133 Quarto, quia hoc ipſum iure ꝛ naturæ & æqui-
 tati conuenit, vt commodum ſequatur eum, qui
 ſentit onus. Cum ergo Rei curam vtriuſque paro-
 chie, tam in ciuitate, quam in Derwang in ſe ſu-
 ſceperint, merito etiam fruuntur proueniens ad
 harum prouiſionem neceſſariis. Quinto, præſump-
 134 tio pro ꝛ magiſtratu, quod potius prodeſſe bo-
 no publico, quam nocere voluerit. Sexto, quia in-
 iquum, & contra bonam fidem, cum alterius iac-
 tura locupletari: quia potius præſumendū ꝛ pro
 135 eo, qui certat de damno vitando, vt Rei noſtri, quā
 qui captat lucrum, vt actor. Septimo, quia hæc
 136 tranſactio ꝛ concernit alimenta Eccleſiarum, ergo
 potius extendenda.
 Ex his præſumptionibus, coniecturis & argu-
 mentis ſatis ſuperque de voluntate Reorum con-
 137 ſtare nobis arbitratur. Voluntas enim non ꝛ ſolū
 illa euidēs & expreſſa dicitur, quæ ipſis verbis de-
 claratur, ſed etiā, quæ per coniecturas colligitur,
l. licet Imperator. de leg. 1. & ibi optime Iaſ. num. 4. facit l.
locuples, in ſin. de manum. teſtam. l. quidam teſtamento,
de vulg. & pupill. c. 2. de cognat. ſpiri. Abb. in c. licet cauſam,
in vlt. not. ab. de probat. Id namque expreſſum dicitur,
 138 non ꝛ ſolum, quod verbis exprimitur, ſed & quod
 euidentiffimis ſignis colligitur. *Iaſ. in d. l. licet, n. 10.*
poſt Bart. in litem quia. iuncta gl. ibid. de pactis.
 Quarto, accedunt teſtes, qui id ipſum ſenſiſſe
 Reos, iuramento teſtatum faciunt, & voluntatē
 ipſorum ad nauſeam declarāt. Ponunt Rei in ſuo
 articulo probatorio 23. daß ſie allen Umſtänden
 nach den Buchſtaben noſtræ tranſactionis nie an-
 derſt verſtanden/ vñnd noch nicht anderſt verſtehen/
 dann daß ſihnen der Zehend aller Geſtalt vñd Maſſen
 als denſelben der Orden/ von Zeit an deß alten Ver-
 trags de Anno 1398. jinnē gehabt ſolt engeantwort
 werden/ auch ſonſten den Vertrag/ zu der Statt mer-
 cklichen Nachtheil keines Wegs angenommen noch
 bewilligt. Hunc articulum verum dicit teſtis ſepti-
 mus, vt in prothocollo. Teſtis decimus eundem

articulum verum affirmat, ex rationibus, omni-
 bus numeris abſolutis: quia interfuit Senatui, als
 der Vertrag abgeleſen. Teſtis duodecimus, anno-
 rum 70. Conſal, eundem aſſerit verum, dann ſie
 beyde im Raht geſeſſen. Et addit, halte auch darfür/
 die Teuſchmeiſterliche haben die Zeit den Vertrag
 auch anderſt nit verſtanden. Quibus ex teſtium, o-
 mni exceptione maiorum, & ex optima conclu-
 dendi ſcientiæ ratione, omni meliori modo, etiā
 aliis argumentis deficientibus, probatam eſſe mē-
 tem contrahentium exiſtimat: quia etiam ſacra,
 ad veri demōſtrationem, duos teſtes ſufficere ſta-
 tuunt, ꝛ hæc quidem maxime. quoniam ab A- 139
 ctore de contraria voluntate non probatur.

Nec fidem horum teſtium minuit, ꝛ quod ſint 140
 de vniuerſitate: quia cum neq; principaliter, nec
 in conſequentiam commodum ad ſingulos inde
 perueniat, cur non tales tolerentur? *Capoll. de ſer-
 uir. ruſt. præd. c. 9.*

Quinto eundem Reorum animum ſatis decla-
 rat factum proprium ſubſequentis: cum ſtatim eod-
 dem anno Actorem decimis pactis interdixerint,
 vt deponit Actoris ſextus teſtis ad 3. generale in-
 terrogatoriū: & teſtis 10. ad 4. generale interrog.
 Et de tempore, quo ſcilicet hoc factum ſit, dicit
 teſtis primus Reorum ad 26. artic. Et illas etiā vi-
 gore tranſactionis ipſimet collegerint, vt atteſta-
 tur ad d. 26. art. probatorial. Reorum teſtis 2. & 3.
 qui dicit: *Er hab ſeyther der articulirten Zeit/ hoc eſt,*
de Anno 56. Reis ſelbſt d. decimas gebē. Et teſtis 7.
ibid. Et hoc ipſum conqueritur Actor in libello
ſummario, in quo tamen, vitio ſcribæ, vt ex iam
dictis, multisque Actoris teſtibus colligere licet,
 Anno 57. ſcriptum eſt. Hinc ergo Reorum mentē
 ſatis clarā eſſe quis non videt? Deliberata tenim 141
 certa que voluntas magis re ipſa probatur, quam
 verbis, *l. ſi tamen, §. ei qui, de adilit. edict. Iaſ. in l. de qui-
 bus, n. 31. de ll. & l. reprehendenda, n. 7. C. de condit. & de-
 monſtr. Quoniam verba interdum contra mentē*
 proferentis ſunt: ſed factum ꝛ ſecutum oſtendit 142
 effectum & mentem deliberatam. *Mench. conſ. 7.*
num. 16. per c. dilecti. la 2. vbi Dec. de appell. Weſ. conſ. 50.
n. 17. quem vide.

Quinimo, & quidem ſexto, factum etiam ad-
 uerſarii, non ſolum Reorum, ſed & proprium ſu-
 um animum cōfirmare videtur: dum eodem an-
 no Commendator die Kelter gutwillig darzu geſie-
 hen/ vt probatur per teſtem tertium Actoris, ad 5.
 interrog. generale. Item teſtes 5. 6. 12. ibidem, vbi
 dicunt, daß im erſten Jahr/ & ſic Anno 56. ſolches
 geſchehen ſey. Idem etiam Reorum teſtes confirmant:
 teſtis primus ad 4. interrogat. 26. articuli, teſtes 9.
 10. ibidem, 12. ibidem. Nec refert, quod d. teſtis pri-
 mus in d. loco dicat, ſolches ſey darumb geſchehen/
 diereil man in den Zehenden nit hab ſammten laſſen
 wöllē: quia non verimile eſt, commendatorem
 pro maleficio retuliſſe beneficium: cum Reorum
 voluntas ꝛ luce meridiana clarior ſit, eam potius, 143
 quam verba ſcripta Iudex in prononciando ſequi
 debet.

Quamuis enim ꝛ nullum ſit maius teſtimoni- 144
 um men-

um mentis, quam qualitas verborum, *Ias. l. neque professio, num. 6. C. de testam. l. voluntate, in fin. C. de fidei commissis.* tamen, vt alias, præsumptiones grauiores derogant leuioribus, *l. Diuus, de in integr. restitut. Berous decis. 211. p. 2. per c. in nostra, de probat.* Sic etiam coniectura † à voluntate contrahentium, & causa finali ipsa ducta debet præualere coniecturis, quæ tantum ex verbis ducuntur, *l. non aliter, vbi Dd. l. 3. Cod. de lib. præter. Ias. in lege, non dubium, Codic. de legib.* Nec voluntates contrahentium † ob subtilitates verborum impediri ac coarctari oportet, *l. 1. in fin. vt act. ab hered.* Sed id, quod deest † verbis, ex coniectura & mente contrahentium, & causa finali suppletur, *l. 3. de alim. leg. l. 7. de ann. legatis.* Et hæc imprimis procedunt in terminis nostris, vbi non tantum ex coniecturis, argumentis & causa ipsa finali, sed etiam ex euidentissimis testium depositionibus, & facto deniq; proprio, cōtrahentium mens & voluntas, imprimis vero Reorum, certa & expedita est. Eam igitur, vt Lesbiam regulam, in iudicando sequendam omnino concludat. Nam in transactionibus † non tantum quod scriptum, sed etiam quod actū, debet inspicere, *argument. l. qui cum tutoribus, de transactio. sicuti in quolibet contractu stricti iuris. l. si stipulatus, de verb. obligatio. l. 3. l. non omnis, si certum peratur.* Qui intelligitur bonæ fidei, quatenus est actum, & patet de intentione contrahentium, *Bald. in c. unico, de plus petit. §. actionum. ibi Ias. n. 4. & n. 37. de action. & Wesemb. cons. 15. n. 48.*

Septimo: Tandem etiam in hoc nostro contractu, menti potius, quam verbis inhærendum. Quædoquidem si alia, & ea quidem, quam Actor expetit, interpretatio admitteretur, actus à contrahentibus in fauorem Ecclesiæ celebratus, contrarium, in præiudicium eiusdem, operaretur effectum. Decimæ † enim ad conseruationem ministerii destinata, pro parte huic adimerentur, & ad prophanos vsus forsân collocarentur: quod non solum iuri ciuili & Canonico (ad quæ tamen iura contrahentes in dubio censentur voluntatem suam confirmasse, *c. cum dilectus, de consuetud. l. ex facto, de vulgar. & pupill.*) repugnat: sed etiã plurimum aduersatur harum decimarū naturæ, institutis piis maiorum, & constitutioni denique ipsius pacificatæ religionis, disponentis, das der Kirchen Ministerien von den Gefällen / zur Kirchen gewidmet / versehen vnd besteller werden sollen. Quam tamen, tanquam normam, transigentes secutos fuisse, ipsa transactio & conuentio ostendit. Proinde nec in contrahentium facultate fuit, † semel piis vsibus publica autoritate destinatum, priuato suo contractu, ad alium finem deputare, & Ecclesiæ subtrahere, *§. sacra, Institut. de rerum diuisione.* Vnde talis conuentio super decimis, in præiudicium Ecclesiæ facta, non subsisteret. Quia regula est immota: quod omnis alienatio † rerum Ecclesiasticarum, monasteriorum, hospitalium & aliorum locorum piorum, quocunq; titulo donationis, venditionis, permutationis seu cessionis, &c. sit prohibita, *l. sanctimus, l. iubemus, authent.*

hoc ius porrectum, C. de sacrosancta Eccles. tot. titul. in authent. de non alienand. aut permutand. & extra eod. titul.

Quare in nostro casu ea declaratio potius in iudicando obseruanda, quæ † contractum confirmat, quam quæ eum infirmat, *l. quoties, de reb. dub. l. si prætor, de iudi.* Ne transactio in voluntate & facultate † partium deficiat: quæ tamen in quolibet contractu perficiendo omnino requiritur, *Lancel. in repet. l. 1. §. si quis ita. numero quinto, de verborum oblig. post Bald. in l. 2. col. 2. C. commun. de legat. adeo, vt quando † voluntas à potestate, & potestas à voluntate discordet, nil valet, quod agitur, l. si genero. ibi Bald. de iure dor.*

Postremo, si præpostero iudicio, relicta mente, verbis nudis adhæreamus, enormissime, vt dictum, Rei læderentur: dum non solum summam in conseruatione ministerii (culpa tamen Commendatoris deserti) impensam amiserunt, sed nec etiam nunc tantum habere possunt, quantum ad alimenta necessaria sufficiat, vt per testes ipsorum, secundum, *10. 12 ad 27. & 27. articulos, & decimum teslem ad vigesimum quintum articulum probatur.* Contra vero Actores ab omnino nere immunes, cum dāmnō † Reorum locupletarentur: quod non solum iniquum; sed etiam bonæ fidei contrarium, & doli non minimam suspensionem præberet. Ex enormissima enim † læsione de dolo suspicari, textus sunt in *l. omnes. §. Diuus, quæ in fraud. cred. l. creditor. §. Lucius, mand. Ias. in l. si quis cum aliter, n. 5. de verb. oblig.* Ne igitur de Actore, Imperii Principe, sinistra aliqua doli subesse possit suspicio, prædicto modo intelligenda erit.

Explorata voluntate Reorum, de Actoris ipsius animo perscrutandum nobis erit. Actor prætendit, se de decimis in ciuitate Rotenburgenfi, & Matca eius litis, saltem cum Reo egisse, & ipsis pro alimentis ministrorum cessione: sed reliquas decimas, in Derwang / auff dem Land / suo ordine reueruasse. Idque manifeste præ se ferre clausulam d. contractus subsequenter, *Sonsten aber allen Zehenden auff dem Land gen Derwang gehörig wie bis her / also auch fürbass hui vnserrn Orden vnd Haus werden vmd bleiben.* Hæc verba, licet prima fronte & per se clara & dilucida sint: scrupulo tamen carere vix videntur: cum ex modo relatis appareat, Reos aliter, aliter Actorem accepisse, vt sic quoad contrahentium intellectu, satis sint ambigua: adeo vt si, prout scripta sunt, simpliciter intelligerentur, Transactio † propter manifestū Reorum dissentium necessario corrueret, mutuo enim consensu contrahitur, *l. Labeo de verb. signif. nec ad incogitata porrigitur. Dd. in l. si de certa, C. de transact.* Imo qui transigit † super incogitatis & occultis, non tam transigit, quam decipitur, *Wes. cons. 42. num. 46.* Deficiente ergo † vnus partis consensu, transactio ipsa est nulla.

Præterea hoc sumpto intellectu, etiam ex impotentia contrahentium hæc transactio consistere non posset: in eorum namque facultate non

fuit positum, res ad Ecclesiæ commodum collatas, alio vertere: ne igitur partes actum nullum & frustratorium egisse dicantur, & omnis quoque absit mali suspicio, ultimam hanc clausulam secundum primam regulandam, moderandam & declarandam esse duco: ut scilicet comprehendat saltem decimas, von des Ordens Gütern auff dem Land zu Detwang / oder in Norenburger Marckung (hæc enim à partibus contrahentibus promiscue usurpata esse, ex plerisque testium dictis, qui de nulla marca, nisi quoad pasqua, aliquid sciunt, colligit) gelegen.

- 160 Verba enim & sequentia ex præcedentibus declaranda, maxime si obscura sint, ut per Dn. Referentem traditum est, & facit *l. quoties. famil. hercisc. l. si seruus plurium, §. fin. de leg. 1. ibi Iason.* obscura autem esse, propter diuersum transigentium intellectum, modo dictum. Proinde clausula generalis, quæ & est hæc, *Aller anderer Zehend auff dem Land* / refertur ad specificata tantum, hoc est, *Zu des Ordens eygene Güter daselbsten gelegen* / *l. si de certa, C. de transact. l. si ex pleribus. C. de solut. Bart. in l. qui Roma, §. duo fratres, num. 11. 12. de verb. obl.* Idque etiam suadet series orationis: nam si Actor in postrema clausula diuersum quid à priorè recipere & reseruare voluisset, in prima clausula non ita generaliter renunciaisset, per verba, & *Allerdings nichts aufgenommen*: vel saltem in continenti subiecisset hæc postremam clausulam, post primam reseruationem, & sic post verba, *den grossen vnd kleinen Zehenden von vnsers Ordens eygenen Gütern* / addidisset hæc verba: *Vnd den Zehenden auff dem Land zu Detwang.* Quod si factum esset, diuersas decimas tunc sibi reseruasse dicerem. Sed quoniam hoc primæ clausulæ contextus non continet, verum interponitur alia clausula, *Vom Diehere* & tandè subiicitur hæc clausula, in qua primo saltem repetuntur priora, nihilque præter tempus, quo hæc factio habitura sit effectum, adiicitur: Eam potius prioris repetitionem, quam nouam dispositionem & reseruationem statuo: cum alias plerumque ea, quæ & in anteriore parte contractus posita sunt, intelligantur repetita in posterioribus, per not. in *l. si quis. in princ. de legat. 3.* & clausula & in fine posita regulariter refertur ad præcedentia, *l. talis scriptura, §. fin. ibi Dd. de legat. 1.* præsertim cum hoc commode fieri, ut in nostris terminis, possit, *glossa vers. eorum scientia, l. 1. de iuris. omni. iudic. Bart. in l. prator. la. 2. de iud. Fel. in c. causam, col. 4. de rescript.* Et eiusmodi declaratio conformis sit causæ finali contrahentium, ex qua, ut dictum, intentionem & mentem eorum colligere licet. *Crau. cons. 245. num. 2. per l. cum mulier. solut. mair. l. scire oportet, §. oportet, de excus. tut.*
- 166 Mens enim & contrahentium, & ratio contractus ipsorum, pro vno eodemque habetur. *Dyn. c. fin. de reg. iur. Bald. consil. 200. incip. in causa ista, num. 3. lib. 3.*
- 167 Ideoque voluntas & ipsorum magis colligitur ex ratione contractus, quam ex verbis. *Bald. consil. 121. numero 4. vers. sed hic est aduertendum. lib. 3.* Et potissimum ex causa conuentionis, *l. fin. de hered. institut. l. adigere, §. quamuis, de iure patron.* Vnde sufficit,

dispositionem & effectum ipso suppleri, licet verba lædi videantur, *Grauetta consilio 59. numero quinto, Oldrad. consil. 257. num. 5.* Etiam in iis quæ sunt stricti iuris. *Alciat. & Dd. in rubr. de transact. & l. si de certa, eod.*

Accedit pro corroboranda hac declaratione, quod d. clausula vix saluari possit à fraude & simulatione: videretur enim aliud per saluationem vnius partis scriptum, quam actum, quo casu plus valere quod agitur, quam quod simulatur, *l. 1. C. plus valere.* Quinimo qui in transigendo aliquid abscondit, & cum id faciat sui lucri, & decipiendi aduersarii causa, non potest doli suspicione catere, *l. 1. & tot. tit. de dolo malo, l. 2. 3. C. eod. Wes. consil. 42. numero 49.* Dolus enim & est occultare, quod quis celare non debuit, *c. de catero, de re iud.* Non enim celare debet, qui cum alio contrahit, id, quod interest scire contrahentis, & quo cognito, non ita contracturus esset, *l. ea que in fin. de contrahend. empt. l. 1. §. fin. de action. empt.* Hoc enim contra bonam fidem, &c.

Vltimo, data hac interpretatione, maxima sequeretur inæqualitas inter contrahentes, & potior loco poneretur conditio Actoris, quam Reorum: cum tamen & in dubio præsumatur de æqualitate inter contrahentes actum, *Alciat. de præsumpt. pres. 23. reg. 1. num. 6. per l. dedit, de collat. honor.* Est enim facienda interpretatio, & ut æqualitas seruetur. *Dec. cons. 80. num. 4. Wes. cons. 51.* Cum ergo minor inæqualitas sequatur & ex interpretatione à mente contrahentium, quam ex verbis desumpta, merito intentio contrahentium verbis præponderare debet. Nec hic locum habet, quod dicitur: *Fatuitas & incogitantia illius, & alteri ius quæsitum auferre non debet.* *Dd. in l. sub pretextu specierum, l. si de certa, l. age. de transact.* Quia hæc ipsam excludit, quod in confesso sit, deliberato animo hæc transactionem initam esse, & consensu vtriusque partis perfectam. Quod etiam ipsorum Reorum declarationem confirmat, ipsos videlicet aliter Transactionem non intellexisse, quam secundum verba primæ clausulæ. Si igitur Actor aliud voluisset, & apertius dicere, & suam mentem declarare debuisset: quod cum non fecerit, sibi imputet, *l. veteribus, C. de pact.* Quamobrem hic succedat Regula: quod Transactione & non sit trahenda ad ea, quæ pars altera non cogitauit, & quorum si fuisset admonita, non ita contraxisset. Nam transactione consensum & requirit, *l. de fideicommissis, C. de transact. action. Qui non est in errante, l. si per errorem, de iurisdiction. omni. iud. Bart. in l. eleganter, num. 6. & 7. de dolo malo. Wesembec. cons. 52. num. 75.* Hæc autem non fuisse à transigentibus tractata & admonita, multo minus inter partes conclusa, patet ex missiua, ab ipso Actore, *fol. Actorum 181. producta*: cui in eo puncto non contradixit Actor. Cui ergo & pro se producat, contra se admittat Actor. Ex his itaque concludo, actionem esse elisam, eamque Actoris, cum propria culpa ac voluntate, atque sic iusta ex causa possessione sua ceciderit, non cõpetuisse, & per consequens Reos absolueudos: Compensatis expensis.

Aliud

Aliud votum N.

Actum meo iudicio, non remedio possessorio, sed petitorio, propter sequentes causas, † Primo, quia in probatorialibus articulis Actor tantum deducit ius & titulum, per quem ordo Teatonicus decimas su Detwang acquisiuit, & ad se pertinere contendit, quod in petitorio fieri solet. Secundo, † etiam petitio libelli optime petitorio conuenit, cum in eo duo potissimum postulentur, videlicet, declaratio domini, & restitutio: quorum prius in possessorio à petitione abesse debet, etià cum dominium colorandæ causa possessionis deducitur. Possessorium enim † iudicium est, quando concluditur nuda possessio: Petitorium vero, quando non nuda possessio concluditur, *Casar Contard. plene in l. vnica, C. si de moment. poss. numero 26. q. 13.* Tertio, † ipsi litigatores vtrinque cardinem totius controuersie ex transactionis vi & intellectu metiuntur, per quã de possessione nihil, sed tantum de dominio dispositum est: nec per transactionem, sed per rei apprehensionem possessio acquiri solet. Quarto, † Rei restitutionem in integrum petunt, quod tantum respectu petitorum locum habere potest. In possessione læsi non sunt cum ante Transactionem nullam habuerunt. Quinto, † si possessorium dederimus, necesse est, eos narrata libelli, quoad omissum possessionis requisitum, vel ex actis reliquis, vel ex tacito iuris præsupposito (quale est: deiectus est Actor: ergo possedit) supplere, quod tamen iura in narratis non admittunt: quamuis in petitione, propter clausulam salutarem, non sit infrequens. Dicta enim clausula quamlibet actionem infert. *Gabr. lib. 6. tit. de clausula, concl. per rot. n. 16. Menoch. de arbitr. lib. 1. quest. 72. num. 15.* Conludo, verisimilius videri, petitorium intentari, & quidem Actionem confessoriã, eamque ad receptionem decimarum competere tradit: *Canonist. in c. tua, & c. prohibuimus, extra. de decimis, Schneidvv. in §. æque, num. 10. Instit. de action. Quod si tamen in possessorio recuperandæ Domini perstiterint, non refragor. E quoad illud, Rei promptis & expeditis rationibus condemnantur: aperte enim Actoris possessio, tempore deiectionis, in confesso est: aperte Reorum deiectio probata.*

Quæ à Reis exceptiones adducuntur, contra d. remedium possessorium, nil momenti habent. Prima exceptio est, rei (puta decimarum) ex transactione debitæ. Verum cum quis re sibi debitam occupat, tantum abest, vt ius excipiendi ex eo facto nanciscatur, vt etiam certa pœna ius crediti amittatur, *l. extat, quod metus caus. l. creditores, Codic. si per vim vel alio modo.* Hæc exceptio domini, exceptio dici non potest.

Considerandum est ius, quod Rei tempore occupationis habuerunt. Et quamuis transactio, cui innituntur, tunc temporis iam fuerit inita & perfecta, tamen per eam dominium non fuit in ipsos translatum. Transactiones enim, † sicuti in vniuersum quælibet pacta, contractus & obligationes, tantum sunt vincula personarum, easque ad

dandum vel faciendum astringunt, res ipsas, super quibus interponuntur, non afficiunt: & ideo neque per se, † & sua natura, dominium transferre possunt. Quin ad eam rem actus naturalis, videlicet traditio requiritur, *l. traditionibus. Roman. singul. 306.* Et cum in incorporalibus, † patientia sit pro traditione, dici non potest quod patiente Actore, Rei decimas colligere inceperint, sed verius proprio facto Actores deiecerint. Patientia itaque † hac cessante, cessat etiam translatio domini, tanquam illius effectus.

Secunda exceptio est, quod Commendator Reis statum torcular concesserit: vnde colligitur, vel quod mox ab initio quietam possessionem Rei sunt adepti: vel si vis adhibita dicatur, eã per subsequenter spontaneam torcularis concessionem postmodum purgatam. Eodem modo, quo & illud, quod metu gestum est, † per spontaneum actum subsequenter ita confirmatur, vt amplius retractari non possit, *l. 2. C. de his quæ vi metu & causa.*

Sed responderi potest: Ex dictis testium liquido constat, quod Rei, † inuito Actore, possessionem sunt consecuti. Deinde & illud constat, Commendatorẽ iure familiaritatis & ex ciuilitate, torcular illis concessisse, ex quo possessio non queritur: nec in petitorio vel possessorio præiudicium generatur, *Molin. ad consuetud. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 4. verb. metre an sante. num. 11.* Tertio: etiam si maxime Commendator per d. actum in Reos, possessionem quietam transferre voluisset, tamen mandato ab Actore videlicet Magistro, cuius Procurator fuit, destitutus, id non potuit: si enim mandato domini † non recte alienat, nec ius domino competentens viliiter remittit, *l. nam & nocere, de pact. l. preses prouincia, C. de transaction. l. pactum, C. de pact.* Quarto, demus, Commendatorem ex mandato Actoris, per d. concessionem, in quietam Reorum possessionem consentire, ac primam violentiam tali actu purgare voluisse: adhuc tamen, nec ipse, nec Actor ex tali causa à possessorio recuperandæ excluderetur. Non enim eodem modo, † quo vis compulsiua, ita etiam expulsiua, per sequentem actum purgari potest: cuius ratio est, quod vis compulsiua ab initio habet consensum: voluntas enim † contracta, dicitur voluntas, *l. si mulier, §. si metu, l. 2. quod met. caus.* Et voluntas habet † in superficie, volitionem, in medulla, nolitionem, *Francisc. Mantica. ex las. de coniect. vlt. volunt. lib. 1. tit. 2. num. 11.* Aliam rationem ponit Bald. in c. sollicito, num. 2. de restit. spoliat. Nec quisquam replicet, possessionem ex post facto d. concessionis translata: Respondetur, in contractibus, † per quos vel dominium, vel possessio, vel obligatio acquiritur, initium, non subsequens complementum consideratur. Deinde tum temporis, cum torcular Commendator concessit, iam possessionem Rei inuasent, & ideo Actor id, † quod non tenuit, transferre non potuit: ex hac causa nec renunciatio domini superueniens, possessorio remedio impedimento est: cum talis renunciatio † possessionem abdicare

non potuit, quæ apud spoliatum non fuit. *Menoch. remed. 1. recuperand. q. 23. n. 263.*

- 198 Tertia exceptio est enormissimæ & læsionis, quæ ex re ipsa contingit, & dolo, ex proposito comparatur, *l. 2. de except. doli.* Verum hæc exceptio & possessorio opponi non potest, sed tantum petitorio, de quo paulo post. Concludo, quia in possessorio, actio probata, nec elisa, Reos recte condemnandos.
- 200 In petitorio hæc principalis quæstio & est, Ad quem ius percipiendi decimas pertineat? De Reo, supra ostensum est. Facto Actoris, qui dominus tempore transactionis fuit, ius tale per actum naturalem in Reos non translatum: sed nec id contingit, per actum similem à lege inductum, qui in defectum veræ traditionis omnino requiritur, ut dominium transferatur, *Alciat. in d. l. traditionibus, n. 51. C. de pact.* Ipsi quoque Rei suo facto per occupationem, invito Actore, dominium non sunt consecuti: nec diuturnitate possessionis, multis notoriis impedimentis obstantibus, præscribere potuerunt: unde efficitur, Reos dominos non esse, sed dominium apud Actorem permansisse. Hæc velut iuris fundamenta cum sequemur, etiam in petitorio res est expedita.
- Verum præter hæc etiam alia argumentorum adminicula à Dominis Referentibus adducta sunt: quæ meo iudicio locum tum haberent, si Rei contra Actores personali actione, ad consequendum id, quod vel ex primo contractu, de Anno 1398. vel ex pragmatica sanctione, de Anno 55. vel ex sequente transactione, de Anno 56. ipsis deberetur, experirentur: nunc cum sibi ius ipsimet dixerint, & spretis iuris remediis, quasi possessionem percipiendi decimas de facto occuparent, vix est, ut in petitorio vel in possessorio, per objectionem dictorum iurium, contra Actorem se defendere possint. Sed faciamus id fieri posse, idque executiamus. Rei per d. contractum de & Anno 1398. ius decimarum in Actores primo transtulerunt, sub hoc modo, quod ministeria Ecclesiarum & Scholarum vicissim constituerent, eo pacto, quo in illo contractu exprimitur. Hic modus, quia in curia Magistrorum Teutonicorum defecit, eo ipso, ex natura contractus modificati, ius decimarum ad Rotenburgenses pleno iure rediit.
- 202 In omnibus enim & dispositionibus, sub conditione vel modo initis, deficiente modo vel conditione, deficit dispositio, *l. 1. C. de his quæ sub modo.* Modus enim & pars ipsius dispositionis, illiusque quasi causa finalis est, qua cessante, merito cessat dispositio: *Wesemb. in tit. de cond. & demonstr. n. 9.* Sed huic contractui, per posteriorem Transactionem de anno 56. est derogatum, ut consideratio illius haberi non possit *l. pacta nouissima. C. de pact.* Eodem modo ius, quod competiit Reo ex d. Recessu de anno 55. similiter per d. Transactionem est sublatum: Prouisio enim & hominis fecit cessare prouisionem legis. Quo loco notandum, quod nostris litigatoribus per d. Imperii Recessum, & facultas super sustentatione ministerii ecclesiastici trans-

gendi, expresse fuit permessa, text. in §. *Als auch dets Ständen. cum §. seq.* Atque hac publica sanctione, iuri communi, de prohibita alienatione rerum Ecclesiasticarum, Item, de non transigendo, super alimētis futuris: liquido, quoad nostrum casum est derogatum, ut in argumentum trahi amplius non possit: Remoto itaque primo contractu, & dicto Imperii Recessu, relinquitur, omne fundamentum iuris, quod vtrique parti in decimis zu *Detwang.* competit, recte ab ipsis in transactione collocari, ac tantum collocari potuisse. Proinde ex tenore Transactionis videndum, ad quem decimæ in *Detwang.* spectare debeant. Ad cuius rei diiudicationem hæc regulæ in conspectu erunt. In contractibus, & cum verba clara sunt, illis omnino est inhærendum, nec contra propriam eorum significationem interpretatio admitenda *l. continuus. §. cum ita de verb. obligat.* Certitudo enim & verborum declarat, certitudinem intellectus *Bald. consilio 452. num. 2. volum. 3.* Et præsumitur & talis animus, qualiter verba demonstrant *l. Labeo. §. idem Tubero. de suppellect. leg.* Nec & animus intelligitur sentire, quod verba non sonant, cum virtus le ad illud non porrigat. *Grauet. consil. 294. num. 7* ubi igitur verba clara sunt, & sensus manifestus, & interpretatio nulla tantum valere potest, ut melior sensu verborum existat. *Cephal. consilio 138. num. 3. lib. 1.* Quia omnis argumentatio, in casu claro, est reiicienda, *Grauet. d. consilio 294. num. 6. 7. Bald. & imbecillitati intellectus adscribit, à claris verbis ad coniecturas, tanquam à certis ad incerta recurrere. Baldus in d. l. continuus. de verb. obligat.* Secundo quod si verba dubia & vel ambigua sunt, contra proferentem interpretatione facienda est, quia apertius ea proferre potuit *l. veteribus. l. Labeo. de contrah. empt.* Hæc ad rem.

Ex verbis transactionis & clarissime patet, controuersas decimas ad Actores, non ad Reos in totum pertinere: Primum, probatur hoc manifeste particula aduersatiua: & *Sonsten aber/* quæ sua natura diuersum à priore infert. Vnde, cum clausula præcedens Reo attribuat den *Zehenden zu Rotenburg in der Stadt vñnd derselben Markung:* necesse est, quod clausula sequens, den *Zehenden zu Detwang/* illis non attribuat, sed Actori reseruet. Deinde, nisi hanc sententiam poluerimus, & clausula *Sonsten aber/* superuacanea erit, & ociosa: quod de tota clausula præsertim dispositiua, affirmare absolum est: Cum in contractibus & vnumquodque verbum cum effectu & virtute operandi positum intelligatur, *l. 1. quod quisque iur. cap. si Papa. de priuileg. in 6. Felin. in c. fin. numero 56. de rescript.* Tertio, quandoquidem Actor primam Transactionis delineationem Reo transmissit, quam & illi in Senatu, adhibito longo tractatu, suo arbitratu interpolauerunt & mutauerunt, nec tamen d. clausulam & *Sonsten aber/* expunxerunt: merito ex illa etiam secundum improprium illius sensum obligantur, per regulam dict. *l. veteribus. & dict. l. Labeo.* Quarto: Sed nec decimæ zu *Detwang/* in incertæ esse possunt, cum certi sint agri, vineæ & pascua, quæ

quæ ad pagum illum pertinent: quod omnes testes fatentur. Et addunt nonnulli, quod maior pars der Weingårten zu Detwang / den Bürgern zu Rotenburg zugehöre. Nec hic laborandum erit, an Detvvangenses marcam habeant, vel non: satis enim est, q̄ habeant agros, vineas & pascua, vnde decimæ percipiuntur, & in casu decimarum, si marca mentio fiat, accipi tantum potest, pro ipsa fundorum vniuersitate, seorsim & per se, non etiam cum iurisdictione considerata. Decimæ enim † dominis locorum non debentur, sed parochiis quæ iurisdictione carent: Nec decimæ † iure iurisdictionis, sed ad instar quorumlibet fructuum, quorum decimam partem conficiunt, iure soli percipiuntur: textus in *l. qui scit. in princip. de fruct.* Hinc accommodate ad casum præsentem à plerisque testibus marca definitur esse, videlicet à teste Actoris primo, ad interrog. 1. art. 3. *So weit sich ihre Felder ziehen. & 4. testis ibidem dicit, daß ein Marckung sey / so weit Acker / Wisen / re. & nonus ad 3. articul. Detwang hab ein Marckung / so weit ihr gemein Recht gehe.* Quod reliqui in specie magis exprimunt, *so weit ihr Hut vñnd Weid gehe.* Atque hoc ius pascendi pari modo, quo & decimæ, vniuersitati agrorum certo loco destinatæ inhæret: à marca † itaq; iurisdictionali, vitiosa est Reorum collectio. Quin e contra verba præcedentis clausulæ, † nempe, *in der Statt Marckung* / accipienda sunt eo sensu, qui modò ostensus, videlicet pro ipsis agris, vineis, pascuis, *in die Statt gehörig* / sine iurisdictionis qualitate: hic enim sensus ex sequentibus verbis (gen Detwang) rectè inferitur, & subiectæ materiæ conuenit. Et si quis hunc sensum improprium dixerit: tamen tollerari debet, cum alioqui verba illa, de iurisdictionali Rotenburgensium marca, in fundis Detvvangensibus, qui eidem includuntur, propter manifestam exemptionem verificari non possint. Verba autem † impropriè omnino intelligenda sunt, cum in proprio sensu actus subsistere non potest, *Francis. Mantie. de coniectur. vlt. vol. lib. 3. tit. 5. n. 5. & tit. seq. per tot.* Quintò: certitudo decimarum † zu Detwang etiam ex eo probatur, quod proprio nomine ab aliis præsertim Rotenburgensium Decimis distinguuntur: Testis enim 6. 9. 10. 14. actoris ad 4. interrog. 3. artic. Item 7. ad vlt. interrog. 3. art. Item, 12. ad 2. artic. & 17. testis ad interrogatorium generale, nominant decimas illas *den Thalschenden.* Econtra 23. Actoris testis ad quartum generale interrogatorium nominat *den Zehenden zu Rotenburg / den Statt Zehenden.* Sextò: tam ante initam Transactionem, quam post eam, decimæ Rotenburgensium & Detvvangensium fuerunt ipsa perceptione distinctæ. Nam 23. testis Actoris ad 4. generale interrogatorium dicit: *Daß sein Vatter hab zum vierten mal den Statt Zehend von einem Commenthur des Geschlechts ein Lochinger / bestanden.* Hoc ante transactionem fieri tantum potuit, cum post eam Rotenburgenses illas perceperint, & quod commendator post transactionem den

Thal Zehend / pro decem modiis sæpius locarit, passim testes inculcant. Septimò: ipsi Rei proprio facto certitudinem harum decimarum comprobauerunt. Cum enim Actori den Frucht Zehend zu Detwang reliquerint, & quoad decimas illas, de finibus & marca Detvvangensium planè non discrepent, eosdem fines, quoad vineas, inconuenienter in dubium vocant. Octauò: Primus contractus de anno 1398. distinguit decimas Rotenburgensium, à decimis der armen *Leut auff dem Land* / dum distinctè de singulis promittitur, quod decimas soluere debeat: quod fieri non posset, nisi peculiare decimas haberent: Quod ideo † olim fuit, hodie durare præsumitur. Ex quibus omnibus, atq; aliis à Domino Referente productis, concludo quodcumq; iuris remedium, siue possessorium siue petitorium, siue personale, Actori assignabimus, intentio illius ad condemnationem Reorum, satis virium habebit.

Non obstat primò, quod de marca à Reis oppositum est: Respondetur enim, vt *suprà.* Deinde nec exceptio enormissimæ læsionis obstat, cum non sit probata. Est enim † enormissima læsio, ex multo: ū (quos sequitur *Gail. lib. 2. obseru. 77. num. 8.*) sententia si quis vltra dimidium læsus sit: alii existimant, † si quis in sexta parte læsus sit: *Ferrar. caut. 8. num. 2.* Plerique hoc iudicis arbitrio relinquunt, † cum hoc à lege non sit determinatum, *Bald. in l. cum antea. Codic. de arbitr. Mysing. obseru. 6. cent. 5.* Ad læsionem autem probandam omninò requiritur, certam qualitatem exprimi, vt inde constitui possit, an enormis sit, vel enormissima: & cum nullus testium, in quanta parte læsio facta sit, deposuerit, læsionem etiam probare non potuerunt. Tertio, non obstant, quæ de eorum mente & voluntate fusè disseruit correferens: Ea enim † locum habere possunt in his, quæ ab vnus voluntate dependent. In contractibus, † qui synallagma & mutuam obligationem continent, vnus consensus rei substantiam non constituit, sed necesse est duos pluresvè, in idem consentire. Idque † si ex verbis & tractatu negotii potest, seruari debet, nisi omnes, non etiam vnus, aliter sensisse ostendatur.

Vltimò: Etiam non mouet intellectus clausulæ (*Sonsten aber*) à domino correferente allatæ: repugnat enim verbis & sententiæ, atque ad eo contextui transactionis: quin alienus etiam est à mente vtriusque litigatoris, nec video, quomodo contra ipsorum intentionem ex hoc intellectu sententiam feremus. Ipsa quoque † verba, *Sonsten aber* / cum diuersum à præcedente inferant, impossibile est, verba sequentia ex præcedentibus, tanquam ex simili, intelligi posse. Planè etiam † decima pars domino non rectè assignatur, in eo quod illius totum est: Et sicut res sua † Domino seruire non potest: ita in rebus propriis, onus decimarum vlli constitui non potest. Hinc efficitur, cum in prima transactionis clausula libertas contra decimas disertè Actori sit concessa, in secunda clausula inde ad onus, siue debitum

decimarum concludi non posse: Tacco, quod nec ex actis apparet, in districtu Detvvangensi Actorem non habere vineas.

An grauamina ad probandum admittenda? In actione confessoria, quam ipse N. constituit, nihil releuare possunt: Ergo non admittenda. Ocularem quoque inspectionem denegarem: quia terminos alios non reponunt Rei, quos probare possunt, vt etiam admisso omnino futura si inutilis.

235 Quid pronuncian- dum? mea sententia Rei condemnari deberent ex actione confessoria, & simul super dominio decimarum pronunciatum, videlicet, daß der Zehend zu Detwang / Actori iustendig: post ex sententia priorum iudicum subiiciendum, daß ihnen nicht gezimpt oder gebürt / re. prout in ea. Verum cum Actor per omissionem declarationis domini, se grauatum non conquatur, & sententia in reliquis partibus confessoriae congruat, confirmabit illam cum Domino Referente simpliciter.

236 Quoad fructus, retractari iure debebat, cum tam in petitorio quã possessorio, omnes fructus percepti secundum qualitatem nostri contractus restituendi sint. Verum cum Actor in liti contestatione priorem sententiam confirmari petierit, insisto ei petitioni: nec quicquam moror, quod eam post, quoad fructus, mutauit. Neque enim post liti contestationem Actor petitionem, in præiudicium Rei, qui eam accepit, mutare potest: *Cæpoll. cautela 6. num. 2.* Expensas compensabo.

Votum aliud.

D. N. Cum Domini hanc causam satis tractarint, meam sententiam solummodo paucis aperiam.

Ad genus itaque actionis quod attinet: Petitorium, & quidem Actionem confessoriam, cum Dn. N. iisdem, quibus ille adductus rationibus, Actorem intentasse, malo constituere.

237 Decisionem autem causæ ex Transactione Anno 1556. inter has partes celebrata, petendam, & ipse persuasum habeo: Cuius quidem ea sunt verba: Dargegen sollen wir Meister Teurschordens / ihnen (denen von Rotenburg) folgen lassen / allen Wein vñ Fruchtzehenden / so viel dessen alles in ihrer Statt / vñnd derselbigen zugehörigen Marckung / vnserm Orden gebürt / re. Quæ sanè satis perspicua, & contrahentes de iis tantum decimis, quæ in vrbe Rotenburgensi, eiusque finibus & districtu colliguntur, agere voluisse, cumulatè videntur posse demonstrare: quippè cum ex vnus in inclusione fiat exclusio alterius Adhibita præsertim in considerationem prædictæ clausulæ geminatione, & exiguo repetito intervallo in calculatione, ibi Auch Weinzehend in der Statt Rotenburg / vñnd derselben Marckung: Quæ profecto su-
238 peruacanea, ociosave minime habenda, sed maturam partium deliberationem, & disertam, præcisamque earum voluntatem arguere, censenda, *c. si quis natus. 2. q. 3. l. Balista. ad Trebellian. Tiraq.*

late in l. si vnquam. versic. reuertantur. C. de reuoc. donat. n. 39. Nihilominus, quo omnis disputandi ansa præcideretur, & nullus in posterum cauillationis locus relinqueretur, postmodum exceptiue subiicitur: Sonst aber alle andere / re. (qui in omnia dicit, nihil excludit) *Auff dem Land / gen Detwang gebürt / wie bißhero / also auch für bißhin* (quo haud dubiè etiam controuersæ Weinzehend / quæ in hunc vsque diem ordini competierant, comprehenduntur) vnserm Orden / vñnd desselben Haus werden vñnd bleiben. Quæ seruata, id quod præcedentibus iam satis inerat & includebatur (decimas nimirum Detvvangenses ordini ab Actore reseruatas, & à Reis relictas) anxioribus tamen scrupulum potuisset aliquem iniicere, & disputandi occasionem præbere, expresse veniet. Et quid ad hoc egemus testibus, ac trita regulæ, quæ post casum in decimis amplius non laborandum, nec rem in dubium vltro vocandum, docetur. *l. Labeo. de Carbon. Edict. l. Ancilla. ibi Bald. post glos. de furt. securè non acquiescimus?* argumenta autè, quæ ad horum euerisionem ingeniosè conquiruntur, præterquam quod Reis, qui aduersus ea, quæ dilucide fuerant conuenta, iisdem pertrahantur, sint indigna, *arg. c. per tuas. de præbend. & l. generaliter. de non num. pecun.* In statu coniecturali plaræque versantur, quæ, vt in vltimis in voluntatibus, in quibus Iudicem scripto non tam religioso addictum, quæ fuerit defuncti sententia, non aliter, quam venatori leporem (vt *Bald. dicit*) quam sagacissimè conuenit indagare. *Lin conditionibus. de cond. & dem. instr. sunt vsi a vltima atque recepta, Lin testamentis. vbi Dec. Cagnol. & alii. de R.I.* Sic in contractibus in præcipue qui stricti iuris sunt (in quorum numero transactiones referuntur. *glos. fin. in l. sub prætextu. 2. C. de Transact. vbi in rubr. Alciat. communem dicit*) in quibus Cancelli à contrahentibus circumscripti, minimè transiliendi, sed quæ nomina in non expressum, pro omisso. *que extrinsecus de stipulatione.* Ipsa item verba pro lege habentur. *l. §. si conueniat. de pos. l. contractus. ibi Dec. & alii de reg. iur.* Nec aliud, in quam in scriptura est expressum, actum intelligitur. *l. fin. vbi Bald. & Salic. Codic. de falsa caus. adiect. Bald. consil. 189. creditor. nu. 3. lib. 2.*

Ratio diuersitatis non est in obscuro. Nam testamenta in ex sola testatoris voluntate, quam id circo, quibuscunque possumus commodè coniecturis, meriò inuestigamus, inspicimusque. *l. inter vestes. de auro & arg. legat.* At contractus non ex alterius contrahentium, sed vtriusque animo & intentione, quorum dissentientibus præsertim partibus (vt hic) interpret ceriissimus, oratio. *l. cum vinum in princip. vbi not. Cuiac. C. de fideicommiss.* Quippè cum nemo in existimandus dixisse, quod non men e agitarit. *l. Labeo. versic. nam vocis ministerio. de supell. legat.* Et ex hominis loquela, vt cum *Bald. in l. sed & milites. de excusat. tutor. loquitur*, eius animus iudicatur, dependent. *Castrens. in l. si mihi & Titio. §. si stipulatus. de verb. obligat.* Vnde etiam quod Rei controuersas decimas sibi quoque cessas fuif-

fas fuisse, animo proposuisse, sibiq; persuasisse iam allegant, satis non fuisse consequitur. Quamobrem enim hanc suam persuasionem, tanquam partum abortivum, late Tyraquel. in dict. l. si ynquam. verb. libertas n. 18. Cod. de reuoc. donat. in animi latebris, recessibusque delitescere sunt passi, ac non potius verbis explicarunt, iuxta l. cum in plures. §. locat. leg. si retinendi. C. de condict. caus. dat.

Imò cum contrarium ex diametro, decimas videlicet Detrvngentes apud ordinem reman- suras, Transactioni expresse inseratur: quare non reclamarunt, & de sua hac sententia & intentione sunt protestati? faciunt notata in l. qui tacet. de reg. iur. Cum Transactio illa, forma ab Actore, sub Reorum censura & approbatione concepta eisque transmissa, atque in frequenti deinde senatu discussa, & maturè examinata, præcipuè cum nonnulla adpinnerint: hanc tamen de decimis Detrvngentibus clausulam identidem non oppugnant? ut planè non videam, quo tandem colore, in re adeò perspicua, & ab omni cauillo, apertis transactionis verbis, circumspèctè vindicata, Grauet. consilio 223. Nobilis numero 28. volum. 1. ad vllas possumus coniecturas decurrere, contra l. continuus. §. cum ita de stipulat. l. non aliter de legat. 3. Et per ea quæ not. Socin. consilio 19. ad sit num. 7. vol. 1. subdolè & versutè Reos versatos, ac studiosè, nec satis bona fide, contrariam istam suam, quam iam intempestiuè, serò, & post factum, ut dici solet, tantopere venditant, intentionem dissimulasse, & malitiosè mussitasse: quo nimirum negocium actori postmodum facefferent, aliquis possit suspicari. Quo quidem casu (quem ego tamen nolim imaginari) doli parocinium † eos implorare, æquitatis ratio non pareretur l. verum. §. hoc quoque. pro Socio. mea profectò sententia habent planè Rei, quod sibi imputent: quia legem contractui † apertiorè dici, cum facultas summa eis, & spacium deliberandi liberum, laxissimumque daretur, non curarunt, arg. l. veteribus de pact. l. qui ex plurib. §. stipulatio ista. de verb. obl. 248 cautiùs etenim mercari, & contractus, † etsi ab initio voluntatis, ac ex post facto necessitatis, scire debuissent: l. in commodato, §. sicut. commodat. l. sicut. Codic. de act. & obl. Quod verò commendator Torcular Reus concesserit vtendum, 249 exiguum habet momenti: Beneficium † enim illud in eius iam damnum & necem velle interpretari, æquitati minimè foret consentaneum l. quemad. testam. aper. Præterquam quod commendator, † persona nempe singularis, aliquid toti ordini, cui transactione ius quæsitum, præiudicium nequeat creare, arg. cap. diligenti. vbi notatur. de foro compet. Ruin. conf. 130. num. 5. volum. 5. Eberhard. conf. 12. sub fin. Et cum vicem officialis magistri ordinis quodammodo commendator obtineat, ipsi equidem magistro, quo cum transactione inita, eiusque iuri nihil potuit detrachere. Cæpoll. de seruit. vrb. pred. num. 4. Capir. decis. l. 7. & Balb. de prescript. 2. part. 5. par. princ. §. tertia estq. n. 8. Quoad lationem, & petitam eius prætextu

transactionis rescissionem: hunc articulum diligenter Dominus Referent. & N. enuclearunt, cum quibus etiam Gal. cap. 70. libr. secundo, num. 11. sentit.

Fructuum perceptionem, quamuis si summo iure rem perpendere vellemus, aut Rei ab occupationis tempore ad præstationem illorum tenerentur: Tamen etiam cum dictis Dominis mitio rem malo partem amplecti. Cum quibus quoque priorem sententiam, cum compensatione ex pensarum approbandam concludo. Quæ certè sententia, cum ab vtriusque religionis, Catholicæ nimirum, & Augustanæ confessionis pari numero sit iudicibus pronunciata, tantò maiorem integritatis opinionem videri posset promereri.

Aliud votum.

D. N. Quoad actionem, confessoria agi posse: cum præstatio † decimarum sit quædam seruitus: aliàs cum actor allegat, se possessione decimarum destitutum, restitutionemq; petat, putarem, possessorio recuperandæ iudicio actum dici posse, vt Domini Referentes. In hac verò causa, litigantes ad transactionis tenorem se referunt principaliter. Itaque in primis de Transactione ipsa, an iure subsistat videndum: Et q; non, præter rationes à Dominis referentibus adductas, etiam considero, q; decimæ † non tam personarum, 252 vt puta, Episcoporum, aut Clericorum sed ratione Ecclesiarum, à Deo sunt constitutæ & seruata c. statutam. c. de decimis. 16. quest. 1. c. tua. & ibi glo. in verbo prætextu de decim. Ideoq; in dominio Ecclesiarum esse censetur, d. c. tua. & ibi Panorm. nu. 4. & Parochiali † Ecclesiæ, sub qua prædia sunt, dari debent. c. fin. ibi glos. extra de paroch. diuerso que effectu, † Deo & Clericis soluuntur: Deo enim in 254 signum vniuersalis dominii, vt scilicet totius terræ, omniumq; que in terra sunt, dominus cognoscatur: Clericis verò solummodo, pro diuino officio, quod in Ecclesiis in cultū Dei impendunt: adeo quidem vt etiam pauperibus † dari non possint, cum ipsis Clericis debeantur. Abb. in d. ca. tua nobis. de Cleric. Quippe nec Clericus vel † Laicus, 256 pactis aut transactionibus, vllam potestatem decimarum potuentum ab Ecclesia abstrahendi habet: Et siquidem traditio facta fuerit, omninò censetur irrita. d. c. si quis Clericus. & can. de decimis. 16. quest. 1. Quia decimæ, ratione diuini obsequii & ministrorum, sunt præstandæ ca. nouum. & d. c. tua nobis ibi glo. verb. prætextu. Quia † res cum suo onere 257 transit. c. cum non sit in homine. in fin. de decim. Iam verò cum decimæ Ecclesiæ in Detrvngentibus vt ministeria inde sustententur, ac Clerici alantur, debeantur, sanè talem transactionem, quia Commendator, neglectis ministeriis, sibi decimas reseruauit, ipso iure nullà esse videtur. per iura supra dicta. Quandoquidè, D. Paulo attestante, qui † altari 258 seruit, de altari viuet: Ergo è contrario, qui non seruit, etiam de eo sustentari non debet: Cessante enim † priuilegii causa, etiam eius effectus cessare debet, c. suggestum. ibi glos. 1. de decim. Nec hisce

Consti;

Constitutio Imperii, de anno 55. §. als auch/te. cum §. seq. aduersari videtur. Quia primò expresse disponit, quod ministeria ex bonis antiquitus ad Ecclesiã destinatis, similiter sustentari debeant. Quod verò in sequenti paragraho, subiungitur, quod partes desuper conuenire possunt, putat intelligendum, da ein Parthen vor der andern die Bestellung haben wöl/vel, quantum de redditibus, censibus, ac decimis, ad ministrorum sustentationem distribuendum esset, concederetur, iuxta verba, was vnd wieviel zu Vnderhaltung der Ministerien gegeben werden soll/ non autem ita transigendum quod Parochialis Ecclesia, sub qua prædia sita sunt, suis decimis quibus ministri, propter animarum curam, sacrosque labores alantur, in totum destitui debeat: cum hoc potius ad destructionem quam sustentationem cederet. Quod 260 enim in fauorem Ecclesiarum & ministeriorum constitutum, id in ipsorum odium trahi non debet. *l. quod fauore. C. de LL.* Maximè cum d. constitutio in fine eiusdem. §. disponat, possessorem fructuum, qui onus sustinuit, etiam ministeria, de redditibus, decimis, aliisque bonis, antiquitus ad hoc destinatis, quamdiu lis pendet, sustinere debere, in quo iuri diuino & communi videtur conuenire: aliàs enim si constitutio alio sensu intelligatur, quod scilicet Rectores Ecclesiarum, in officio negligentes citra onus ministeriorum, per conuentiones vel transactiones, decimas sibi appropriare, & Ecclesiã destituere: quo casu iuri communi penitus esset derogatum, quod non putat dicendum, nisi expressis verbis correctio facta esset: *l. precipimus. C. de appell.* Ex quibus videtur inferendum, d. Transactionem, qua Ecclesia in Detwang, quæ olim parochialis fuit (vt ex documento patet) eiusque ministeria, suis decimis prædialibus in totum priuentur, ipso iure nullam esse. Et pro hac sententia vtrunque, Dominum Referentem, & Correferentem, iua fundamenta adduxisse apparet: nisi quod Correferens pro declaratione & obseruatione d. contractus, talem nullitatem amouere intendit: Referens verò istam nullitatem, per d. Imperii constitutionem saluandam existimat, quam ipsam tamen, per supra dicta, communi iuri conformem existimat: Cum 261 legum & correctio sit vitanda, & secundum ius commune d. Constitutio interpretanda. Aequum 262 enim est, & magis priuilegia Ecclesiarum, quam priuatorum pactiones attendere: & hoc casu posset Transactio annullari, vel restitutio in integrum concedi, de quo *infra*. Quatenus verò domini d. Transactione validam censuerint, etiam in principali causa paucis verbis se declarat. Et quidem inspecta aduersariuz clausula transactionis, vers. *Sonstern aber ic. censet* illam adeo generalem, vt etiam quascunque decimas prædiales in Detwang / eiusque districtu colligendas noster Actori attribuat. Quandoquidem hoc ipsum il- 263 la verba generalia, & *Sonstern aber alleit andern Zehend/te* facile inferunt. Qui enim omne dicit, nihil excludit: Et hoc etiam sequentia verba pro-

bant vulgariter: *Wie bisshero / auch fürbass hin dem Orden bleiben*: quia hæc verba antiquam præceptionem & possessionem denotant. Sicut igitur Actor antiquitus recepit, ita sibi reseruasse certum est: maximè, cum in Transactionibus & aliis 264 contractibus non solemus à verbis recedere. *l. quicquid adstringenda. de verb. obligat. Bartol. in l. siue apud acta. ibi Alciat. n. 24. C. de Transact.* Cæterum si priores d. transactionis clausulæ introspectantur, dubium non est, ex parte Reorum certæ rationes militare videantur: quibus elicitur, Reos aliam mentem habuisse, vt dominus Correferens earum plurimas adduxit, ad quas se refert. Nam cum in initio contractus Rei sese ad d. Imperii constitutionem, qua pro conseruatione ministeriorum decimas habere potuissent, retulerint (quæ decima proprie ad Ecclesiã spectant, *cap. cum contingat. ibi glos. Panorm. de decimis*) non videtur verisimile, quod decimas remittere voluerint. Deinde, quia vtriusque Ecclesiæ onera, tam in Detwang / quam in Rotenburg in se susceperunt: ideo de retinendis & decimis ad vtramque Eccle- 265 siam pertinentibus ipsorum intentio fuisse præsumitur: Cum Rei suam communitatem vltro citroque obligare noluerint, arg. *l. Preses. C. de Transact.* Quibus tertio accedit, prima illa generalis clausula, d. contractus, qua dicitur, *dasß dagegen Administrator allen Wein vnd Frucht / auch den kleinen Zehenden / so viel desß alles / in der Statt vnd derselben Marckung dem Orden zusiehe, nichts dauon außgenommen / wölß folgen lassen / quæ sanè omninò generalis est, & per illam Rei videntur inducta, quod vinearum decimas in Detwang etiam comprehensas existimant, & existiment de præsentî propter vniuersalia verba, & *Allen Wein- 266 zehenden*: quæ nullas decimas vinearum excludunt. Et licet subiungantur verba: *So viel desßer alles in jrer Statt/te. quæ ad ciuitatem Rotenburgensem restringuntur*: Tamen sequentia adiuncta verba: *Vnd der oßelben zugehörigen Marckung / latius patere videntur, adeo quod dum Reis, tanquam fortè indoctis, verum etiam doctoribus, varietatem intellectus inducant*: Et sunt ea, quæ hinc partibus ansam litigandi præbuerint: quandoquidem verba illa strictè de Ciuitate Rotenburgensi: Rei verò nostri largius, etiã de districtu Detwangensi, quasi sit illa de districtu & Marca Rotenburgensi, intelligant. Quapropter si Marca proprie sumatur, non immeritò Rei dubitandi rationem habent: Tametsi enim illud verbum, *Marchia*, à limitibus suam originem du- 267 cat, vt per *Zaf. in 5. feud. part. Sonsbeck. part. 6. nu. 9.* Tamen à seruitare iustitia nomen habet, vt tenet *Matth. Afflict. in tit. quis dicatur Dux, Comes, March. num. 4.* Vnde etiam Marchiones, & limitum præ- 268 positi dicti sunt, quod aduersus hostes militaret: cum Romani olim limites Imperii iuxta mare constituisent. Idem *Sonsbek. dicto loco*. Hinc etiam iure Saxonico, Castra non muniuntur, nec in prædiis muri constituuntur, nisi de speciali superioris licentia, in *artic. 66. cum sua glossa. lib. 2.**

Sandrecht. Considerata igitur propria significatione, et ea dicitur Marca, siue Marchia, quæ iurisdictionem, & iustitiæ administrationem habet. Et hoc plerumque per testes probatur. Nam quidam Actorum testes ingenuè dicunt, sese de Marca nihil certi attestari posse, & plerique, quid Marca sit, ignorant. At verò seniores testes, qui sunt Detvvangenses, inter Huet & Marekung differentiam constituunt, & testis 5. annorum 55. ad 3. articulum dicit, se nunquam audiuisse: Dafs Detwang ein besondere Marekung hab/sondern Rotenburg vnd Detwang / sey ein Marekung: Aber mit Huet seyn sie vndercheiden/te. similiter ad 6. articulum. Qui ad stipulat 6. testis ad 3. interrogatorium, & sextum articulum, & 9. testis ad 6. articulum, & testis 11. ad 3. articulum: quia etiam testatur, dafs der Zehend zu Rotenburg vnd Detwang ein Zehend. Item 12. testis ad 11. interrogatorium generale & 13. testis ad 3. articulum, & 14. testis ad 2. articulum & 4. interrogatorium. Et cum hisce Actorum testibus plerique Reorum testes ad 21. articulum conueniunt. Quippe ex dictis quinti testis Actorum ad 3. articulum elicitur, ipsummet commendatorem, dafs der Rotenburger vnd Detwanger Zehend / ein Zehend were / attestatum esse. Quapropter ex testium depositionibus, quod scilicet Detwang / sit de pertinentiis Rotenburgenf. eiusque iurisdictioni sublit, & incolæ in Detwang ibidem sint ciues. Hoc casu, propriè loquendo de Marca, facillè aduertitur, eam Reorum mentem & intentionem fuisse, quod per illa generalia transactionis verba, Vnd derselben zugehörigen Marekung /te. propriè de Marca iurisdictionis, ac etiam decimas vinearum in Detwang intellexerint. Et hoc vel eo magis, quod postea in aduersatiua particula, longo intervallo subiecta, saltem in genere fiat decimarum mentio, non autem in specie, de vinearum decimis quidquam dicitur: Ideoque iustè existimare potuerunt, per vltimam clausulam priori, quoad decimas vinearum, nihil esse derogatum, aliàs verò secus foret, si in postrema clausula positum esset: Sonst all ander Wein vnd andere Zehend: quia illam tunc melius potuissent assequi: Ideoque inde iustus in Reorum consensu error subesse videtur: cum hinc inde partes eà verba diuersimodè propriè & impropriè, latius strictius que accipiant.

Quartò facit, quod 7. 10. 11. testes Reorum, qui senatui interfuerunt, haud aliter transactionem se intellexisse dicunt, & 23. articulum, cum scientiæ ratione affirmant. Quod & horum testimoniis sensus & intentio Reorum comprobatur: quoniam etiam postea in decimarum perceptione alius Reorum intellectus non apparuit, nec alium rati fuerint, quam quod omnes vinearum decimæ ex d. conuentione sibi competere existimarent: prout Dominus correferens latius ea deduxit.

Ex quibus omnibus apparet, quod licet Actorum intentio, per aduersatiuam Transactionis

clausulam sit probata. Tamen cum alia Reorum fuerit sententia, vt ex suprà dictis conuincitur: facillè elicitur, ob defectum consensu, Transactionem hac in parte rescindi posse: Tamen enim in Transactione illa Regula: non videri eum consentire, qui errat, *l. si per errorem. de iurisd. om. iudic.* non facillè sibi locū vendicet: cum per errorè Transactione non impugnetur: Si tamen error ipsa comprobatur, vt hoc nostro casu, vbi de vinearū decimis vtriusque partis diuersa est sententia: eaque se ex prædictis offert: tunc in illa parte tantum posset rescindi transactio: *Bartol. in l. vnica. n. 4. 5. & Bald. num. 4. Cyn. num. 6. Codic. de error. calcul.* Imò cum Ecclesia, et Ciuitas & minoræ quiparentur, *l. fin. ibi Bartol. Codic. de SS. Eccles.* Et minor, et si transigendo ex verborum effusione damnū subeat, sanè per in integrum restitutionem ei subueniri potest & debet. *l. 1. Codic. si aduersus rem iud. Aluar. l. Transactione finita, Codic. de transact.* Ideo & nostri Rei, nomine Ecclesiæ in Detwang, et suæ ciuitatis, quæ per talem clausulam, non intellectam, damnū sentit, etiam ex illo capite contra Transactionem in integrum restituendi venient: vbi etiam contractum vel rescindendum, vel Reos in integrum restituendos concludit. Sentit igitur pronuncianum, benè Appellatum, malè iudicatum, vel contractū, quoad decimas in Detwang, rescindendum, vt de nouo partes conuenire possint.

Votum aliud.

D. N. Queritur, welchem Theil/krafft Transactionis, der Weinzehend in den Weinbergen zu Detwang gehöre vnd zustehe? Videtur autem ex sequentibus causis pro Reis, Rotenburgenfibus, dafs ihnen vnd nicht dem Deutschen Orden / der Zehend zustehe: pronuncianum esse.

Primò, quia nusquam reperitur, nec verisimile est, quod Rotenburgenfes in d. Transactione à dispositione des Religionfriedens / declinare voluerint, eiusve beneficio renunciarint: quin potius ex conuentionis verbis aliquoties, ad d. Imperii recessum referentibus apparet, quod ex vtraque parte ei conformiter contrahere, firmiterque in harere voluerint: Dafs nemlich / (vt sonant verba conuentionis, ex Religionfriden desumpta) Rei, Rotenburgenfes, ex causis in proœmio specificatis, die Kirch zu Detwang durch die darzu gewiddembte Zehend / furohin bestellen solten. Ex quibus modo enumeratis des Religionfridens & proœmii verbis subsequente conuentionis, causa sumitur finalis *l. regula. §. Et licet. vers. initium. de iur. & facti ignor. cap. quoniam. Lanfranc. nu. 13. de prob.* Adeoque quia verba illa declarant rationem vel mentem contrahentium, & conuentionis causam motiuam demonstrant. Et ex iisdem, quod dixi, ratio colligitur finalis, ea certè non sunt ociosa, quin firmiter iis est inharendum. Quando enim mens est certa, non curatur interpretatio, à mente aliena; nec enim interpretatio fieri debet ad literam, sed ad sensum, vt qui verbis præualeat *l. si quis filium. Codic. de lib.*

277 *de lib. prater.* Quibuscunque etiam verbis, † siue proœcialibus, siue dispositiuis, propositū contrahentium appareat, sufficit, *l. codicillos. §. fin. de legat. 2. l. fin. de Exception. doli. l. emptor. de rei vend. & l. quoniam indignum. C. de testib. Ioan. Baptist. de S. Seuerino, in repet. l. omnes populi. in fin. de iust. & iure.*

278 Quod autem contrahentes etiam † de decimis ex vineis Detvvangensibus colligendis senserint, ostendunt conuentionis verba nuperrimè erecte pacificationi religionis consentanea, ibi. Kirch zu Detvvang. Item, darzu bewidembren Zehend: Item damit den Berrträgen (im Religionstiden begriffen) allerdings gelebt: Item, damit Rotenburg inn vnd außserhalb der Statt nicht zubecklagen: Item, auß Noth nicht darzu gedrungen worden. Dieselben zu der Kirchen gestiftet Gesell / zu erhaltung der Kirchen Ministerien zunicommen: Item, ibi, S. Jacobs Kirchen in ihrer Statt Rotenburg vñ auch zu Detvvang / mit allen Kirchen in solchem Pfarrkirchen Zirkel gelegen (Notetur) S. Jacobs Kirchen zu Rotenburg vnd Detvvang, pro vna matrice Ecclesia intelligitur: eique in singulari numero vnus & idem parochialis circulus tribuitur, adeoque declaratur, daß gemelte Kirch zu Rotenburg vnd Detvvang / in singulari numero polita, nicht zwey vnderschiedliche, Sonder nur ein Kirchspiel seyn / & coniunctim, non distinctim, Ecclesia illa parochialis, nunc in ciuitatem translata, suas filiales, inferiores Ecclesias, non sub diuersis Parochiis, sed sub eadem & vna numero parochia sitas habeat, vnd also in einem Pfarrlichen Zirkel filias habe / quas omnes Rei Rotenburgenses, in posterum ministris & sumptibus ex vinearum decimis etiam percipiendis, sustentare debeant. Decimæ igitur etiam illæ quæ, non secundum assertos terminos des Triebß oder Marcktz der Statt Rotenburg & pagi Detvvang, sed secundum terminum & fines vnus illius parochiæ, ermelter Kirch zu Rotenburg vnd Detvvang / ad eiusdem & filiarum sustentationem vigore conuentionis sunt colligendæ. Reliquæ verò decimæ auff dem Land / hoc est, quæ in aliis pagis & filiabus, so zu der Pfarr vnd Mutterkirch zu Rotenburg vnd Detvvang / nicht gehören / colliguntur in conuentione ordini referuatas. Attendenda enim † sunt conuentionis verba. Sonsten aber all andere Zehend auff dem Land gen Detvvang gehörig / sollen dem Orden bleiben. illa ipsa enim verba neutquam decimas zu Detvvang / quæ ibidem nimirum colliguntur, verum reliquas saltem decimas, welche gleichwol gen Detvvang vnd Rotenburg zu der Mutterkirchen gehörig / vñnd aber auß Detvvang / auff den in den andern dahin pfarrenden Dörffern & filiabus: als nemlich zu Reitsachsen / Fornbach / Durnhoff / Hennendorff / de quibus decimus Actorum testis ad tertium positionalem deponit, vnd deren man in primo positionali gestendia ist) colligiert werden / daß dieselben dem Teutschē Orden bleiben sollen / ex conuentione excludunt, & ordini referuant.

280 Secundò: quod decimæ † vinearum zu Detvvang / in fauorem Reorum, in conuentione sint

inclusæ, apparet ex subsecuto statim vtriusq; patris consensu. Mox enim Rotenburgenses, An. 56. vinorum decimas in Detvvangensium vineis collegerunt, vnd hat ihnen der Commenthur daselbsten darzu seine Kestern gelihen: prout Actor in 4. interrog. ad 26. defensionalem, partimmet fatetur, ipsiusque 2. & 12. nec nō Reorū. 9. 10. 11. Testes deponunt. Sicque Rei, † vigore conuentionis, scientia & patientia non tantum, verum etiam ope aduersæ partis accedente, iuris decimandi vineas zu Detvvang / adepti sunt quasi possessionem.

Tertio, posito, quod conuentionis verba, quæ rundam decimarum referuatoria, dubia sint & obscura: Ea certè contra ipsum ordinem, & qui ex illis se fundat, & verò conuentionis legè apertius dicere potuisset, venirent interpretanda. *l. veteribus de pact. l. Labeo. de contrah. emp. l. cum querit. de reb. dub. l. stipula. §. in stipul. de stipulat.* cum præsertim qualitas, & natura actus, hoc ipsum suadeat, *Græuet. in repet. rub. de leg. 1. n. 132.* Et ex natura & qualitate contractus, † secundum subiectam materiam verba intelligantur, *l. si vno. locat. glo. fin. l. in lege. eodem.* Meritò igitur dicendum est, cum onus sustentandi ministerium zu Detvvang / Rotenburgenses sentiant, quod etiam fructus decimarum illius Ecclesiæ habere debeant. Secundum naturam namque est, † commoda cuiusque rei cum sequi, quem sequuntur incommoda, *l. secund. naturam. de reg. iur. c. qui sentit onus. de reg. iur. in 6.* Ec absurdum est, † alium habere commoda, aliū verò incommoda sustinere. Lex igitur conuentionis ita † est imperanda, ne iniultum aliquid, & rationi contrarium inducat *l. saluus. de leg. præstand. l. ex facto. de vulg. & pupill. substit.* Verisimile enim non est (inquit IC. Paulus. *in dict. l. ex facto.*) Principem de hoc casu cogitasse. In dubiis † quoque benigniora sunt præferenda semper *l. semper in dubiis. l. benignius. de LL.* Eaque assumenda interpretatio, quæ vicio caret: *l. quories in stipulationibus. de stipulationibus.* Verba quoque † debent interpretari contra eum, qui se fundat ex verbis, & qui vult ex eis vtilitatem percipere. *Alber. de Rosat. in d. l. veteribus. de pact. Paris. consil. 52. n. 10. part. 1. Græuet. in repet. dict. rub. n. 32. de legat. 1.* Tantoque † magis contra Actorem nostrum, cum is anhelet ad lucrum sine onere, Rei verò, sustentantes onus, certent de damno vitando, *l. fin. §. licentia. de iure deliberandi.*

Quartò: Actoris quintus, nec non 10. testis (Welcher dreyszig Jhar zu Detvvang gesessen) deponunt, Es sey der Zehend zu Rotenburg vñnd Detvvang allweg ein Zehend / vñnd nie gesondert gewesen / sonder zuvor allwegen an ein Ort gesamblet worden. Transactio quoque de An. 1398. non distinxit inter decimas Ciuitatis Rotenburgensis & Detvvangensium pagi, Ergo part ratione, nec Transactio An. 56. inita, distinguere debet, cum vtriusque, & onus, & finis, idem sit: vt ministeria Ecclesiæ nimirum conferuentur, Ecclesiarum inde ministeria alantur.

Quin-

Quintò: Actor decimarum in Rotenburg & Detwang / nullum alium habet titulum, quam ex conventionione Anno 1398. vt vicissim Ecclesiis præsit. Ergo cessante iam causa cessat etiam effectus. Quin etiam ante Transactionem de Anno 56. cum Ecclesias neglexerit, prioris conuentionis frangenti fidem, † tantò magis fides frangi potuisset eidem: Cum Rei per negligentiam Actoris, ex Bursa ipsorum propria, magnis sumptibus Ecclesiarum ministeria conseruare coacti fuerint, adeoque tantò minus credibile est quod tantum onus & damnum perpeffi, Ecclesias negligenti ordinis magistro, & nihilominus interrim absque vilo onere lucrum & fructum Ecclesiarum percipienti, contra expressam dispositionem des Religionisfriedens / & omnem æquitatem, decimas, in casibus non prouisis, parum etiam insuper remittere voluerint: cum præsertim expensas prius erogatas, quæ ad aliquot millia florenorù ascendunt, à Magistro ordinis, etiã ante Transactionem, instanter sæpius sibi refundi petierint, & Transactionis clausulam: Sonsten aber all andere, etc. eiusque interpretationem, mox post sigillatam Transactionem, statim impugnarint: prout Magister in sua Missiua 27. Septemb. Anno 56. ad Rotenburgenses scripta. numero 7. fatetur. Quin etiam postmodum 1. Maii Anno 62. Rei nostri in missiua 17. ad Magistrum ordinis scripta, intrepidè asserunt. Es sey weder glaublich oder vermittelich / das sie ihnen vnnnd gemeiner Statt zu Nachtheil vnd Abbruch / sollten hinder sich gehandelt haben / können auch (inquunt) mit Grund nicht verneinen / das in der Vnderhandlung vnnnd Abred des Vertrags / von der Ausnehmung des Detwanger Zehends / wie es jetzt gedeut werden wölle / viel weniger ein solchs durch die ihren bewilligt worden / wie dann auch dahin nie gedacht / vnnnd ihr Will vnnnd Meynung nie gewesen / das sie den Detwanger Zehenden hätten begeben wöllen. Darumb vnnnd ob gleich in sua (ordinis) cancellaria, denen sie zu fassung des Vertrags vertrauet / etwas dunckels oder vergreifflichs gesetzt worden were / so müste doch ein jeder Vnpartheylicher bekennen / das sie / als die sich beschwerlich vberdingt / vnnnd befahrt worden weren / vnnnd das alle Recht vnnnd Billigkeit mehr angesehen werden müste / das auffrichtig gehandelt / dann das jenig / so vergriffenlich verfasst vnnnd geschriben worden. Hab E. F. G. vnnnd männiglich / leichtlich abzunehmen / wann ihnen derselb Innhalt / wie jetzt geschicht / dazumal also solt fürgenommen vnnnd vertuschet worden seyn / das sie kein solchen vnnnd nachtheiligen Vertrag nimmermehr hätten verwilligt / oder angenommen / dann ihnen nicht gelegen / noch gemeynnt / für ein solche Anzahl der Priester / vnnnd andere Beschwerung / so der Orden zutragen schuldig sich nicht allein vmb den halben Theil / sonder viel ein mehres / vernachtheilen vbersetzen zulassen / etc. Ad quas sanè grauissimas obiectiones Magister in responsione sua 19. Decemb. An. eodem ad Rotenburgenses scripta nil quicquam respondet, nec easdem disertè negat: Præterquã q̄ Transactionis verba clara esse, nude re-

plicat, sibi que, vigore der Aufserlag / iudices tantum nominare petit: prout ex allegatis missiuis omnibus, quas Magister ordinis in hac ipsa causa simplicis querelæ, mandati & citationis auff den Religionisfrieden / vnnnd den Weinziehenden zu Detwang betreffend intituliert / 6. Iunii An. 67. in Camera ipse mer produxit, latè videre est.

Sextò: dispositio Canonis † redintegrandæ. 3. 290 q. 1. inducta est, ratione corrigendi peccati spoliationis, ad compescendas violentias, corrigendaque crimina, ne quis cum alterius iactura lucretur, vt Ioh. Rub. late & pulchre in §. nihil commune. n. 67. l. naturaliter. de acquir. poss. Hic verò nec peccatum spoliationis, nec iniusta violentia, nec lucrù ad q̄ Rei anhelant, militat, ergo Actori non competit remedium d. Canonis redintegrand.

Septimò: Probata licet Actoris possessione antiquiore: Reorum tamen posterior possessio, des Weinziehenden / neuiquam iniusta censenda esset, etiam si ante Anno 56. initam conuentionem, d. decimas collegissent. Deponant namque 1. 2. 6. 7. 8. 10. & 11. Reorum testes: Es haben die Teutschen Meister den zehenden genossen / vnnnd doch an tauglicher Versehen der Kirchen / in viel Weg Zedel vnnnd Mangel erscheinen lassen / lenger dann in dreissig Jahren nie die zehen Priester / wie der Vertrag aufweist / gehalten / Sonder kummerlich offtkaum vier / dre / lechtlich nur ein Herr Jacob Doltmann genannt / vngeachtete Gesellen die Kirchen zu verwalten geschickt. Sey also die Kirch mit tauglichen Priestern vnnnd Psarlichen Rechten allerdings pfleglos vnnnd d̄ gestanden / vnnnd verlassen worden. Vnnnd ob wol Rei vmb solch Christlich Versehen bey dem Teutschen Orden / schriftlich vnnnd mündlich offtkhalt lassen / haben sie doch von wegen solches bitterlichen Suchens darauff sie mehrertheil vnbeantwort blicke / das wenigst zur Billigkeit nicht erlangen mögen: Dahero die Rotenburger das Volk mit tüglichen Personen zu versehen / vnnnd grossen Vnkosten / welche Rei auff 10000. Gulden schetzen / anzuwenden / seynt verbracht worden. Welche Vnkosten auch ein Erbar Naht wider erfordert / Aber nichts / dann allein die Anno 56. darauff erfolgte Vergleichung erlangten mögen. Ex quo igitur Magister ordinis Ecclesias, pro quarum cura, & vt decem aleret Sacerdotes, Rei dictas decimas Magistro, An. 1398. tradiderunt, neglexit, licet ex tali causa, quasi possessione decimarù spoliatus fuisset per Rotenburgenses neuiquam competuisset conditio Canonis redintegrand. Abb. cap. cum ad sedem, de restitut. spoliat. Spoliato enim, † qui iustam causam se spoliandi spoliatori præstitit, & vel ex facto suo, aut alia iusta causa, à possessione cecidit, remedium Canonis redintegrand. non conceditur: Menoch. recup. poss. remed. 15. n. 95. 145. 247. Socin. con. 267. n. 18. 19. vol. 2. Innoc. c. sape. de restitut. spol. Lapis allegat. 52. Bartol. in l. fin. col. fin. Codic. vnde vi. Ios. ph. Ludouic. decis. 11. Rubens in reper. d. §. nil commune. num. 73. Dec. consil. 57. & con. 302. num. 22. Afflic. decis. 361. num. 1. Paris. consil. 1. part. 1. num. 164. Alexand. consil. 200. num. 1. 2. lib. 2. Hinc si Emphyteuta † cecidit à possessione, quia non

soluit Canonem infra biennium, non competit ei remedium recuperandæ possessionis, vt dicit *Alexand. consil. 6. num. 19. vol. 3. Afflic. decis. 392. nu. 27.* Vnde allegata *l. extat. quod met. caus.* ad præsentem casum nostrum non quadrat: Et Reis Theorica illa, quod priuata autoritate ꝑ rem sibi debitam occupans, ius excipiendi ex eo facto non nanciscatur, tantò minus obtare videtur, cum ipsi Rei non ex occupationis facto, sed ex iure communi, æquitate, pacificatione Religionis, & iniuræ Transactionis mente, exceptiones suas mutuentur. Et certè Emphyteuta, non soluente Canonem, ꝑ dominus directus ad se recipiens fundum emphyteuticum, nihilominus recuperat vtile suadi sui dominium. Quin quoque Magister ordinis, Anno sexagesimo secundo oblatam sibi à Reis restitutionem decimarum (quod infra 14. loco adducetur) repudiavit: certè ab eo tempore, sicque antequam hæc lis iudicialiter fuit mota, Magistro patiente, Rei decimas collegisse, ipsumque tanto minus auctoritate propria, à perceptione decimarum deiecit videntur. Prout nectorcularis concessio, quod iure familiaritatis, & decimarum quoque collectio, inuito Commendatore, vno & eodem illo tempore facta, simul consistere non possunt. Et certè si Commendatores ꝑ (qui commendaturis præficiuntur, & personam Magistri repræsentant) sine speciali ad singulos actus Magistri mandato expresso nihil possint: tunc certè contra ordinem in Hispania & Italia, præsertim & similibus à Magistro remotis locis, nunquam aliqua, nisi expresso Magistri primo consensu, acquiri possent, in iuribus incorporalibus possessio: quod, num verum sit, dubito. Prout nec hoc mihi persuadere possum, quod Commendatores nihilo plus iuris, in commendaturis suis habeant, quam ꝑ sint saltem Magistri Procuratores, tanquã qui bonis & negotia aliena, mandato saltè domini, nudè administrant. Quin potius quantũ iuris habet Magister in vniuerso, tantũ iuris Commendatorè, in sua comendatura habere existimo.

Octauo: Quod decimæ vinearum zu Detwang gen/ Reis nostris, vigore Transactionis competant, expressè verba etiam innuere videntur, ibi: Haben wir vns verglichen / das wir Bürgermeister vnd Raht / so lang vnd viel der jüngst Augspurgisch Abschied in Würden vnnnd Kräfte bleibt / S. Jacobs Kirchen in der Statt Rotenburg / vnd auch zu Detwang (notetur specificatio expressa horum duorum locorum) sollen versehen-dargegen sollen wir/ordo, inen folgen lassen/ allen Wein vñ Frucht/ vnd auch den kleinẽ Zehenden zu Rotenburg vñ Detwang etc. dergleichen wann es vber kurz oder lang/ zur Enderung des Abschieds disfalls komme / soll der/ dasselb Jahr/ der ganz Frucht vnd kleinẽ Zehend/ an benannten Orten (scilicet zu Rotenburg vnnnd Detwang/ loquitur enim pluraliter) denen von Rotenburg werden vnd bleiben/ vnd zu Herbstzeit der Wein zehend/ sampt andern künfftigen grossen vnd kleinen Zehenden/ dem Orden widerumb zugehen.

Nonò: Testantur etiam Reorum testes, decimus, Jörg Schwarzmann / 60. annorum, & 12. Bürgermeister zu Winterbach / plus quàm 70. annorum qui ambo Transactioni interfuerunt, adeoque eiusdè mentè & quid vtrique sit actum, præ aliis melius norunt: Es hab der Orden den Zehenden zu Detwang / den Herrn des Rahts vbergeben / vñ hab Senatus den Vertrag also jeder Zeit verstanden / halten auch darfür / die Teutschmeisterliche haben der Zeit den Vertrag auch nicht anders verstanden: hette auch sonst Senatus den vertrag nicht angenommen noch bewilligt: Fuissent enim (inquiunt 2. 7. 9. & 12. testes Reorum) hac via enormissimè læsi: Dann der vbrig Wein Zehend/ so außserhalb dem streittigen Ort fallen mag (dicunt 2. 5. 7. 8. 9. 10 & 11. Reorum testes) trage zu gemeinem Anschlag jährlich mit vber zwey Fuder Wein) vnd obwol Rei (affirmantibus 2. 8. 9. 10 & 11. testibus ipsorum) auch den Betreyd Zehenden vmb die Statt herum haben / welcher (asserente secundo teste Reorũ) ohn gefährt 180. Malter erträgt: So kosten doch die Kirchen ministeria jährlich (inquiunt septimus & 10. eorum testes) 800. oder 900. fl. In tanta igitur luci & oneris inæqualitate, ꝑ tantò magis pro oneratis, contra Actorè, certantem delucro, transactionis faciendæ interpretatio: cum ipse, das Detwang ein sonder Marckung / vnd abgefonderten / dareyn gehörigen Zehenden hab (super qua asseritione in 3. articulo positionali fundat intentionem suam) non tantum non probarit, verum etiam ex attestacionibus Reorum diuersum eluceat, das Rei damals (asserente decimo Reorum teste, qui transactioni ipsemet interfuit) von keiner Detwanger Marckung / wie es sechund angezogen werden woll/wie auch noch nit / gewußt: Dann Detwang hab kein sondere Marckung / (inquit Actoris 1. 3. 5. 7. 8. 10. 11. 13. 14. 23. & 27. & Reorum, 1. 3. 5. 7. & 10. testes) sonder (inquiunt Actorum 2. 5. 6. 8. 9. 11. 14. 23. & Reorum testes 1. 5. 7. & 8.) sey ein Anhang der Statt oder Marck Rotenburg. Dann Detwang (asserunt Actoris 5. & 10. testes) gehör in die Bergen vnd sey Rotenburg vnd Detwang (dicunt Actoris testes, 5. 10. 11. 12.) ein Marckung / allein mit der Hut vnterschieden / (vt inquiunt Actoris 5. 10. 11. 13. & 23. testes) asserunt quoque Actoris testes, puta decimus, so 30. Jahr zu Detwang gesessen / der Zehend zu Rotenburg vnnnd Detwang sey allweg ein Zehend gewesen: Et addit 5. testis, (dessen Haus hinder dem Teutschen Orden ligt / vnd 31. Jahr zu Detwang gewohnt / der Commenthur zu Rotenburg habe in Beyseyn Hans Korth selbstẽ gesagt / Detwanger vnd Rotenburger Zehend sey ein Zehend vnd ein Marckung Derwege dann auch ante An. 56. in tam transactione (asserentibus Actoris 2. 22. & Reorum testibus 1. 3. 4. 7. 8. 9. 10. & 11.) Detwanger vnd Rotenburger Zehend zugleich in das Teutsche Haus gesamlet worden / gebẽ auch nicht allein die Inwohner zu Detwang (vt asserunt Actoris 2. & 23. Reorũ quoque 1. 2. 3. 4. 5. 7. 10. & 11. testes) sonder auch der Commenthur selbst / von seiner Wiesen daselbst (attestante Reorũ 5. teste) das Flurgelt gen Rotenburg / vnd

vnd hält die Statt (inquit 2. testis Actoris) ein engere Flurschützen darzu. Asserit quoque octavius Reorum testis, Er halt so weit der Herr von Rotenburg Jurisdiction vñnd Landwehr gehe/ daß sich auch ihr Marck so weit erstrecke/ vñnd ob wol vnten bey Detwang enliche Aeckerlein ligen/ dauon Commendator den Zehenden auffhebe/ so sagen doch Reorum 10. & 12. testes, es sey per Reos vbersehen/ vñnd aber durch Wechselschriefft geendert worden/ Sicque non recte affirmari posse videtur, quod Rei concedant Actori, daß er den Frucht Zehend in Detwanger Feld oder Marck einnehmen möge.

397 Decimo: Sententia à qua, † tanto minus confirmari potest, cum ex actis non appareat, vñnd conceptores eiusdem sententiae, in eadem descriptione, fines, oder Marckung zu Detwang (cum tamen vtrinque testes allegati supra, deponant; daß Detwang kein sonder Marckung hab) hinc digne desumunt. Et posito, salua tamen veritatis substantia, quod in sententia, à qua, & 6. Actoris artic. possit per ocularem inspectionem, vel testium dicta, ex actis sit verificatus mihi non sufficit.

Vndecimo, deponunt Actoris 1. 6. 8. 9 & 17. testes: Die Kirch zu Detwang werde auß der Statt Rotenburg vbersehen: Ergo etiam transactionis verba in dubio sunt interpretanda, vt Ecclesiae illius decimae illis competant, qui eidem inseruiunt. Si enim alius quispiam easdem ad se traheret, tunc Ecclesia Detwangensis spoliaretur suis redditibus, & vel semel Deo dicatum, † ad vsus humanos transferretur. Cuiusmodi vero factum, in Principe, praesertim Ecclesiastico, non est praesumendum.

399 Duodecimo: Rotenburgenses † (quod ex actis apparet) besessen das Gericht vñnd Aempter zu Detwang/ haben daselbsten die Obrigkeit/ Freisich vñnd Freuel Fall/ auch Steuer vñnd Schakung/ vñnd ist Detwang † ein Anhang der Statt vñnd Marckung Rotenburg. Sicut Detwangenses, † Bürger zu Rotenburg/ hat der Teutschmeister kaum acht oder zehen Bauwren daselbst/ vñnd auff denselben nur die blosser Gültbarkeit vñnd dienst/ welche doch/ gleich andere Bürger den Rotenburgern den Bürger vñnd Steuer Eyd leisten/ vñnd Aetzung geben müssen: Gehört auch der meiste Theil der Güter vñnd Detwang den Bürgern in der Statt eygenthumblich zu. Vñnd igitur ordo onus administrationis Ecclesiae illius abdicere, & nihilominus decimas in transactione sibi reseruare voluerit, vel etiam iuste potuerit, vel quoque eiusmodi quid, contra ius & aequitatem ab ipso tum attentatum esse, in ipso praesumi possit, non video.

302 Decimotertio: Etiam si decimae Detwangenses (vt vocat eas Actor) virtute transactionis, debeantur Rotenburgensibus: non tamen ideo trāf actio, † eiusue clausula, Sonst aber alle andere/ re. (etiam si illa in conuentionis tractatu, quod vero Rei negant, expressa & admissa fuisset) inanis & superflua est, aut ociosa: reseruantur enim dem Teutschen Meister die Zehend auff dem Land in den Illialn/ als nemlich zu Reifachsen/ Jornbach/ Durn-

hofen vñnd Hennerdorff/ so gen Detwang gehören vñnd daselbsten auch zur Kirchen gehen/ vñnd von den Rotenburgern mit Predicanten versehen werden.

Decimoquarto: Rotenburgenses in supra allegata missua sua, 1. Maii, Anno 62. ad ordinem data, sic scribunt: Wo fern nun E. F. G. vñnd der bey etlichen Jahren hergebrachten vñnd continuirten Zehendts Posses nit bleiben lassen wolten/ so seyn wir noch wie vor/ willig vñnd erbietig/ das ordentlich Mittel der Reichs Ordnung für die Hand zu nehmen/ daß Zehenden vñnd seiner Anhang widerumb abzustehen/ auch die bisanhero eyngefangene Auszungen wider zu erstatten/ doch daß hergegen von E. F. G. vñnd dem Orden/ vñnd des Abgangs der Priesterschaft/ von Zeit der Saümnus/ vñnd was wir immer der Zeit zu Bestallung vñnd Fürschub der Kirchen vñnd Schulen auffwenden müssen/ gleicher Gestalt billiche Erstattung vñnd Ergekung geschehe/ vñnd daß fürterhin was des Reichs Commissarien/ nach Vermög des Ordens Verschreibungen/ erkennen/ vñnd geliefert vñnd gereicht werde. Reus igitur, quod restitutionem perceptarum decimarum non obtulerint, non recte obiici: multo minus, quod idcirco non sint audiendi, contra ipsos hinc inferri posse videtur. Et quia Magister Ordinis, ante litem motam, factam sibi hanc oblationem restitutionis perceptarum decimarum repudiavit (siquidem in responsione sua 19. Decembris, eodem anno 62. Rotenburgensibus data, punctum hunc alto silentio praeteriit) tanto minus de spolio conquiri potest: imo scientia hac † & patientia sua, 303 retentionis decimarum, vt quae pro traditione habetur; in earundem possessionem Rotenburgenses, qui prouisione ministerii Ecclesiastici pro parte sua transactionem impleuerunt, immisille videtur, l. 2. C. de acq. & ret. poss. Alex. consil. 33. n. 6. lib. 6.

Decimoquinto: Positio, quod Transactio de Anno 56. inita (inspecta eiusdem & contrahentium mente) vel sit nulla, vel quoad clausulam; Sonst aber/ annullanda, vel clausula illa Magistro ordinis, ius decimandi in Detwang non tribuat. Tunc certe confessoria actio, si intentata esse dicatur, non est probata, nec Actori competit. Datur enim † actio illa alicui, ratione iuris sibi debiti, contra impediendum, ad declarationem sui iuris, secundum Schneidevein. in §. aequae, de actione.

Si igitur ipsum ius commune, antiqua transactio, de Anno 1388. & mens ac voluntas Anno 56. denuo transigentium, ipsa quoque religionis pacificatio, aequitas denique, & ex actis relucens omnes circumstantiae inspiciantur (ex quibus omnibus, per insertam clausulam, Sonst aber/ re. si secundum sententiam Actoris intelligatur; Rotenburgenses vel oscitantia & imperitia sua, citra consensum adhibitum, vel certe aduersae partis versutia circumuenti esse videntur) dici posse videtur, ipsos ab actione absoluedos esse: prout cum Domino Corref. rente, pronuncian- dum esse concludo: Compensatis expensis.

Aliud.

D. N. repeto argumenta allegata per defendētes partes Actoris, & sic concludo cum Referen-
305 te imprimis, quod † decimæ iam sint alienabiles, per exempla. Idque etiam posse fieri vigore pragmaticæ sanctionis.

Aliud in eadem causa.

D. N. scopus versatur circa Transactionem, quam vna pars contrahentium, secundum τὸ πῦ-
306 τὸν, altera secundum ἡζούοιαν intelligit, vt Iurecō-
sultus loquitur, in l. fraus legi fit, de ll. Cum autem v-
triusque argumenta partis, à dominis diligenter & copiose discussa sint, vt addere fere nil possit, paucissimis sententiam dicere lubet.

Pro fundamento autem Transactionis pono
vtriusque partis consensum. Probato igitur † vni
us partis dissensu, corrumpit Transactio. Alium au-
tem sensum & intellectum transactionis habuisse
Reos, succurrunt ipsis multæ coniecturæ & rati-
ones, non solum iuri communi, sed & æquitati
consentaneæ, à dominis allatæ, quod ipsorum
nempe mens & voluntas talis nunquam fuerit.
Et quod posterior clausula, quæ vim facere vide-
tur Reis, ibi: Sonsten aber alle andere Zehenden /
intellecta fuerit secundum priorem, Von des Dr-
dens engen Gütern auff dem Landt /
Quin & illa verba, salua nimirum litera Transactionis, in-
tentionem Reorum confirmare possunt, quod
nempe decimæ zu Detwang / nō spectent ad ordi-
nem, sed vt verba sonant, die Zehenden auff dem
Landt / gen Detwang gehörig: putat, vt designauit D.
N. præsertim multis testibus attestantibus, daß der
Rotenburger vnd Detwanger Zehend / ein Zehend
vnd ein Marckung. Quibus accedunt testes 7. 10.
& 12. qui partim tractatui interfuerunt, qui 23. ar-
ticulum verū dicunt, daß ihnen der Zehend eo mo-
do, wie der Orden denselben von Zeit an des alten
Vertrags jinnen gehabt / solt eyngeräumbt werdē. Per
quos testes videtur vnus partis dissensus proba-
307 tus. Quod autem † per duos vel tres testes contra-
rium, contra instrumentum probari possit, verā
& communem ait Schurff. consilio 87. centuria prima,
numero 5. Zafl. lib. 5. sing. respons. c. 23. num. 10. 12. Licet
308 tali instrumento appositum † sit sigillum publi-
cum, notat Menoch. de arb. iud. sent. lib. 2. cent. 2. capit.
309 205. num. 37. cum contra quamlibet † scripturam,
tam priuatam, quam publicam, admittatur pro-
batio in contrariū, Dd. in leg. optimam, C. de cōtrah. &
committ. stipul. & in l. in exercendis, C. de fid. instrum. c.
tam liuris, in fin. de testib. c. tertio loco, de probat. Hoc igitur
præsupposito, consequitur, errantis non esse
consensum. Ad sensum autem illum transactionis,
ipsis iustam ita intelligendi in transigēdo cau-
sam præbere, ipsa nimirum verba: Et quidem prio-
ra, plane generalia, ibi: Folgen lassen / allen Wein
vnd Frucht / vnd auch den kleinen Zehenden / so viel
dessen in irer Statt vnd derselben zugehörigen Mar-
ckungen / allerdingß nichts davon außgenommen. Et
iterum: Aller Frucht / auch Wein Zehenden / in der
Statt / vnd derselben Marckung. Decipere vero eos
potuit verbum, Marckung / bis inculcatum, quod

duxerint, Rotenburg vnd Detwang hab ein Mar-
ckung: vt multi testes affirmant, Daß sie ein Mar-
ckung haben / vnd seyen allein mit der Hur vnterschie-
den / also daß sie dafür gehalten der Wein Zehend zu
Detwang sey auch in Rotenburger Marckung ge-
legen. Et illud eo magis, daß ista clausula, † Sonsten
310 aber ic. in genere redet / vnd vom Wein zehend in spe-
cie Meldung thut. Et quod verba non eo sensu ac-
ceperint, † declarat etiam proœmium transactio-
311 nis, in quo causa finalis expressa: Item, quod se re-
tulerint ad constitutionem Imperii: Item, Daß sie
beyde Kirchen zu versehen auff sich genommen: quod
in dubio intelligitur cum suis pertinentiis, quod
nempe fiat † interpretatio contra eum, qui tan-
312 tum de turpi lucro certa, præsertim si litera con-
uentionis illud pari ur. Et declarat animum sub-
sequentia facta. Taceo, quod transactio. vt D. N.
attigit, nulla videatur, si eo sensu, quo Actor iam
intelligit, accipiatur. Nemo enim † decimas Ec-
313 clesie auferendi potestatem habet. Et quod deci-
mæ de iure communi ad parochialem Ecclesiam
Detwangensem per. in. es, hoc casu per pacta a-
lii concedi non potuerint, citra onus alimentan-
di ministerii: in quo sensu ipsa constitutio Imperii
quoque intelligitur, ne iuri communi derogetur.
Et dispositiones † ita intelligēda, ne sequatur ab-
314 surdum, & læsio partis. gl. in c. statutum. verb. nume-
randum, de prob. in 6. Alex. conf. 107. num. 4. vol. 5. So-
cin. conf. 31. n. 1. Quod si forte nunc contrarium ali-
bi obseruatur, respondeo cum Paulo l. C. in l. quod
vero, de ll. non debere † in consequētias trahi, quod
315 contra iuris rationes introducitur.

De spolio † non videtur Actor iustam cōque-
316 rendi causam habuisse, cum restitutio decima-
rum oblata fuerit, vt patet ex d. missiua de Anno
62. i. Maii.

Ex his igitur & aliis causis, copiose à dominis
adductis: cum imprimis ipsorum mens & volun-
tas in transigendo sit probata & intentione suam
im Religionis Frieden fundatam habeant, ipsorum in-
tentio quoque summa æquitate suffulta sit: imo
quoque ex abundantia, ex ipsis transactionis ver-
bis probari queat, cum Domino Correfetente
quoque concludo. Et posito, quod maior pars
Dominorum transactionem in sensum Teuto-
nicorum, & propterea priorem sententiam con-
firmare velint, in eo casu tamen adhuc putarem,
reformationem sententiæ adhuc annectendam,
cum Rei enormissimam læsionem articulent, in
art. 24. 25. quam probare cupiunt: Nämlich so der
streitig Zehend dem Orden bleiben solt / sie enormis-
sime l. dicit: Dann in demselben Fall der zehend Theil
ihrer Gebürniß mit recompensirt / vnd daß der vbrige
Zehend nach dem gemeinen Anschlag jährlich mit v-
ber zwey Fuder Weins erträgt / da hingegen Senatus
alle Beschwerligkeit / mit Verschung der Rotenbur-
ger S. Jacobs vnd Detwanger Pfarrkirchen tra-
gen / die vor dem Vertrag auffgelauffene 4000. fl.
müssen schwinden lassen / vnd noch vber daß der Zeit
desß Vertrags außgelegten 14000. fl. halben kein Er-
göstlichkeit empfangen / vnd zu Bestellung der Kirchen
Mini-

Ministerien jährlich 900. fl. aufwenden müssen. Ideo in hoc casu summa æquitate commotus, ipsis expresse, circa finem sententiæ vellem referuare petitionem restitutionis in integrum, daß dieselbig ihnen formlich zubitten/ vnd derhalben gläubliche Ursachen beyzubringen/ vnbenommen/ sonder vorbehalten. Nam hoc casu nõ enormiter solũ, sed enormissime essent læsi: & ita limitatur quoque
 317 illa opinio, ¶ quam quidam Cameram fuisse secutam asserunt, quod non habeat locum in enormissima læsione: puta, quod in nostro casu, vt Rei asserunt, non solum vltra dimidium, sed in maxima quantitate vltra dimidium. Et ita concordat illis opin. *Gabriel. lib. 3. tit. de empt. & vendit. concl. 1. numero 69. vbi allegat Corn. consilio 27. colum. 4. volum. 4. & consilio 166. colum. pen. volum. 1. Dec. consilio 203. & in l. cum te. in princip. C. de Transact. Paris. cons. 12. num. 112. vol. 3.* Et quod iuramentum ¶ non valeat in Transactione iurata, si enormissima læsio adsit, habet *Pinell. part. 3. n. 8. C. de resc. vend. l. 2. quod iurans, enormissime læsius, audiatur, ¶ etiam sine relaxatione, quam communem ait Zas. cons. 133. lib. 4. n. 8. Ioan. de Amic. consil. 133. n. 24. Bologn. cons. 44. & plures citati à Cagnol. in d. l. 2. numero octogesimo octauo.* Et si ponamus, Transactionem nullam ex d. iuribus, ne quidem iuramento Transactione firmari potest.

Saluo.

Aliud, in eadem causa.

320 D. N. Cardinem controuersia esse ¶ in intellectu Transactionis, ob der Zehend zu Detwang/ auch darinn begriffen? versatur. Sciendum pro fundamento, quod ¶ verba sint cordis nuncia *Labeo. de suppell. leg. Hominis mentem declarant, adeo, vt ex speculo facies cognoscitur, Grauet. consil. 13. Mynsing. resp. 51. numero 11. Grammat. decis. 65. num. 48.* Inde, quod verbum non sonat, certe nec sensisse videtur: *Bald. consil. 494. column. 2. volumin. 1.* In ore enim ¶ & mente, præsumitur esse idem, *Grauet. d. consilio 19. num. 2.* Vnde in contractibus ¶ verba habentur pro textu, cui credendum magis, quam glossæ. *Grauet. consilio 165. part. 1. maxime, cum sunt clara, l. continuus, de verborum obligation.* Et standum
 324 est, ¶ licet aliæ præsumptiones præponderent in contrarium, *Oldrad. consilio 159. ex presenti, in 1. dubio. Graud. consilio 19. num. 4.* In nostro autem casu licet habere virtutem vniuersaliter operandi, quod Detwangenium Zehend darinn begriffen seyn soll/ &c. cum verba illa limitentur per clausulam aduersatiuam, *Sonsten aber alle / &c.* Quæ clausula omnino ociosa & superflue apposita videbitur, vel aliquid operandi vim habebit. Sed in hoc contractu animo deliberato inito, nulla syllaba ociosa
 325 intelligitur, ¶ vt etiam in materia stricti iuris, *l. i. bi. not. quod met. caus. Grauet. consilio 294. numero 3. p. 2. Boer. decisione 23. numero 24. Mant. singul. 47. numero primo.* Sed nostro casu verba esse clara. Sed
 326 verba nostra ad eum casum, ¶ in quo essent superflua, restringi debent, dummodo sanus intel-

lectus possit accommodari, *Grauet. cons. 184. n. 12. part. 1.* Imo verba contractus, ¶ vt aliquid operentur, impropriati potius debent, *Grauet. consilio 19. numero nono.* Hinc vltima clausula non superflua & ociosa, sed vt aliquid operetur, est intelligenda. Aliam autem operationem habere non potest, nisi vt priorem generalem clausulam restringat. Quæ verba, cum clara sint aliter, quam sonant, & ad præcedentia limitanda, referri possunt, *Afflict. decisione 307. num. 25.* Quæ clara ¶ cum
 328 sint, disputandum non est. *Grauet. consilio 239. numero 4. part. 2.* Nec ab eis recedendum, nec extendenda, *Mathes. singul. 175. in addit. num. 2. Schurf. cons. 37. n. 4.* Et hoc eo magis, quod nostra Transactione, toties hinc & inde transmissa, deliberata præsumitur: ideo non recedi ab illa potest, nec locus est pœnitentiæ.

Nec obstat læsio: Nam dicta læsio, licet læpe allegata, tamen probata non est. Et licet probata, ¶ probari tamen debuit tempore contractus, nec valet, si post. Quo casu nec Ecclesia restituitur, ¶ aut Transactione rescinditur, *Dd. in l. qui voluntate. C. de rescind. vendit. Grauet. consilio 114. part. 1.* Imo nec prætextu læsionis ¶ vltra dimidium iusti precii, *Gail. obseruat. 70. libr. 2.* Per ¶ vim
 330 occupatas decimas, non restitutas, oportere illas prius restituere, *Grammat. decisio. 66. num. 22. Afflict. decis. 220. numer. 4.* Non refert, quod tres testes allegantur, qui de dissensu deponunt: quia contra totum senatum deponunt: nec omnes sunt
 331 omni exceptione maiores, *Grauet. cons. 6. num. 125. part. 1. & cons. 99. part. 1.* Concludo, vt dominus Referens.

Aliud in eadem causa.

D. N. video illud quidem, quod præsupposui ante ab initio voti mei, nimirum certa, non ambigua pactione, præiudicare sibi potuisse Rotenburgenfes, adhuc verum esse. Interim tamen & illud simul moneo obseruandum, si pactionis siue transactionis præpositæ illa verba: *Sonst aber alle andere Zehenden auff dem Land gen Detwang gehörig/ de aliis decimis, præter controuersas, verificari possint, rem expeditam esse Rotenburgenfibus.* Quod alterum præsuppositum manifestam habet rationem: cum enim Rotenburgenfes ex Religionfrieden fundatam habent intentionem, & demptis decimis in Detwang/ enormiter, tam contra mentem constitutionis, quam initæ transactionis (prout ex prægnantissimis verbis proemii colligitur) lædantur, ita vt omnis quidem sustentandi ministerium, ipsis solis in totum incumbat, reditus vero, ad eandem rem pertinentes, pro maxima parte subtrahatur, vt ex actis probatum, & apud dominos vtrinque est in confesso: quis non videt, quamuis interpretationem ad intendam potius, quam eam, quæ in tantum cõtrariatur dispositioni des Religionfriedens/ & ipsius transactionis, in principali sui parte: & enormem læsionem inducit, cum scandalo publico (quod hic ex genio istius loci æstimamus, de cuius fa-

cris procurandis agitur, iuxta dictam Religionis Frieden.) Descendendo igitur, ad verba illa: Sonst aber alle andere Zehenden auff dem Land gen Detwang gehörig/ro. Rotenburgenfes ostendū, quinque pagorum decimas ad Detvängensium parochiam, seu matricem Ecclesiarum pertinentes, de quibus se sensisse asseruit, folio Actorum 185. in missiva ad Ordinis Magistrum. Et si temerariū & confictum esse dicant Teutonici folio 475. tamen eodem folio libiipsis contrarii, subiungunt hæc verba, Dasz die gesezte Wort / so wol vom Detwanger / als andern auff dem Land darzu gehörigen / vnd demselben anhangenden Zehenden zu verstehen. Quibus aperte & clare insinuant, se per clausulam reseruatoriam voluisse excipere duo distincta, dē Zehenden zu Detwang selbst / vnd dann alle andere Zehenden auff dem Land darzu gehörig: Posterius quidem probant per verba: Alle andere Zehenden auff dem Land darzu gehörig: nec pugnant Rotenburgenfes, & satis lucrantur Teutonici, & satis de iure suo ex constitutione des Religionis Friedens remittunt Rotenburgenfes, onus proficendi sacra etiam in filias detinētes, decimas vero eorum pagorum Teutonico cedentes. Prius autem illud, hoc est, den Zehend zu Detwang selbst / quod veniat hisce verbis, vel de eo cogitatum sit inter partes vtrinque, non probatur. Vnde iniquum esset, ꝛ ꝛ pacto id perimi, de quo cogitatum non docetur, l. 9. de transactione. Ius habent Rotenburgenfes in vniuersum, quoad decimas, gen Detwäng pertinentes, ex Transactione, de Anno 1398. ius certius adhuc habēt ex Religionis Frieden. Ius etiam habent ex ipsa transactione, per clarissima verba proceſſu, ibi: Auff dasz ein Nhat zu Rotenburg Item ibi ex verbis dispositionis: Alle Wein vnd Frucht Zehend / auch den kleinen Zehenden / in ihrer Statt / vnd derselben angehörigen Marckung / allerdings nichts davon aufgenommen / dan allem des Ordens eigene Güter. Quæ verba in toto, in genere, & in vniuerso, hoc disponunt, vt decimas, ad Ecclesiā Detvängensem fundatas, habeat ciuitas, ad sustentandum ministeriū. Huic dispositioni, quantum per clausulam reseruatoriam detractum sit, vel an de principali iure decimarum (quod omnimodo, id est, allerdings conseruatum in parte principali dispositionis voluerunt Rotenburgenfes) per clausulam reseruatoriam rursus pro maxima parte perimendo cogitatum sit, facile iā est intelligere.

Principale enim saluum manet, hoc est. Aller Wein vnd Frucht Zehend / in der Statt / vnd derselben zugehörigen Marckung: accessoria decimæ detrahuntur, hoc est, andere Zehenden auff dem Land. Quæ verba: Der Statt zugehörige Marckung: Item, Auff dem Land, si recte obseruetur oppositio, seu comparatio, ostendūnt, extra Rotenburgenfis & Detvängensis vniiformis districtus (tam quoad iurisdictionem, quam quoad rationem foundationis primariæ parochialis) terminos, alias extrinsecus cohærentes decimas separatas fuisse, siue exceptas: sicut loquuntur Teutonici, andere

gen Detwang gehörig / vñ demselben anhängig Quod vt magis magisque elucescat, respondendum ad argumenta, quæ ipsemet in priori voto pro contraria parte moui.

Primum præsuppositum esse, vt omnes decimas pari modo lucrarentur Rotenburgenfes, prout onus alimentandi ministerii in se receperunt. Probauit duobus modis: Primo, quod magis solliciti fuerint de iure nominandi. Hæc collectio nō concludit.

Neque enim ius nominandi pro compensacione deficientium decimarum computari potest, cum pertineat ad commoditatem & facultatem ordinandi ministros Augustanæ confessionis, & alioqui Rotenburgenfes comperat, ex ipsa constitutione des Religionis Friedens: nec quicquam faciat ad sumptus & expensas ferendas, imo his deficientibus, nihil prodest.

Vnde inuertitur argumentum ita, vt à iure & potestate constituendorum factorum inferatur quidem ad expensas eo nomine faciendas, sicut in aliis oneribus publicis sustinendis, propria ꝛ ꝛ auctoritate quilibet sibi consulit in suo territorio, l. 1. C. de capt. & distr. pig. lib. 10. Et idem vult constitutio des Religionis Friedens / & obseruatio totius Imperii docet. Nequaquam vero propter cessum ius nominandi inferatur ad detractionem alimentorum.

Deinde sic probauit: quia ab ipsis decimis in der Statt Marckung exceperunt den Zehenden des Ordens Güter: Et hæc ratio in contrarium retorqueri potest, quod non totale ius decimarum, ad Ecclesiam Detvängensem pertinentium perimere, sed pro regionibus certis, & particularibus fundis limitare voluerunt: ita vt Rotenburgenfes maneant decimæ in vniuersum, in toto, in genere, & quidem vniiformiter, in der Statt Marckung / prout ex depositione quinti testis ad tertium probatoriam apparet, de confessione Comendatoris, dasz Detwang vnd Rotenburg ein Zehend.

Detractio vero, ꝛ siue limitatio fit, quoad species, & particulariter: vnde nō ab vna specie vel parte, ad aliam: multo minus à specie vel parte ad totum vel genus, fit illatio: separantur fundi Teutonicorum, à fundis ciuium. Igitur hi includuntur, & per consequens, vineæ in Detwang / quæ pertinent ad dominium ciuium, ꝛ & Sturgetz / der Statt Rotenburg / & quidem simpliciter ad omnimodam Rotenburgenfium iurisdictionem, vt contat ex dictis testium. Separantur andere Zehenden auff dem Land / gen Detwang gehörig / Ergo fortius includitur der Zehend zu Detwang / der ein Zehend ist mit dem Rotenburgenfes / vt dicit Comendator.

Secundo loco principaliter argumētatus sum: decimas ꝛ ꝛ hic non considerari iuxta territorium iurisdictionis. Probauit ita: Quia si detur separatio decimarum in illa marca, quæ & ratione iurisdictionis, & vniuersitatis agrorum, vna atq; eadem est, multo magis distinctionem dari eorum

rum

rum decimarum, quæ alterius vniuersitatis sunt, id est, Detvvangensis. Respondeo: Decimas diuerso respectu hic considerari: primum in genere, in principali parte dispositionis, tam quoad parochialem circulum, si onus spectetur, quod decimis alioquin cohæret, & hic apud Rotenburgenses residet, nimirum, alimentandi ministerium Ecclesiasticum: quam quoad districtum iurisdictionis vrbicæ, in der Stadt/vñ deren zugehörigen Markungen. Rursus in specie & distinguuntur & separantur decimæ, in clausulis limitatiuis & reseruatoriis. Et hoc ipsum quoque dupliciter, tam quoad fundos Teutonicorum, in districtu vrbico, quæ quoad regiones extra districtum vrbicū, auff dem Land. Iam igitur interest, quo singuli respectus referantur. Vniuersalis quidem & cōsideratio, totius parochialis circuli, ad eum effectum extenditur: quod Rotenburgenses simpliciter, sine vlla limitatione & distinctione, circulum illum prouidere sacris teneantur: licet vltra iurisdictionem eorundem temporalem, extendatur ille circulus parochialis: licet etiam non participant singulorū fundorum & locorum decimas, d. circuli. Vniuersalis quoque & consideratio ad districtum vrbicum refertur, in ea parte Transactionis, qua disponitur, daß aller Zehenden an Wein vñ Frucht in der Stadt/ vñ derselben zugehörigen Markung/ Rotenburg bleiben soll. Iam vero particularis & consideratio decimarum ita fit, vt fundi tātum Teutonici ab illo districtu eximantur: à parochiali vero circulo eximantur quidem decimæ pagorum, extra vrbicum districtum sitorum, auff dem Land/ non etiam decimæ ipsius pagi Detvvangen/ quæ tū ratione matricis Ecclesiæ siue parochiæ ibidem, tum ratione omnimodæ iurisdictionis, civilis & criminalis: tum denique ratione domini vinearum in Detvvang/ separatam naturam à reliquis ibidem sitis bonis habentium, ad solos Rotenburgenses spectat, vt qui soli & sacra & prophana ibi constituendi potestatem habeant, religionem, iurisdictionem civilem & criminalem, & in specie, ipsas vineas ciuium ipsorum ibidem, quæ separantur à palcuationis terminis, siue Hut Markung/ fol. 242. 248.

Frustra ergo iam laboratur circa separationem, Detvvangensis pagi à Rotenburg. Etsi enim Detvvang habeat eiti sondere Gemein & Detvvangenses pignorent ipsos Rotenburgenses, wann sie auff ihr Gemeind treiben/ & cætera, quæ ad hoc cumulantur, &c. Tamen hæc distinctiones & non pertinent ad materiam subiectam, id est, neque ad separationem iurisdictionalem, der Stadt Markung: neque ad separationem des pfarrlichen Circuls: imo etiam considerando der Güter Markung/ adhuc vineæ pertinent omni respectu, ad solos Rotenburgenses sicut testes dicunt, daß sie zu der Rotenburger Ruggeschrey gehörig. Eo quoque facit sæpe allegata confessio Commendatoris, & torcularis concessio ab eodem facta.

Tertio loco principali, etiam id vrsi: quod

ipsi Rotenburgenses facto suo separarunt decimas frugum, zu Detvwang/ à decimis finium Rotenburgensium. Respondetur: quod non vtendo iure suo, quoad decimas frugum ibidem, non statim illud amiserunt. Nec & enim nostra amittimus, non vtendo, nisi per iustam præscriptionem: qua etiam currente, non præscribitur amplius, quam possessum. Deinde in contentione, ad viam facti erumpente, non eiusdem facultatis fuit, circa res diuersas, & in locis diuersis eodem modo sibi consulere. Tertio, vineæ zu Detvwang, manifeste & notorie distinguuntur ab Hut/ siue Güter Markung: vñ de probabiliorem causam habuere, ibi se manutenendi. Quarto, facit ipsius rei exiguitas. Telles enim dicunt, es seyen etlich wenig Aeckerlein im Thal/ &c. Accedit decimus testis Rotenburgens. Daß Schrifften hinc inde ergangen/ vñ solches geendert worden.

Quarto principaliter & illud motum est: non posse interpretari verba illa: Sonst aber all andere Zehender/ &c. vt decimæ quidem inter fines Detvvangenses eo non pertineant: Decimæ vero extra fines illos, zu Neuttsachsen & reliquis pagis, ad Detvvangentem agrum dicantur pertinere. Respondetur: Decimas & dupliciter dici ad Detvwang pertinere: Principaliter quidem, tanquam ad suam parochialem Ecclesiam fundatæ: & eo modo omnes decimæ, de quibus hic transigitur, siue in Rotenburgensi agro, siue extra illum sitæ, eo referentur. Alio modo accessorie, & minus principaliter, sed distributiuè, iuxta regiones, adeo vt illæ quidem, quæ intra agrum Rotenburgensem sunt, iisdem cedant, alia vero, quæ extra eosdem fines sunt, auff dem Land/ hoc est, in locis mediterraneis, à certis Rotenburgensium finibus separatis, pertinentes tamen ad Ecclesiam siue Parochiam Detvvangensem.

Vnde Quinto loco principali, facile diuidicari potest, quod ibidem moui, qua scilicet ratione, & quam diuersimode decimæ in nostro casu æstimari & censeri debeant. Præsuppositum enim tum fuit, decimas separatas & distinctas in transactione fuisse non iuxta fines Rotenburgenses, sed iuxta diuersitatem agrorum.

Verum si diligens instituat comparatio, manifeste apparebit decimas primum vniuersaliter consideratas secundum circulum Parochialem, diuisas fuisse inter Rotenburgenses & Teutonicos: ita vt omnes decimæ intra fines Rotenburgenses, ipsis cedant omnino, allerdings nichts ausgenommen/ subiecta tamen ibidem illa limitatione, quoad fundos Teutonicorum, in iisdem finibus utos: quæ limitatio statim eodem loco subiecta, simpliciter omnia alia (intra fines Rotenburgenses, proprie sumptos, iuxta suos veros & certos limites, non incertos & dubios) comprehensa includit. Decimæ vero extra fines illos auff dem Land/ siue locis prouincialibus (quæ loca, auff dem Land/ comparatiue se habent, respectu

Et finium Rotenburgenſium certorum, & limitatorum, vt diximus) Teutonicis cedit.

Vnde quod ſex: o loco principaliter deductū, de horreo ſolo, ex tranſactione conſeſſo, nimis exiguum eſt, vt certis fundamentis principalium clauſularum diſtributiuarum opponatur, tum etiam eliditur ex eo, quod ſimul horreo illo, ſpaciū aliquod horti additum, & ex ceſſione torcularis à Commendatore poſtea factæ.

Vltimo loco, quod de intellectu *l. veteribus*, motum eſt, ita habet (meo iudicio) vt diſpiciendum ſit, vtri partium ius notorium & certum, ante tranſactionem competierit: ita vt is, ꝛ cui ex pacto quatendum ius fuit, eas difficultates ſubeat, probandi nimirum, per certas, non ambiguas clauſulas, de quo ſe cogitaſſe aſſeruit, *l. g. de tranſact.* Scopus ergo totius cauſæ in eo conſiſtit: quos
347
348
349
fines ꝛ Rotenburgenſium intelligamus, ſub his verbis, *der Statt vnd derſelben zugehörigen Markungen*. Item, quo loco illud incipiat, quod dicitur, *auff dem Land*. Ex iure certe communi ꝛ manifeſtum eſt fines late accipi, ita etiam, vt flamen, in medio ſitum, vtriſque vicinis pro media parte cedat: ſiue de iurisdictione agatur, ſiue de publico vel priuato vſu.

Eodem modo de *foſſa* ꝛ inter duos fundos, & ingreſſu inter duos vicinos, vel duas domos. *Corp. poll. de ſeruit. vrb. præd. capite 75*. Item, durum eſt hoc caſu, aliquid in præiudiciū finium ſtatueri, & recedere à limitatis Rotenburgenſium finibus, ad non limitatos: & non tantum ad non limitatos, ſed etiam hos ipſos dubios & incertos, deponentibus teſtibus, daſſi *Detwang* gegen *Rotenburg* nit verrent oder verſteint: ſi fines non limitati intelligantur, taceam incertos & dubios, quantum ciuitati præiudicetur, manifeſtum eſt. *Hieron. de mont. Prix. capite 76. de finibus, per tot.* Durum quoque eſt, illos terminos, ſiue *Güter Markung* / ſtringere contra eos, qui non ſolum certos & limitatos fines habent, ſed intra eoſdem omnimodam iurisdictionem, cum poteſtate conſtituendi ſacra.

Et vt omnis alius reſpectus finium excludatur, illud etiam imprimis ſtringit, vt ipſæ vineæ, de quarum decimis agitur, ſeparantur in dubio ab *Hut Markung* / & accenſentur *der Rotenburger Rueggſchrey*.

Vnde non obſtat, quod ꝛ interdum ſpecialiſſime accipiuntur decimæ, circa pagum *Detwang* / quale illud eſt, quod ex teſtibus allegatur, *quæſitum tunc temporis ad portas, Wo bringt man den Wein her? Reſpoſum, Auf Detwanger Markung*. Illud enim hanc rationem habet, vt differant à cæteris agri Rotenburgenſis decimis, tanquam vnus totius diuerſæ partes: nequaquam vero, vt ſeparantur ab vniuerſali *Statt Markung* / & in aliud genus tranſeant, nimirum ad decimas, ſitas extra *Rotenburg* / *auff dem Land*. Sunt enim diſtinctæ regiones, *der Statt Markung* / vti ex teſtibus colligitur.

Nec alio modo incolæ *zu Detwang* / ciues Ro-

tenburgenſes cenſentur, quam cæterarum regionū eius vrbs incolæ, ſiue parochialium curâ ſpectes, ſiue omnimodâ iurisdictione, ſiue collectas, ſiue denique, quantum ad decimas vinearum, ibidem ſitarum attinet, *das Rueggſchrey* / quod pertinet ꝛ proprie ad rationem ruralis marchie, *der Feld Markung*. Quod ſub ſinem allegatum fuit in veteri tranſactione, de Anno 1398. diſtingui paganas ab vrbicis decimis: eliditur ex eo quod ſiquærat, vtrum *Detwang* eſſes habendi ſint pro vrbicis vel pagenſibus, res expedita ſit, ex vnanimi teſtium deſiſtione, daſſi ſic alle *Bürger ſey zu Rotenburg / mit aller bürgerlichen Beſchweren / Steuer vnd Sturgelt*. Concluſiue igitur, quod prius dictum, non ſatis tutum videri, ſententiam ab vtriuſque religionis Principum Conſiliariis la tam reformare, neſcio, an nobis liceat, talem conſiderationem in Camera introducere, præſertim in hac cauſa, ſtantibus fundamentis ante dictis.

Quod additum fuit, fauorabilem eſſe ſenſum illum clauſulæ reſeruatoriæ, de aliis decimis *auff dem Land*. Sed re accuratius examinata, apparet, non ſolum multiplicem, fauorem, ex omnibus Actorum partibus, pro Rotenburgenſibus relucere: tum quia Rei, tum quia de enormi læſione eorundem agitur, ita etiam ea verba impropriari poſſunt.

Nec ex eo fauor ille cernitur, quod de facto decimas illas occuparunt: non enim ꝛ quicquid ab inuito ſumitur, iniurioſe aufertur, *cap. non ſane 14. queſt. 5.* ſed magis magiſq; elucidari ſenſum illum ex circumſtantiis & verborum proprietatibus. Circumſtantiæ quidem mouent, cum agatur *von den Zehenden Kirchen auff dem Land* / eſſe aliquas etiam decimas, ad Eccleſias eaſdem pertinentes, quod & verba ſonant, *Alle andere Zehende*: & idem expreſſe Teutonici fatentur *ſape dicto folio 475*. Daſſi ſic ſo wol den *Detwanger Zehenden* / als andere auff dem Land zugehörige vnd demſelben anhangende Zehenden verſtanden.

Verborum ꝛ proprietates hoc vult, vt omnes decimæ intra marcæm ciuitatis, pertineant ad Rotenburgenſes: ſolis Teutonicorū fundis exceptis: quæ exceptio imprimis pertinet ad ſamulos Teutonicorum *zu Detwangen*. Neque enim de aliis eorundem ſamulis conſtat, quos habeant in ciuitatis marca, ſtrictius ſumpta, ſi fortius includuntur fundi ciuium ibidem: præſertim vineæ, de quarum decimis percipiendis contenditur: eadem verborum proprietates, ſeparat alias decimas, *auff dem Land* / à decimis, de quibus principaliter agitur: quod conſtat, vniformes eſſe in agro Rotenburgenſi & *Detwangeniſi*, iuxta illud dictum Commendatoris, daſſi *Rotenburger vnd Detwanger Zehend ein Zehend ſey*: facit deſiſtione 7. 10. & 12. teſtis ad 23. probatoriam articulare Rotenburgenſium. Finaliter concludo pro Rotenburgenſibus, & reformandam eſſe ſententiam, & pronuntiandum abſolutorie. Compentiſis expenſis.

Aliud in eadem causa.

Pro sententia & voto Domini Correferentis, qua clausula Transactionis, quæ sonat de decimis auff dem Land gen Detwang gehörig / vel annullatur, vel vt valeat contractus, & iniquitas euitetur, ad verisimilem interpretationem reducitur, ex iure & æquo, vrgentes & validæ rationes; quibus & ego assentio adductæ sunt. Inter reliquas vero, quas refricare minime decet, apparet, eam clausulam esse superfluum, absurdam, & iuri aduersam.

355 Superfluum: quia ꝑ quod ante literis dispositiue insertum & expressum erat, iam in nullum alium finem repetitur, quam vt contradictorias & obscuritates pariat. Ibi enim dispositum est, daß Reis die Zeit des Religionfriedens / ab Actore, allen Wein vñnd Fruchtzehend / so viel daß alles in ihrer Statt / vñnd derselben zugehörigen Marckung Actori gebürt / folgen sollen / allerding nichts davon auß genommen / dann allein den Zehend / von des Ordens Gütern / in gedachter Marck gelegen. Hic vero in sequenti clausula iterum habetur: Daß aller Zehend (vt in priori) forthin (scilicet zur Zeit des Religionfriedens) Sonst aber all ander Zehend / (ibi notetur periculosa & suspecta mutatio verborum: Item, omisso vocabulorum, Weinzehend vñnd Marckung) gen Detwang gehörig / Actori werden vñ bleiben soll. Si itaque ante dispositum est, was jedem Theil folgen soll? quid opus est repetere nunc, was jedem werden soll: non enim video differentiam inter dictiones folgen / werden / vñnd bleiben / limitatiue ad tempus des Religionfriedens / sumendo.

Sequitur igitur, posteriorem clausulam vel intelligendam secundum priorem, & tunc erit superflua, siue sumatur pro Actore, siue pro Reis, cum plane idem disponant vtroque. Vel non intelligendam secundum primam, & tunc sequentur ex ea contradictoriæ, quæ simul & eodem respectu consistere non possunt: alterutram enim falsam esse oportet. Nec refert, si dicatur, sequentem clausulam esse limitationem præcedentis; quia tam res ipsa, quam modus siue dispositio, diuersum ostendunt. Si enim iustam interpretationem verba sequentis clausulæ non admittunt debent, tunc potius correctionem & annullationem, quam limitationem prioris dispositionis continent.

Deinde mirum, nec suspicione caret, quod hoc loco dispositioni limitandæ, suæ limitationes (vt alias fieri solet) non in continenti, sed post interuallum, ad verbum repetito limitando, alia limitatio obscuris verbis attextata est.

356 Absurdum & inconuenientem esse eius clausulæ sensum, vt Actor accipit, hinc colligo: ꝑ Quod publica constat facti notorietate, Rotenburgersem Rempublicam, & priuatos ciues non longe ante d. Transactionem, anno scilicet 54. suis rebus ira exhaustos fuisse per Ducem Brunsvicenssem, als Feldobersten der dreiß Fränckischen einigßig Ständ / contra Marchionem Albertum; das zu

Entrichtung derselben Brandschabung / auch die Bürger all ihr baar Geld / Silbergeschirr / Kleinot / Schmuck / vñnd anders / damit Geld auffzubringen / vñnd dardurch die Blünderung in der Statt vñnd auff dem Land abzuwenden / auff daß Rathhaus / Magistratui sifern vñnd vberantworten müssen. Quis igitur crediderit, ad tantam necessitatem & gestatem redactos & expilatos, ius sustentandi ministros (quod Ordo Reis debebat, vigore antiquæ Transactionis super religionis pace) ordini remittere; & in se onus id assumere, vnquam animo proposuisse, aut cogitasse? vel nihil fere pro sumptuosa ista sustentatione bevilligen vñnd annemen wollen? quod sibi tunc de suis expendere erat difficilimum, & impossibile, suam liberalitatem in tali necessitate exercere: quod nec iura, nec causa impulsiva, in proæmio Transactionis expressa, quæ causam finalem denotat, & posteriorem format euenum, præsumere permittit.

Iuri aduersam dixi, & exorbitantem: ꝑ quia ante Transactionem de Anno 56. (quod nemo inficias ibit,) Ordo, siue Actor noster, Reis, debuit sustentationem decem ministrorum, de iuribus & decimis Ecclesiæ: quod ius non de nouo paciscendum fuit Reis, quia ab Anno 138. & sic vsque ad tempus Transactionis posterioris, absolute & sine contradictione semper debuerunt.

Cui non refragatur, sed opitulatur potius constitutio pacis, in d. als auch, re. & s. Vñnd ob solch: Quia licet in priori §. disponatur, quod ministeria, Scholæ, Eleemosynæ, & Hospitalia, in locis reformatæ religionis, debeant ali, & sustentari, von Rent / Zins / Gült vñnd Zehenden / prout antiquitus factum: Et si dubium incidat: (vt habet sequens §.) quantum ministeriis, Scholis, Eleemosynis & Hospitalibus (quia dicit ibi, zu Vnderhaltung obgemelter Ministerien vñnd Stück) erogari debeat, quomodo assiduum inter partes lic placandum & componendum: Tamen in versic. destoweniger nicht, re. sit separatio derselben Stück / à sustentatione ministerii: adeo vt in omnem euenum, siue dissidium sit, siue non sit, siue expediatur, suspendatur, vel proteletur accordatio der andern Stück haben / sollen doch die solch onus auff jhnen gehabt / nicht destoweniger vñnd mittler Weil / was sie von alters her zu solcher Ministerien gegeben haben / auch fürter entrichteten.

Hinc facile intelligitur, etiam ante Transactionem hanc, ꝑ Actorem obligatum fuisse, ad alimentandos decem presbyteros, qui sunt idonei, id est, Ehrwürdig: & non vnicum idoneum tantum: idque de decimis, vel de æquipolenti. Imo & consequenter, decimæ siue alimenta ministrorum, ꝑ præerito tempore in iuste detentæ (sicut est factum nostro casu, arg. pragmaticæ sanctionis, §. als auch, re. An vero Religionis odio potius, quam iure habendi, & scio) à quocunque detentatore seu possessore peti possunt. c. pastoralis, c. in aliquibus.

360 *bns. de decim. cap. quicumque 16. quest. 7.* Et illi ꝑ tenentur restituere, alias non absolutionem dabit confessor *cap. si res aliena 14. quest. 6.* Item alias excommunicari potest, & semper restitutio contra eum datur, & per alias rationes, vt habet *Bartol. Brix. in tractat. quest. dominical. quest. 49. numero quarto, & 5.* Et ex iuribus allegatis per *Andream Hispanicum, in tractat. de decim. quest. 15. vers. fin. numero 1. & seqq.*

Hinc infero, cum omni iure, tempore Transactionis Actor obligatus fuerit Reis ad sumptus, quibus decem ad minus alendi sunt ministri, sed ex ea Transactione prætendatur, senatores consensisse in sumptus, quibus vix vnus idoneus sustentari potest, vt taceam de remissione reliquorum & præteritorum sumptuum, ad 18000. fl. excurrentium, vt ex actis notorium est, satisque deductum: sicque reliquum, vt puta, triplum, quadruplum, vel longe plus remisisse, & ordini donasse: Infero, inquam, tam remissionem, tanquam iuri aduersam & exorbitantem, fieri non potuisse per consules dictos, nec validam esse.

361 Tendit enim ad hoc huiusmodi ꝑ obligatio, vt minus percipiatur de decimis ad vsus sacros & ministerium, quam debitum sit de iure diuino: *Innoc. in cap. fin. in pr. de parochiis, Ioan. And. in c. 1. de decim. in 6.* Et hanc communem esse sententiam Canonistarum, dicit *Heinrichman consilio 41. numero 29. volum. 2.* Idque in primis, cum in laicos vsus vertantur, vt per *Sicul. in c. statuimus. de Transact. & Heinrichman d. loco.* Quin & iuris aperti est, quod 362 administratores ciuitatum, ꝑ debitum liquidum (vt nostro casu liquidissimum est,) nisi quis studio cæcuciat, remittere nequeant: Quia remittere 363 & ꝑ donare est species dilapidationis: Sed administratores Reipub. conseruare, non res ciuitatis, vel vniuersitatis dilapidare debent. Præterea 364 mandatum ꝑ quantumcunque generale, & cum libera, ad casum donationis non extenditur *Dd. in l. pactum curatoris. Cod. de pact. Bald. in l. præses. C. de Transact. l. as. ibid. numero duodecimo. gloss. Dd. in leg. cum hi. §. si prætor. verb. nec donando de Transactionib. Bartol. in leg. 1. de pact. Gail. obseruation. 72. numero duodecimo.*

Exorbitans itaque, & quasi impossibile Senatoribus fuit, de iure remittere tantos sumptus debitos, tam præteritos, & non solutos, tanquam etiam in futurum soluendos. Sed hæc exorbitantia ciuitati possit, si sanæ & rationabili interpretationi verborum locus esset. Omitto (vt dixi) alias rationes, ad hoc propositum à Dominis luculenter & dextre adductas.

Si vero argumenta & rationes prægnantes & vrgentes, quæ à Dominis quibusdam, pro tuendis partibus Actoris, copiose & doctè adductæ sunt perpendo, non parum dubius reddor: An non rigor literæ posterioris transactionis, ex qua *αειρόμυρον* nostrum prodit, in statu visionis (sub hac præsertim rerum conditione) potius, quam alteræ rationes, quæ æquitate & veritate nitun-

tur, sint locum habituræ, adeo vt suspicer Reuifores (quorum subsidium actor in talem euentum præsumptiue haud negligat) sententiæ nostræ, qua prior directe & simpliciter confirmaretur, assensum suum ægerrime sint adhibitori.

Veruntamen, quia ꝑ natura non patitur, vt 365 qui ex imprudentia vulnus accepit, ob hoc chirurgi manu destituatur: Neque leges ꝑ indigne 366 læsis suum auxilium, præsertim restitutionis, vbi æquitas euidens subsit (licet nihil facile mutandum sit de solennibus) denegant, inquit textus in *l. Diuus. de restitution. in integr.* Nil enim tranquillitati ꝑ magis inimicum, quam sub iuris prætextu, 367 quod iniurium est, statuere, alterum in alterius vtilitatem grauare: Nam vt restitutio ꝑ cum alterius iactura dari non debet: Ita & ob aduersarii commodum, nemini venit deneganda, ne quis per alterius dispendium locupletetur *l. sis qui de furt. l. asiduus. qui pot. in pign. hab. c. cum causam. de præbend. l. sciendum. ex quibus causis maior.* Neque æquitati quicquam similis est, quam ciuitatem ita componere, vt futura negocia ad iusti regulam consistant & expendantur: Quæ non patitur eum 368 destitui, ꝑ qui bonum & æquum, omnis iusti saluberrimum fontem, inuocat, ne inde iniuriæ occasio nascatur, vnde iura proficisci debent *leg. meminere Cod. vnde vi. Ferrar. de appellation. folio 138.*

Ideoque cum nostro casu directa via, videlicet per reformationem prioris sententiæ, timore ancipitis Reuifionis (vt dictum) & collegii labe Reis debitum auxilium contingere haud possit, amplector & ego sententiam Dominorum, qui restitutionis beneficio eos iuandos putant: Neminem autem ꝑ negare spero, quin hic agatur 370 de iure Ecclesiæ, siue ministerii: Et simul etiam de iure Reipublicæ, vel bono publico: quodque Ecclesia ꝑ & Respublicæ fungantur iure minoris, præsertim in casu restitutionis: Ecclesia quidem, vt per *Bald. in leg. omnes 31. Cod. de Episc. & Cler. l. 1. Cod. ne lic. ter. prouoc. Specul. de restitut. in integr. §. infra quod. & Bald. in addit. vers. sicul. Ecclesia censetur. l. orphanotrophos. Cod. de Episc. & Cleric. & auri. de non alienand. rebus §. siuimus colum. 11. Tiraque. de priuileg. pie causa. priuileg. 138. per tot. de Republica, vt in leg. Respub. C. quib. ex caus. maior. l. Rempub. C. de iure Reipub. num. 11. Ibi que *Dd. Alexand. consilio primo, colum. 4. volum. 4.**

Idque etiam intelligitur de qualibet ciuitate & Reipub. vt per *Bart. & Bald. & communiter Dd. in d. l. Respubl. & communem conclusionem dicit Marant. verb. appellatio. n. 87.*

Hoc ita posito, nec deesse video requisita restitutionis, nostro casu. Primo enim hic agi de causa Ecclesiæ simul & Reipubl. nemo inficias ibit: Quibus casibus facilius, ꝑ maiori que compendio 372 nec causis tam exquisitis, restitutio iure permittitur, vt notat *Ioann. Ferrar. de appell. ca. 7. lib. 4. Secundo constat satis, non modò de enormi, sed & de enormissima læsione, id quod attestantur testes*

stes Reorum 2. 3. 7. 8. 9. 10. 11. 12. qui dicunt (ad-
miniculantibus etiam missiuis, à partibus in hac
causa in hoc iudicio, olim ante remissionem pro-
ductis: nec non tacita confessione aduersa par-
tis, quæ nullibi id aperte impugnat) Der Wein-
gehéd auffer Detwang traz jârlîch zwen Fuder Wein/
vnd der Getrendzehend / hundert vnd achtzig Malter.
Hisc reditibus vix vnum ministrum sustentari
posse, *supra ostensum est*: nouem igitur illi vbi sunt?
Sic & summa 18000 fl. quam sibi partem tunc de-
bitam fuisse Rei asserunt. Qualis verò † cenferi
debeat enormis læsio, ex qua Ecclesia restituenda
sit, tradit *Mench. de arbitr. iud. quast. tit. 2. cent. 1. cas. 74. vbi num. 4.* tandem dicit, veriore & crebriorem
sententiam esse, quod iure definitum id non
sit, sed iudicis arbitrio relictum. *per plura ibid. allegata.*

374 Tertiò constat ex actis, eam læsionem † (si modo
verus est intellectus Actoris d. S. Sonsten aber)
ex imprudentia Reorù, & fraude aduersarii pro-
cessisse. De imprudentia quidem non puto quen-
quam dubitare: Fraus verò variis coniecturis &
probationibus (vt noti est iuris) ostenditur: Inter
375 cætera verò Deceptio † & dolus ex magna læsione
colligitur *l. omnes debitores ff. quæ in fraud. credit.* Et
376 vbi enormitas † læsionis est in aperto, ibi præsumi-
tur dolus. *Bartol. in l. pen. ff. de prat. stipul. & Bald. consil. 213. part. 1. incip. punctus talis est.* Ita sentit & tradit
Schurff. consil. 37. n. 28. cent. 2. quodque tali casu suffi-
ciat dolus præsumptus ex magna læsione, pluri-
bus concludit idem *Schurff. consilio 10. per rot. dict. cent. 2.*

377 Et quando singulæ coniecturæ † non suffici-
unt ad conuincendum dolum, tunc simul & con-
iunctim plures conglutinatæ, aperte conuincunt
dolum, vt per *Bartol. l. post contractum. ff. de donat. Det. in l. pactum quod dotali. C. de pact. Mysing. respons. 53. num. 15.*

Tandem nec de tempore petendæ resti-
tutionis meritiò ambigi potest. Rei enim aliter nõ,
nisi alternatiuè, conditionaliter, vel in euentum,
in hac instantia, & non antè, restitutionem petere
potuerunt: in eo enim omnes Domini con-
sentiunt, quod catdo huius negotii versetur cir-
ca intellectum d. S. Sonsten aber / etc. Licet autem
prima sententia inclinaret ad partes Actoris: tamẽ
Rei nec intellectum Actoris, nec sententiam in-
terpretantem acceptarunt; ideoque super eo du-
bio intellectu ad Cameram appellarunt: vbi etiam
principaliter & directe, ommissa appellatione
restitutionem petere nequiuerunt, nisi studio si-
bi contrariari, & à causa appellationis, quæ con-
sistit (vt dictum) super dubio intellectu transac-
tionis, recedere voluissent. Et patet ad sensũ, dũ
ea interpretatio penes iudicem adhuc residet, &
Reis spes esse potest, adhuc fore, vt pro ipsorum
intellectu per reformatariam prioris, sententia
feratur, se non, nisi in euentũ, quo prior sententia
confirmaretur, restitutionem petere potuisse.
Ante enim cum euentum eos læsos esse nemo
378 dicere potest: Sed non læsus † nec ius nec occa-

sionem petendæ restitutionis habet, cum non
entis nullæ sint qualitates. Item quod Reis non-
dum constat de sententia confirmatoria, vel re-
formatoria: Sicque, an sint læsi, vel non, igno-
rant, sed tempus restitutionis, † non nisi à tem-
pore scientiæ incipit currere, noti est iuris: vt per
Wormb. obseruat. 4. tit. 25. Imò Ecclesia † in hoc
380 plus iuris habere dicitur, quam alii: *Clem. vnic. de
restit. in integr. & Bartol. in l. ab hostibus. §. sed quod sim-
pliciter num. 12. ex quib. caus. mator.* Vbi etiam dicit:
Tempus † restitutionis incipit currere à die
381 latæ sententiæ (cum effectu scilicet, quando non
speratur alia, nec est appellatum, alias effectus
sententiæ est suspensus) *num. 17.* Et non potest
quis petere in integrum restitutionem, quam-
diu potest appellare. *Rota decisio. 224. in nouis.*
Quamdiu enim † superest ordinariũ remedi-
um, non est recurrendum ad extraordinarium.
l. in causa la. 2. de min. cap. secundo. de offic. iud. Et quæ-
rit *Specul. de restitut. in integrum. §. qualiter num. 8.*
Si minor appellauit à sententia contra se lata,
nunquid appellatione pendente poterit petere
in integrum restitutionem? dicit, quod sic, per
*notat. in l. pen. C. si aduers. rem iud. & Azo. eod. tit. cir-
ca medium.*

An autem minor, † Ecclesia & Respublica pe-
tere possint restitutionem in integrum contra
contractum vel Transactionem iurata? Non
dubito, quia certis casibus id locum non habeat.
Quod verò vniuersaliter obtineat, vt nullibi de-
tur restitutionis auxilium, non credo, vel in iure,
vel apud eos interpretes id extare, sed affirmati-
uam potius & contrarium satis cognitum es-
se. Quando enim † enormitas læsionis est certa:
384 tunc iura etiã certã statuunt deceptionẽ (quæ faci-
lè hoc casu statui potest, cũ multa adminicula
habeat, vt supra tactũ, & latius à Dominis demon-
stratum) sed quando deceptio, † fraus vel dolus
385 existit, (cui ratione & æquitate naturali est sub-
ueniendũ) Tunc datur doli exceptio, vel ex dolo
restituitur minor, &c. non obstante iuramento:
Quia iuramentũ † non est vinculu iniquitatis: &
386 hanc veram declarationẽ esse, ad textũ in *auth. Sa-
cramenta puberum. C. si aduers. vend. rest. pet. & ad edict.
de minorib. dicit Fortun. Garzia, in tract. de vltimo fine
iuris Canon. n. 369.*

Nec obligat † iuramentum cum effectu;
387 interueniente dolo, *Anchar. con. 82.* dicit: vbi in
obligationibus † apparet læsio reipsa, & iniquitas,
388 non habet locũ *auth. Sacramenta puberũ.* & per con-
sequens, non seruanda: *idem consil. 180. & consil. 341.*
& *Bald. in rub. Codic. de rer. permut. vers. item quæro. in
fin.* In iure enim † (vt dictum) æquiparantur, do-
389 lum inesse proposito, vel reipsa *l. si quis nunc aliter,
de verb. obligat. l. 2. §. circa. de except. doli.* Et sic data do-
li probatione, † quæ etiam ex iudiciis colligitur. *l. 390
dolum. C. de dolo manifeste ex enormi læsione appa-
rete dicitur. Thomas Grammat. decis. 76. num. 12.* &
facilè remittitur iuramentum † ratione doli, &
391 enormis læsionis, *d. ca. cum contingat. c. Quintauallis.
de iureiur.* Imò melioris est conditionis tali casu

Ecclesia, quam minor: In hac enim, Ecclesia videlicet, per nullum iuramentum fieri potest, vt nō habeatur loco minoris (id est, quā restitutio semper habeat locum, prout non fit, quando minor est modicē læsus, & habetur pro maiore.) Et istud in fauorem Ecclesiæ: inquit Bald in l. generatiter. §. 1. n. 2. circa fin. C. de reb. cred. & ibid. Bald. in c. 1. §. item Sacramenta. de pace iuram. firm. & alia iura allegata in glos. marginali d. §. 1. verb. Ecclesia. Hinc est quod minor iuret non venire contra venditionem, si tamen decipiatur enormi damno, petere potest restitutionem enormis damni: Quia illud iuramentum repræsentat cum loco maioris, ex qua repræsentatione priuatur modico damno tantum, non autē enormi: Licet minor ꝑ ad aliquē actū communi iure vel constitutione legitime tur, nō tamen in integrum restitutio sibi denegata intelligitur: *Roman. consil. 40. per plura alleg.* Et habent hæc omnia nostro casu tantō magis locum, cū hic non iuramentū Reale: sed fidei præstatio solummodo interuenerit. Licet ꝑ enim hæc duo, secundum opinionem interpretum, plerunque æquiparentur: tamen hæc, scilicet præstatio, facilius relaxatur, quam iuramentum, multo enim ꝑ acrius hic punitur, quam veniens contra fidei præstationem, *glossa in cap. pen. communiter approbata. de iureiur. Rot. decis. 138. in antiq. Vbi dicit, quod veniens contra fidem promissam, non dicatur peierare, & punitur priuatione beneficij, quia ꝑ maius reputatur præstare corporaliter iuramentum, quam fidem promittere l. 4. C. si minor se maior. dix.*

Hinc concludo, tutiorem viam esse, vt contra enormissimā læsionem clausulæ, Sonsten aber /c. repetitæ restitutioni locus detur, idque suadente iustitia, æquitate & veritate. In primis etiam, cum ea petitio ꝑ fieri possit conditionaliter, altematiuē, vel euentualiter, vt per *Innoc. in c. suscitata. in princip. ibi. vbicunque incidat petere. de in integr. restit. Rot. decis. 9. in prin. in nou. allegatur ad hoc Ferrar. in form. libelli Appellationis à sententia definitiva. verba & in quantum. sit aliqua. in prin.* Et licet in grauaminibus ipsa læsio, ex qua restitutio in euentum petitur, satis & sufficienter sit deducta & articulata: ne tamen videatur per hoc ordinationi, *in vers. f. ut. 52. lib. 3.* minus satisfactum esse: vel Iudex nimium præcipitanter restituendo, absque specifica deductione pronunciaffe: Ideo mallet præmittere ex officio interlocutoriā, sub hac forma.

In Sachen V. contra S. Ist der Bescheid / wofern D. N. articularierte Ursachen seiner in euentum gebetteneu Restitution / in Zeit vier Monat / so ihme von Amptswegen dazu angesehen / wie sich in Recht gebürt / fürbringen würdt / daß solches gehört werden / vnd darauff ergehen soll W. X. J.

Aliud in eadem causa.

D. N. Iterum: repetit suam votum: Sed quoad fructus, vult à tempore litis contestationis vt restituantur, cum Expensarum compensatione. Et vult addere clausulam: Jhr Notariusst der Exsion halben / ob sie wollen außzuführen vorbehalten.

Ego: Intentionem Reorum sufficienter probatam per depositiones testium, confessionem & declarationem Reorum, per literam & contextum Transactionis: pro cuius confirmatione repetit argumenta & rationes ante per me deductas, sumptas ab absurdo, superfluitate contextus verborum Transactionis: & tandem repugnantia iuris & naturalis æquiritatis. Inde, & ex actis iam magis instructus puto sine admissione grauaminum, ratione læsionis: simpliciter pronuntiandum, male iudicatum, absoluendo Reos: bene appellatum, cum compensatione expensarum.

Aliud in eadem causa.

D. N. Putat clausulam, ꝑ Sonsten aber /c. secundum interpretationem, quæ iam deducta est, intelligendā esse: Item, quod initio transactionis sit relatio ad Abschied / Anno 55. Item, ꝑ verba illa Transactionis consideranda, damit den Vertragten gelebt: quibus Rei se ad priores contractus retulerunt. Item ꝑ verba: daß die grosse Menig vnd Gemeinden in vnd außserhalb der Statt Marckung sich nicht hant zu beklagen. Nam hisce verbis Rei non solum suæ ciuitatis incolas, sed vniuersam communitatem: in qua ciuibus & incolis ministeria administrantur, includuntur, comprehendisse censentur. Item & hoc clarè ex sequē. ibus dispositiuis verbis conuincitur, dum ex parte Reorum hoc modo disponitur, scilicet, daß wir Burgermeister vnd Rath / S. Jacobs Kirch in der Statt vnd auch zu Detwangien mit allen Kirchein in solchem pfarlichen Zirkel gelegen /c. Hic enim coniunguntur Rotenburg vnd Detwangien: Ergo separari non debent: Sed inducunt Reos in ipsa Transactione, Ecclesiam in Rotenburg & Detwang / pro vno parochiali circulo habuisse, & adhuc habere. Item, clausulam, ꝑ Sonsten aber /c. disponere generaliter. Sed certum Rotenburg & Detwang, ante Transactionē, vltra longissimū tempus, vigore iurisdictionis, ac intuitu iuris municipalis, & iuris Parochialis, vnam marcham, seu marcham, vnumque circulum parochialem fuisse. Item hæc clausula, ꝑ licet generalis sit, tamen priori vniuersali clausulæ nihil derogare videtur: nam nō loquitur de decimis vicinis in Detwang / sed ruralibus, dahin gehörig / vom Land /c. Atque ita ista clausula verificari potest, videlicet per Neutachsen / Bernbach / Durnbach / Himmendorff / Eugenbrunn /c. Et hanc mentem transigentium faulle colligitur, quod Rei nostri statim eodem anno conquesti sunt: Tamen decimas perceperint in Rotenburg & Detwangien: Et e contra Actor decimas in d. pagis, sibi retinuerit, maxime eo attento, quod etiam Reis torcular concesserit. Vnde concludit, pro Reis & appellantis esse pronuntiandum, male iudicatum, bene appellatum: Compensatis expensis.

D. X. Repetit suum votum post remum, absoluendo Reos.

D. C. Non cedit à priore voto: quia distinctas esse marchas: repetit sententiam L. & X.

D. X.

D. X. Se ante sensisse, si verba controuersa possent aliquo modo verificari, se pro Reis conclusurum. Sed tunc non apparuisse de eo ex actis nobis traditis. Nunc vero constat, concludit pro Reis. Ideo ex mente Transactionis, iam per confessionem Actoris detecta, omnino existimat, controuersas decimas ad Rotenburgenses pertinere: Et sic ab impetitione Actoris absoluendos, & malè iudicatum, bene appellatum: Compensatis expensis.

D.P. Repetit suum votum pro Reis, &c.

Sententia in communi forma concepta, malè iudicatum, bene appellatum, vnd dass die Appellationen den angestellten Klagen zu absolviren: Compensatis expensis.

V O T U M X P.

In causa C. Contra C.

S U M M A R I A.

- 1 Iudicium familia herciscunda, cur hic institutum censetur.
- 2 Actio, quando ex testamento, vel ab intestato quis heres existit, etiam heredis heredi competit. Nisi iam ante pro suo herede precium sit consecutus. num. 3.
- 3 Transactionis titulus, quando Actor non ex sua persona, neque iure suo sed nomine vxoris defunctæ, filiarum causa agit, & iste filia obiectam transactionem, quia mater in illam non consentit, nullitatis iure impugnant, per se nullus recensendus, aut saltem titulo pro possessorio comparandus.
- 4 Actio familie herciscundæ etiam locum habet, quando vtrique se coheredes fatentur.
- 5 Actio quando est in confesso, contractusque concordat nec agencium qualitates vsquam disputantur, vel negantur, probata dicitur.
- 6 Partes hinc inde aliquo dato & accepto concordatæ sunt.
- 7 Renunciatio hic posita vnde magis corroboretur. & num. 9.
- 8 Alienatio bonorum dotalium marito est inhibita.
- 9 Qui non acquirit, non videtur alienare.
- 10 Hereditatem quis adisse videtur, accipiendo pecunie summam.
- 11 Maritus, iure Saxonico, bonorum vxoris plenam administrationem habet.
- 12 Vxoris bona triplicis sunt generis.
- 13 Bona dotalia, stante matrimonio, mariti esse dicuntur.
- 14 Maritus in bonis paraphernalibus procurator censendus.
- 15 In bonis, stante matrimonio, vxori obuientibus, nec marito traditis, sine expresso mandato vxoris, vel tacito, maritus vxoris procurator non dicitur.
- 16 Maritus in quibus vxoris absque mandato procurator esse nequit, illa bona extra dubium, etiam alienare non potest. Et hoc obtinet, etiam si, vxore presente & tacente, obligauerit. n. 19.
- 20 Diuisio & Transactio sunt species alienationis.
- 21 Vxoris mandatum, seu consensus, cum sit extrinseca solennitas, non presumitur, nisi allegetur vel probetur.
- 22 Rati habitio non solum verbis, sed etiam ipso actu declaratur.
- 23 Declarat quis mentem suam verbis, siue rebus ipsis nihil interest.
- 24 Maritus quod agit, vxor id præscire presumitur.
- 25 Ex fructuum perceptione probatur possessionis ratificatio, similiterque per census receptionem.
- 26 Frater si à fratre venditore partem precii petat, venditionem factam ratam habere dicitur.
- 27 Ratificatio magis contra priuatum presumitur, quàm contra Vniuersitatem.
- 28 Ex actu qui absque ratificatione contractus expediri non potest, inducitur ratificatio contractus.
- 29 Precii ratio ad tempus contractus fieri debet.
- 30 Patris diuisio, institutionis vim habet.
- 31 Contra factum proprium nemo audiri debet.
- 32 Actio de euictione quem tenet, eundem quoque agentem repellit exceptio.
- 33 Maritus non ex sua persona sed pro vxore & filiabus litteram instituens, alia persona in eo casu reputatur, & ad agendum non admittitur.
- 34 Contra actum, quis generaliter, à se gestum, venare censetur, si actus non valet.
- 35 Domus per reparationem nouam formam accipiens, alia etiam censeferi debet domus.
- 36 Maritus genus bonorum, quæ seruando seruari non possunt, etiam sine consensu vxoris alienare potest.
- 37 Ius statim si quis haberet, quoties circa rem alienam sibi ab initio præiudicasset, sibi, si ius postea illi superueniat, præiudicat.
- 38 Transactionem qui rescindere vult, tenetur ad rectorum restitutionem.
- 39 Intendens rescindere Transactionem, quare impediatur agere.

D. L. Referens. Formalia Appellationis iusta, nullitates nullæ: procuratoria sufficiunt: Summam esse conformem ordinationi: Idque demonstrat per collectionem partium hereditariarum.

Actio que?

Articulis libelli primæ instantiæ petitione considerata, putat familiæ herciscundæ iudicium institutum: quia de successione iure controuersum est. Ideo hanc actionem institutam esse existimat, quia etiã pars ea peti potest. l. si quis seruum. §. pen. cum. l. seq. de leg. 2.

Competere autem actionem, et partim iure Actoris, ut quia ex testamento, vel ab intestato heres existit, vnde etiam heredi heredis competit, leg. 2. 3. de petit. hered. partim vero ex facto Rei conuenti. leg. regulariter, cum l. seq. dict. tit. vel aliàs suo dolo & culpa possidere desuit leg. nec vllam. §. is autem. leg. sed etsi lege. §. proinde. de petit. hered. Prædicta autem et ex parte Actoris procedunt, nisi iam ante pro suo herede precium

fit consecutus, dict. leg. sed et si. §. si minori. ibi Bartol. dict. tit.

Ideo illa Exceptio per Reum nostrum obiecta, quod scilicet Actor semel super hereditate eadem transigerit, certamque pecuniam summam acceperit, ut ex actis probatur, omnino ob stare videtur, quo minus hæc Actio ei competat. Sed tamen quia Actor non ex sua persona, sed neque iure suo, sed nomine uxoris, eaque defuncta filiarum causa agit, & istæ filia obiecta Transactionem, quia mater in illam non consentit, nullitatis iure impugnant: aut obiecta ultra dimidium iusti precii deceptione, aduersus eam in integrum restitutionem petunt, quod ea ratione ille Transactionis titulus, per se nullus censeatur, aut saltem titulo pro possessorio comparandus. *l. nec vllam. §. omnibus. ff. d. tit.* Ergo & hoc argumentum in instituta actione non obstat. Possit etiam locus habere familiarum hereditate: quia utriusque se fatentur cohæredes. *l. i. §. proinde. si pars hered.* Verum quia Actoribus per vniuersalem actionem magis est proprium: Ideo hanc ipsis tribuendam censet.

An probata?

Quoad personas Actorum, non dubitatur, scilicet ratione uxoris & filiarum Actoris: quia in confesso, & concordat contractus, nec earum qualitates vsquam disputantur vel negantur, *Henning. consil. 105. n. 1.* Quoad bona: Quod d. pater uxoris habuerit bona ibi, & dum vixit, possederit, constet ex responsione ad 2. articulum, & ex d. contractu, & ex apocha. Productum item statutum probatum esse deducit Referens, & Concludit, Actionem probatam.

An Elisa?

Reus opponit Transactionis instrumentum, & Apocham d. C. quibus probat dictum C. super hereditate transigisse, & omnibus actionibus renunciasse. Itaque partes hinc inde aliquo dato & accepto concordatæ sunt, *l. i. ff. de Transactionibus. C. eod.* Et nulla bona materna esse in libello designata, & denominata censentur patris fuisse. Hinc d. renunciatio magis effectum habere censetur: quod tempore Transactionis non Actorum pater, sed Franciscus & N. possessores fuerint. *l. si pro fundo. vbi Bald. las. & Dd. C. de Transact.* Ideoque eo magis, quod dicta bona non fuerint dotalia, quorum alienatio marito est inhibita. *l. unica. §. penult. C. de rei vxor. act. tot. tit. de fund. dotal. Wesenbec. consil. 11. n. 20. 21.* Sed Annæ bona fuerunt postmodum delata: & qui non acquirit, non videtur alienare: *l. 3. C. quæ in fraud. cred. l. in patrem, l. qui autem. §. i. ff. d. tit.* *Wesenbec. dict. consil. 11.* Et si quidem alienatio dicenda sit facta, ut quia d. C. pecuniam summam accipiendo, hereditatem adisse videtur, *l. pro hærede. §. vlt. & penult. ibi Bartol. num. 1. de acquir. hered. Wesenb. dict. consil.* Atque ita bona uxoris alienasse censeatur: Tamen quia hoc factum est in non acquirendo: nec res dotales fuerunt: Ergo d. alienatio licita fuisse apparet: Et hoc eo magis, quia pater per vltimum suum eloquium disponit, quod d. domus fuerit

etlich Marck vorgesetz / & suo filio Francisco eam legat. Quod eam ob causam d. Actor in Transactionem consensit, & ideo ea firmiter tenenda & obseruanda videtur: maxime, quia etiam iure Saxonico, si maritus bonorum uxoris plenam administrationem habet, ut Reus deducit. Econtrario Actrices Replicant, prædictam Transactionis exceptionem, duobus potissimum votis impugnando: Primum est, quod Anna mater, d. Transactioni non interfuit, nec consentit, & sic Transaction nulla. Alterum: quod Actrices ultra dimidium iusti precii sunt deceptæ. Ergo in integrum restituendæ. Ratio primi: præmittit, uxoris bona triplicis generis esse: quædam dotalia, quæ stante matrimonio mariti esse dicuntur. *l. doce ancillam. C. de rei vendic.* Secundo, sunt bona paraphernalia, in quibus maritus procurator censetur, etiam si de rato non cauit. Tertio sunt bona, quæ stante matrimonio uxori obueniunt, & marito non tradita sunt, Et in his bonis, si sine expresso mandato uxoris vel tacito, Maritus uxoris procurator non dicitur. *l. marit. ibi Bart. Bald. Cast. n. 2. C. de procurat.* Et in hac vltima specie Actorum intentio versatur, quod scilicet dict. C. Pater, super hereditariis bonis, ad partem deuolutis, citra speciale mandatum, vel consensum matris, transigerit, quod de iure non permittitur: Ideoque Transaction nulla. Et sanè si maritus in his bonis, si absque mandato Procurator esse nequit, extra dubium est, quin talia etiam bona obligare non potuerit. *l. si sine voluntate. ibi glos. & Bald. ad SC. Velleian.* Quod adeo verum est, quod etiam si maritus uxoris bona, tanquam uxoris, ea præsentem & tacente obligauit, tamen uxori non præiudicat, nisi talia bona, tanquam sua propria obligaret, vxore dolose tacente. *Bald. in d. l. si sine. in princip. multo minus poterit maritus bona uxoris, sine eius consensu alienare, diuidere, aut desuper transigere.* Quandoquidem diuisio & Transactionis sunt species alienationis: *Bald. in l. 1. n. 1. & 4. C. si aduers. trans. l. i. ibi glo. & Bartol. C. commun. vtriusque iud.* Et hinc ius Saxonicum ex aduerso allegatum, non aduersatur. Quamuis enim maritus omnia mulieris bona, etiam extra dotem obuenientia, isto iure in suam administrationem recipiat: tamen hoc secundum ius commune est intelligendum. *Wesenbec. consil. 26. n. 34. 35. part. 1.* Quod scilicet maritus bona eius alienare non possit, nisi in casibus ibidem exceptuatis. *Idem consil. 26. n. 25.*

Nec satis est, quod Reus noster allegat, uxorem in contractu præsentem fuisse, & consensisse: quia uxoris nomen in contractu inter personas, quæ interfuerunt, non connumeratur: nec eius consensus ex tenore contractus elici potest. Imò cum mandatum seu consensus uxoris, si sit extrinsecus solennitatis, etiam non præsumitur, nisi allegetur vel probetur. *l. sciendum. ibi Bartol. Alexand. las. n. 11. de verb. obligat. Bald. in dict. l. si ne num. 4. Codic. ad SC. Velleian.* Maxime cum actores statutum ciuitatis pro se habeant, & istam solennitatis defectum apud acta allegarint. Ideo Reus uxoris præsen-

præsentiam eiusque consensum legitime probare debuit, iuxta notata *las. in d. l. sciendum. num. 15.* quod non est factum. Ex quibus inferitur, d. Transactionem ipso iure nullam censeri. Hæc multum mouent: Nisi doceatur, vxorem istum contractum tacite ratificasse. Certum enim est, et ratihabitionem non solum verbis, sed etiam ipso actu declarari: *l. Paulus respondit. rem ratam haberi.*

22 Et nihil interest, et an quis verbis, an rebus ipsis, mentem suam declaret. *l. de quibus. de 11.* Et dubium non est, quin vxor talem mariti Transactionem, factamque bonorum diuisionem non nesciret: Quod enim et maritus agit, id vxor præscire præsumitur, *l. aut qui aliter. §. sed Seruius. ibi gl. quod vi aut clam. quam sequitur Guliel. de Ludo. in sing. 119.* Ex hac scientia vxoris etiam taciturnitas ac patientia longi temporis inter præsentem procedit: Ideoque consensum & ratificationem inducit, vt *Benedict. de Capra. in commun. opin. verb. Taciturnitas:* dicens, hanc opinionem esse communem. Et pro hac ratihabitione vxoris, possent forte plures circumstantiæ. Primo: quod præter maritum, alij duo, scilicet Iohann. L. & N. Lubrecht. nomine vxoris interfuerint, vt in contractu dicitur: atque ita amicis interuenientibus, Transactio facta: Accopia contractus vnicuique partium tradita, vt in fine habetur. Secundo: quod promissa pecuniarum summa, diuersis præstitutis diebus fuit soluta, ac recepta: quæ confirmationem contractus inducit. Tercio quod bona mobilia ibi specificantur, quæ ad ædes mariti fuerunt delata: Quod sine scientia vxoris & voluntate fieri non potuit. Quin potius vxorem d. pecuniam ad se recepisse præsumitur. Quarto, quod tertia pars horti, etiam per d. maritum recipi ac possideri non potuit, citra consensum ac voluntatem vxoris, præsertim cum mulieres suum officium in horto, eundem colendo, facere soleant: quod etiam huius intuitu, ob longi temporis habitam possessionem, vxoris scientia & ratihabitione inferatur. Quinto, quod etiam post celebratum contractum, integer annus, & tres menses, vel circiter, elapsi fuerint, priusquam d. maritus suam apocham seu quietantiam per Iohann. L. Notarium, subscriptam tradiderit, qua omnibus actionibus, pro se, sua vxore & hæredibus renunciarit, quod satis tempestiue vxor contra d. Transactionem protestari, vel saltem coram eodem Notario, contractum impugnare potuisset. Postremo: quod etiam à tempore contractus, ad diem inchoatæ litis, octodecim anni, inter præsentem, priusquam actio instituta est, effluerint, vt patet ex actis: quo tempore elapso, etiam sollemnitas exrrinseca præsumitur præcessisse & interuenisse: *Alexand. d. l. sciendum. num. 18. las. ibi nu. 16. 17. 18.* Quod prædictis rationibus attentis, d. maritus, & eius vxor, pecuniam, & bona mobilia recipiendo, partem aduersam per Apocham liberando: horti partem ultra longum tempus inter præsentem possidendo, vtendo, &c. ipso facto

Transactionis contractum ratificasse censentur. Quandoquidem et ex perceptione fructuum probatur possessionis ratificatio: sicut etiam per census receptionem, vt *Dec. in l. semper qui de reg. iur. n. 8. Alex. conf. 92. n. 13. libro sexto.* Hinc si frater à fratre et venditore partem precij petat, venditione factam ratam habere dicitur, *Grauer. conf. 159. num. 6.* vbi plures casus adducit. Quippe si vniuersitas inter suum Syndicum, & aliam communitatem laudet, quando saltem eius Laudi copiam habuit, ex longa taciturnitate Laudum ratificare videtur: Eo magis et contra priuatum ratihabitione præsumitur. *Grauer. conf. 40. n. 3.* Nam quandoque aliquis facit, quod absque et ratificatione actus facere non potest, tunc talem actum faciendo, contractum ratum habere dicitur *Bartol. l. Procurator. n. 1. rem. rat. hab. per textum l. pro hærede. §. Papin. de acquir. hæred.* Idcirco d. vxorem in eiusmodi Transactionis contractu, tacite consensisse, eundemque ratificasse, ex adductis rationibus videtur.

Alterum allegatæ deceptionis fundamentum si consideratur: Actores in eo errare videntur: quod æstimationem d. domus non ad tempus Transactionis, sed venditionis reducant: quod fieri non potest: quandoquidem in probanda læsione ratio et precij ad tempus contractus fieri debet *l. si voluntate. de rescind. vend. l. 3. §. diuis fratres. de iure fisci.* Nunc autem tempore Transactionis d. domus iuxta patris voluntatem æstimata fuit *ausf. 140. Guldén/* de quo Actor tertiam partem recepit: Ideo de læsione tunc temporis facta non satis constat. Ac tamen si statutum ciuitatis Embecensis, domum liberis primi matrimonij attribuat: Tamen cum defunctus H. contra dictum statutum disposuerit, domum suam filio suo Francisco, ex secundo thoro nato, relinquentem esse: & sic illa patris et diuisio institutionis vim habet, *glossa & Dd. in l. quoties. famil. herciscund.* Quam dispositionem partes hinc inde in ipsa diuisione approbarunt: quod res iam amplius integra non sit, & partes à tali dispositione recedere nequeant. Et licet Actores hanc dispositionem apud acta negent: Tamen ex verbis Transactionis probatur. Præterea quanquam liberi prioris thori domum retinere possint: tamen æstimatione facta, certam precij summam liberis posterioris matrimonij soluere tenentur. *Damit dieselben davon abgelegt werden.* Et sic domum in solidum, & æstimatam non retinent, prout in causa filia cum Francisco L. iudicatum fuisse, tertius & quartus testes secundæ instantiæ ad secundum articulum testantur: quod hac ratione deceptio facta non deprehendatur. Si vero inspicitur, An nouerca etiam tertiam bonorum partem receperit, quæ ei forte, vigore allegati statuti, non debeatur: nihilominus, quia in prima instantia testis 1. & 3. ad tertium speciale interrogatorium affirmant, das Actoris Hausfrau das Haus hab helfen bauen. Et tertius testis bina vice hoc factum dicit, quia viderit. Ideo forte isti

compensationem filialis quotæ ei fuit attributa: maxime cum Reus vbique in actis alleget, talem partem relictae viduæ debitam fuisse: quæ allegata per Actores non impugnantur: Et sic nullam deceptionem videt.

Concludit, Actionem elisam: Licet stricto iure forte, si vxor Rei adhuc in viuis existeret, Transactio recens, & res adhuc integra esset, nec tantum tēporis spacium effluxum esset, aliter sentiret: iuxta l. 3. C. *com. diuid.* Pronunciandū, bene iudicatum, male appellatū. Expensas vult compensare: quia causā dubia, & Actores pauperes.

Saluo.

Aliud in eadem causa.

D. Correferens formalia, & reliqua, vt Referens. Procuratoria quod concernit, vna tantum ex filiabus Actoris D. K. constituit. Cæterum Actorem nostrum excludi ab agendo, videri potest, eo ipso, quod cum Rei vxore super bonis, quorum diuisionem iam petit, transigit: contra proprium autem factum nemo audiri debet, l. *cum profitearis. C. de reuocand. donat.* Et quem de euictione tenet Actio, eundem agentem repellit exceptio l. *vindicantem. de euict. l. exceptione.*
 32 C. *ead.* Verum cōsiderandum est, Actorem tenet ex sua persona, sed pro vxore & filiabus hanc litē instituisse, eoque casu reputatur alia persona, & ad agendum non admittitur: *Alexand. cons. 109. nu. 4. vol. 4.* Imo cum domus, quæ potior pars hereditatis est, ex statuto ad vxorem Actoris, conditione receptitorum bonorū pertinuerit, nulliter eam, tanquā rem prorsus alienam per Transactionem, in rei vxorem transtulit. Et generaliter tenet contra actum quis a se gestum venire censetur, si non valet actus. l. *iubemus. sane. C. de SS. Eccl. Alex. cons. 323. vol. 1.* Quin igitur ex alteri^o persona quis possit, magis nō est dubiū l. *Tutorē. de quib. vt indign. hered. Pinell. ad. l. 1. n. 73. de bonis maternis:* ibi ponit Exempla. Actum familiæ heriscūdæ: Probatum: vt Referens. Exceptionibus eam esse elisam. Primo attendendū esse prioris matrimonij liberis ex statuto eam domum deberi, quam pater cum eorum matre inhabitauit. Atq; primus & tertius testis ad interrogatorium tertij articuli deponunt, eam domum, quam H. cū priore coniuge inhabitauit, tempore secundi matrimonij incendio bis consumptam, & reparatam. Prior itaque domus esse desit: & quæ per
 34 reparationem tenet nouam formam accepit, alia etiam censi debet domus, l. *mulieres, §. abesse, cum §. seq. de verb. signif. l. prator ait, §. loquitur, vi bonor. rapt.* Quin ex hoc contra Actorem, secundum ipsius intentionem, & statuti Embeccensis interpretationem verius concludi poterit, domum non ad suam vxorem, sed filium secundi matrimonij pertinere: cum H. vtriusque pater, non cum illius, sed huius matre, eam & extruxerit, & inhabitavit. Quo posito, de reliquis bonis parum laborabimus. Hortum enim fatetur Actor, pro tertia parte adhuc à se possideri; & ex apocha verisimile fit, hereditatem in tres partes diuidi

debuisse. Bona mobilia vilia fuerunt, & eiusmodi, quæ seruando seruari non potuerunt: quod genus bonorum tenet maritus, etiam sine consensu vxoris, alienare potest, late *Thoming. decis. 31. nu. 5.* Præterea ex eo, quod vna ex filiabus Actoris, Catharina videlicet, hic in Camera litem prosecuta non est, suspicio est, eam obijisse: quo casu iure Saxonico, hereditatem totam, iure ciuili dimidiam, in patrem, Actorem, transtulit, eaque res forte illum commouit, quod D. R. H. suo nomine hic constituit. Proinde etiam si demus, ex persona vxoris transactionem primo fuisse inualidam, tamen pro hac parte, qua filix successit, robur ex post facto accepit. Quoties enim quis circa rem alienam sibi præiudicasset, tenet ab initio, si statim ius haberet, si ius postea illi superueniat, sibi præiudicat, late *Graueti. in q. de indemnitatibus mulierum, num. 12. in tract. de antiq. temp.*

Exceptio læsionis enormis, nullius est momenti, vt dominus Referens. Concludit, bene iudicatum, male appellatum, compensando expensas. Quia forte ex stricto iure causam defendi posse, ex parte Actoris. Et licet ipse male egerit, tamen filiabus id nocere non debet, qui solvere tenerentur.

D. Q. cum dominis Referentibus, etiā quoad expensas. Sic & reliqui domini N. N. N. N. D. Sallegat. l. *si diuersa. Codic. de transactione* vbi qui vult rescindere tenet transactionē, tenetur ad restitutionem receptorum: ibi hoc notat *Castrens. & Salycet. Bald. etiam in c. 1. §. nota. de his qui feud. dar. poss.* Vnde cum teneatur ad restitutionem, tenet opponente conueniente, impeditur agere. *Id. in l. iuris gentium, de pact. & l. filia licet, Cod. de collat. leg. Iulianus, §. offerri, de act. empt.* Concludit cum dominis, & cū expensis.

Sententia in communi forma concepta & publicata fuit.

V O T V M XVI.

In causa L. contral. & M.

S Y M M A R I A.

- 1 Procurator pro Actore, propter sublatam talionis pœnam, in criminalibus hodie admittitur. Pro Reo vero, neque per alium, etiam si coniuncta persona sit, admittitur ibi & num. 2.
- 3 Procurator pro accusato, in causis fracta pacis, in Camera recte comparet.
- 4 Actio criminalis morte accusati euanescit, neq; ad heredes transit.
- 5 Inclusio vnus, alium excludit, & exceptio dispositionem, in non exceptis fundat.
- 6 Iurisdictioni Camera ex constitutione pacis publica, nullo fori priuilegio refragante, regulariter subiunguntur omnes.
- 7 Ex constitutione pacis publica tam potentes, quam priuati conueniri possunt.
- 8 Constitutio pacis publica est generalis.
- 9 Leges semper vna eademque voce, etiam delectu personarum remoto, aduersus vnumquemque vim suam obtinere solent.
- 10 Filio patris necem iure vindicare, accusationemque suscipere licet. Et quare num. 11.

- 12 *Personis coniunctis, suam suorumque iniuriam prosequi merito permittitur.*
- 13 *Iura antiqua pacis publicae violatoribus gravissimas poenas comminata sunt: Imperij vero constitutio quam poenam ipsis comminetur. num. 14.*
- 15 *Ad actionem de pace publica, &c. probandam, tria simul concurrere debent, & quae illa sint.*
- 16 *Vim publicam & atrocem in hoc nostro casu interuuisse ex quibus appareat. num. 17. 18. 19. & 20.*
- 21 *Coniunctiones atque congregationes hominum, malam causam, in dubio habere praesumuntur.*
- 22 *In notorijs Reorumque confessione perspicuis, nulla iudicis alia partes esse videntur, quam in condemnando.*
- 23 *Vindictam sibi sumere, iusque sibi dicere, nemini permittitur. Quod tamen propter indignitatem, in quibusdam casibus limitatur. num. 24.*
- 25 *Vindictam sibi sumere, sibi que ius dicere, cur nemini liceat.*
- 26 *Quilibet id, quod in suo fundo extructum est, iudice irrequisito, sed propria auctoritate rescindere atque demoliri potest.*
- 27 *Tabulas in mea ianua affixas, mea sponte possum refingere. Item, signa rei meae impressa, propria auctoritate, inconsulto iudice, possum detrahere. n. 28.*
- 29 *Tutela rerum & Corporis, etiam adhibitis armis licite suscipi potest.*
- 30 *Ratio in vitroque vbi eadem, ibi idem etiam ius merito obtinebit.*
- 31 *Res, alter & secundus hominis sanguis existimatur.*
- 32 *Quaestio quadam à Castrensi soluta, eiusque responsio qua.*
- 33 *Ius atque causa prohibentis semper potior habenda.*
- 34 *In re communi ab ipso etiam Socio non minus, quam quod in nostro adificatur, propria auctoritate demoliri potest. Contrarium. ibid. num. 35.*
- 36 *Furor fit laesa sapius patientia.*
- 37 *Ad defensionem rerum, è vestigio, confestim, in continenti, ipsoque congressu & illico decurri necessarium est: & qua de re. num. 38.*
- 39 *In continenti quando quid fieri dicatur.*
- 40 *Amicos, auxiliaremque cohortem quoad aduersario sinus pares, adsciscere integrum est.*
- 41 *Possessionem ciuilem animo nihilominus retinemus, dum vires suppetiasque colligimus, & defensionem atque recuperationem adornamus.*
- 42 *Pro possessione sua illibata conseruanda, & iniuria ac vi aduersarij propulsanda, coadunatis hominibus, cuique liberum atque permixtum est: nec vllam poenam promeretur.*
- 43 *Voluntas & propositum distinguunt maleficia.*
- 44 *Dolus nunquam praesumitur, nisi euidenter probetur; adeo etiam vt in defectum probationis, ad iuramenti delationem non soleat recurri.*
- 45 *Consuetudo id, quod alias non permittitur, licitum facit.*
- 46 *Iuxta consuetudinem qua geruntur, doli suspicioni non subiacent; atque à temerarij poena quem eximunt.*
- 47 *Consuetudo etiam iniqua nihilominus legis instar obtinet, eamque iudices sequi debent.*

- 48 *Pœna non aliter, quam vmbra, suos sequi solet auctores.*
- 49 *Lex Cornelia, vt quis homicidij reus agatur, dolum eius, qui commisit, subesse vult; adeo vt lata culpa hic dolo minime equiparetur. num. 50.*
- 51 *Qualitas quoties ad actum requiritur, actus absque eadem qualitate non satis probatur.*
- 52 *Ad violentiam qui prouocat, is auctor cadis habendus, inque eum faba excudenda.*
- 53 *In minoribus non solum miseratio ætatis ad medicrem poenam iudicem inducit, sed & tota poena, ope saltem restitutionis sunt liberandi.*

DE. Referens: Procuratoria & reliqua iurta. Quamuis in criminalibus, vbi de capite disceptatur, procurator pro Reo (nam pro Actore, † propter sublatam talionis poenam hodie admittitur. Iul. Clarus §. fin. q. 32. vers. pone quod) nequeat interuenire, l. pen. §. cum crimen. Bart. ibi. de pub. iud. An per alium causa appellationis reddi possit, Affl. decis. 64. num. 2. Jacob. Nouel. l. vt vim, in princip. num. 3. Myns. c. 76. in princ. cent. 3. & cons. 7. num. 15. Nec quidem, † etiam si coniuncta sit persona, l. cum rem. ibi gl. 1. & l. as. num. 3. C. de procur. In causis fractæ pacis, † quæ inter criminales referuntur, Myns. cons. 20. num. 6. Gail. lib. 1. de pace pub. c. 9. num. 1. & c. 15. num. 3. Per procuratorem accusatus, in Camera recte comparet, Myns. d. c. 76. Gail. c. 10. num. 8. lib. 1.

Citatio autem contra B. von E. realiter, vnd Henrichen von E. fratres, Johann H. Johann auff der H. vnd B. tantum, qui ex tragœdia istius chœragis in viujs adhuc agerent, initio hic impetrata quæ tamen d. B. non fuit insinuata, nec aduersus eundem vltterius processum inuenitur. Reliqui procuratores constituerunt, quorum tamen mandata non esse putem, quod superstitiose reuocemus: tum quia secundum eos pronunciare decreui: vnde iuxta visitationis Anni 78. decretum, molestia hac leuemur, tum quia aliquorum respectu quandoquidem pendete lite vitam cum morte commutarint, accusationi in recessu 29. Martij Anno 1577. habito, Actor diserte renunciauit (quanquam alioqui, quoties ad poenam fractæ pacis, bannum videlicet, actio intentatur, vt hic factum, acta demonstrant, & Actor in allegato iam recessu ipse exponit, vt mox latius explicabitur) morte accusati eam † euanescere, nec ad heredes transire, sit constitutum. l. ex iudicato, de accusat. §. non autem omnes, Infit de perpet. & temp. action. Myns. c. 78. cent. 1. c. 35. in princ. cent. 4. & c. 78. cent. 5. Gail. lib. 1. de pace pub. c. fin. num. 1. cum seq. & nu. 14. Atque cum licet ex pluribus eodem libello accusatis, nonnulli rebus humanis subtrahantur: instantia, quoad superstites, nihilominus inconcussa permaneat, not. Gail. d. loco. num. 28. Eandem aduersus Johann. Hugenb. & Walther von E. qui in viujs adhuc versabatur, recte Actor in d. recessu 29. Martij, incolumem hic sibi referuauit. Quo etiam accusationem alijs correis & citatis remisisse videatur, cum inclusionem v-

- 5 nius, ꝛ alium excludere, item, exceptionem, dispositionem, in non exceptis fundare *Alex. & Iaf. in l. fin. quod quisque iur. vulgo notum: prædictorum vero Hug & von E. in D. Christoff Reiffst. sub num. 44.* Actoris item, Henrici Knip, in D. Gedelmannum, hodiernum suum procuratorem, n. 41. vtrunque solitis absolutum clausulis, exhibetur. Quoad procuratoria ergo, quod scrupulum queat mouere, superesse non existimo.
- 6 Nullitates nullæ obuiæ. Iurisdictio ꝛ Cameræ ex celebri pariter ac salutari constitutione pacis publicæ, qua cuiusque tandem ordinis locique homines, tranquillitatem, quietemque communem perturbantes, augustissimo huic prætorio, nullo fori priuilegio refragante, regulariter recta subijci, salubriter est sancitum, fundatur: *Ordinat. Cameræ part. 2. tit. 9. §. Sotemand/ §. Obwol. Myns. c. 38. cent. 1. Gail. lib. 1. præct. obseru. c. 3. num. 1. & lib. 1. de pace publ. c. 11. n. 1.* Et si autem ex præsumpta
- 7 imperij ordinū mente, constitutio hæc ꝛ potius ad potentiorum, qui publicam quietē facile turbant, refrenandam audaciam, quam priuatorum, qui in peruersa voluntate, facultate destituantur, respectu sit edita, priuatos tamē & minorum gentium homines, illa quoque comprehendit, eosque in constitutionem committentes, ex eadem recte placuit conueniri. Præterquam enim,
- 8 quod ꝛ constitutio ipsa in genere sit scripta: id eoque in arctam interpretationem non redigenda. *l. de prætorio, de publician. in rem action. in gl.*
- 9 Leges enim omnibus semper ꝛ (vt cum Cicerone loquar) vna atque eadem voce loquuntur: & delectu personarum remoto, aduersus vnumquemque, vim suam solent obtinere, *l. 3. §. Diuus Adrian. vers. quod tamen, de sepulchr. vob. Gail. lib. 1. de pace publ. c. 1. & c. 7.* Quin autē Henrico Knipp.
- 10 Actori nostro, patris Gerhardi ꝛ necem iure vindicare, & hanc suscipere accusationem licuerit, nulla est dubitatio, *§. non autem, vers. sed heredibus §. non autem, Instit. de perpet. & temp. act.* Est ꝛ enim accusatio ista publica ac popularis, *§. 1. Instit. de publ. iudic. & coniunctis præsertim personis, ꝛ suam suorumque iniuriā prosequentibus, merito permissi, l. 1. §. fin. cum l. seq. ibi Dd. notant, de iniur. & §. patitur, Instit. eod.* Quinto Nouembris Anno 50. partes litæ vtrinque contestantur, & 29. Martij, Anno 77. ex Actoris, & 22. Maii sequentis, ex Reorum parte concluditur in causa. Porro vt ad Actionē ordine descendamus, Actorem ex fractæ pacis publicæ constitutione, ordinationi Cameræ *part. 2. tit. 9.* inserta accusationem instituisse, ex citatione, quam petitionis summariæ loco *sub n. 3.* repetit: item articulis probatorijs, *sub n. 9.* nominatim 6. 7. & 8. articulis, & petitione vtrouque annexa, elucescit.
- 13 Iura autem ꝛ antiqua grauissimas pacis publicæ violatoribus pœnas comminantur, *titul. D. & C. ad legem Iuliam, de vi publica.* Imperij constitutio duplicem, ꝛ pecuniariam videlicet, 2000. marcas auri puri, priuilegiorumque amissionem: item, corporalem, quæ bannū est, infligit. Quam sunque vero Actor velit, vel coniunctim, aut et-

iam diuisim, prosequi, ex libero eiusdem arbitrio pendet, eiq; soluta est eligendi optio, *d. tit. 9. §. ut ir swollen. part. 2. Myns. c. 29. cent. 2. c. 34. cent. 4. & c. 78. cent. 5. Gail. d. c. fin. lib. 1. num. 16.* Actorem nostrum ad bannum suam dirigere accusationem, ex præallegatis, citatione, articulis probatorijs, petitionibusque vtrique subiectis, secundum fori iustius vsū acceptis, & recessu 29. Martij Anno 77. Actoris nomine in iudicio recitato, quo, ad mortuos quod attinet, à lite eā de causa eum decedere, declaratur, manifestum redditur.

An Actio probata?

Quod quidē, nisi tria simul cōcurrant. Primo, vis ꝛ atrox & publica, maiorisque rei impetus, *l. 2. de eo quod met. caus. l. 1. §. 1. de vi & vi arm.* Secundo vis armata, quæ coactis hominibus infertur, q̄ illis constitutionis verbis, *mit gewehrter Hand* &c. significatur, *fac. text. l. 2. in princip. & §. hominibus, vi bonorum raptor. l. 3. l. quo cætu, l. qui dolo, §. hac lege, all. l. l. de vi public.* Tertio, dolus malus, dolus verus, atq; expressus, propositum, & deliberatus ad offendendū animus. Quæ illa constitutionis verba *Sürsächlich/ gefährlich, freuentlich* &c. innuunt, *facit text. in dicta l. 2. §. dolo malo, vi bonorum rapt. Gail. lib. 1. præct. obs. 3. n. 2. c. 7. n. 1. lib. 1. Myns. cap. 98. centur. 3. cap. 80. centur. 4.* non obtinebitur. Quæ sane in hac, quā tractamus, causa, omnia & singula ad amissim interuenisse, quis quæso prima fronte non responderit? Primum enim, ꝛ vim videlicet publicam, atrocem & maiorem, ex illis omnis generis armorum apparatu, quo Reos, eorumque assecras, instructos prodisse, partim ipsorum cōfessione, partim testibus probatur, facile colligamus, *facit text. in §. item lex Iulia, de vi publica, Instit. de publ. iudic.* Secundum, vis nimirum armata, ꝛ ex rusticorum 7. Iunij Anno 40. in pago *Eyschel* iusto numero euocatorum turba & cætu, in suos postmodum ordines, militari more digesto & distributo, vt Actoris testes ad specialia interrogatoria, 5. ad 5. 7. & 8. ad 18. alijq; passim, satis superque detegitur. Tertium denique, dolus scilicet malus, ꝛ præcedente consilio commolitus, ex conuentu der *Marggr. in sacristia der Partrichen zu Eyschel*/ authore Henrico von E. prædicta septima die habito, & solenniter coacto, in quo, re in consultationem sollemniter vocata, rogatis quodammodo sententijs, ista aduersus Gerhardum expeditio decreta, vt inter cæteros Actoris testes, quintus ad 10. sextus ad 19. interrogatoria specialia luculenter recensent: Item, quod ꝛ stratagemate vti militari, primo diluculo, *facit gloss. in lege, sure, de sicar. text. in lege final. de effract. l. hoc edictum, §. Labeo, de his qui deiecerunt. Alex. consilio 103. videtur prima. column. 4. versicul. non obstat, volumine 1.* Item illud Ouidij: Nox & amor, vinumque nihil moderabile suadent. Summo silentio, nebula circumfusi ac tecti clanculum sunt profecti, *text. l. existimo, de administrat. tut. l. data. ibi siquidem clanculatus, Cod. de donat. Menoch. de arb. iud. quest. cent. 2. casu 194. nu. 19. Wes. consilio 38. numero 32.*

Ex ipsius facti alioqui, præterea vi publica,

manuque armata perpetrati euidencia. *notab*
Salicet. in l. senatus in fin. C. de his, que sibi in testā. Myn-
 20 *20* *20* *sing. dicto cap. 98. centur. 4. Ex eo denique, † quod*
rem illicitam sunt aggressi, ac susceperint, not. Ias.
in l. in actionibus, num. 23. de in lit. iur. and. Afflict. in cap.
1. §. si quis, 2. not. ab. num. 3. de pace tenend. Gail. d. c. 7. nu.
 21 *13. Improbato iure, collecta multitudine conven-*
tacula celebrantes, l. conuenticula. ibid. Bald. C. de Epi-
scop. & Cleric. l. denunciamus, C. de his qui ad Eccl. fug.
6. l. §. conuenticula. ibi gl. Bart. & Prapof. de pace iur. firm.
facit text. in leg. aut finita, in princip. ibi: aut consilia,
aut conuersiones, de pen. Schurff. consil. fin. cent. 3. nu.
 21 *5. Coniunctiones enim, † congregacionesq; ho-*
minum, malam causam, in dubio habere præsu-
muntur. Alex. in apostil. ad Bart. l. fin. verb. non valent,
de colleg. illic. Grauet. conf. 4. nu. 1. cumulate arguun-
 22 *22* *22* *tur. Hæc itaque, cum maiori ex parte sint noto-*
ria, † & Reorum etiam confessione perspicua,
nullæ iudicis, quam in condemnando, esse par-
tes videntur, l. vnica, C. de confes.
 Verumtamen, cum Alexandri, Macedonum
 Regis exemplo, altera Reis auris pateat, & num
 intentatum crimen, accusationemque diluant,
 ac idoneè elidant; dispiciamus. Quanquam ita-
 que, etiam si scelere aliquo quis adstringatur, ne-
 23 *23* *23* *mini tamen † vindictam sibi sumere, sibi que*
ius dicere permittatur, c. porro. vbi gl. 2. de diuort. l.
nullus. C. de iud. l. qui iurisdictioni, de iurisd. om. iud. l. v-
nica, C. ne quis in causa sua iud. tot. tit. C. vt non lic. fin.
 24 *24* *24* *iud. auth. vt alioquin. vel ex eo solo, † quod in qui-*
busdam casibus, propter indignitatem, liberum
id sit, tot. tit. C. quando liceat vnicique sine iud. facile
intelligatur: exceptione nimirum regulam ist
contrarium constituente. l. quæsitum, §. supellectili.
vers. denique Neratius. vbi gl. verb. non potest, de fundo
 25 *25* *25* *infr. Quæ quidem rationè habent: quippe cum*
iudiciorum vigor, † iurisque publici tutela in
medio sint posita, adeoq; aditus cuique pateant
facilissimi, d. l. nullus, de iud. Lextat, in princ. de eo quod
met. caus. l. 1. ibi: ante sententiam, C. vt nem. lic. sine iud.
dic. d. l. denunciatum. ibi. liceat ei adire iudicem, l. quo-
nam, §. 1. vers. debuisti, ad l. Aquil. l. non est singularis, de
reg. iur. Gail. lib. 1. de pace publ. c. 1. num. 7. Hæc autem,
 etiam si ita se habeant: cum tamen aream, seu
 fundum in quo Knipp. die Hütten / cuius occa-
 sione hæc primum orta controuersia (id enim
 Ziegelhütten / cū Pomponio, in l. tugurij, de verb. si-
 gnif. appellabimus) exererat, & lateres igne co-
 quendos effodi curaret, vniuersitatis, der Rhein.
 Markgenossen scilicet fuisse, quam plurimum A-
 ctoris testium, quinti, 6. 7. 8. 9. ad interrogato-
 ria specialia ad 10. testimoniis, & vel eo solo, quod
 Gerbardum ab E. imo Knipp. zween oder drey Of-
 fen Ziegel zu brennen / zu lassen zu vergönnen / per
 scribam suum, vt 18. Reorum testis ad 4. defen-
 sionalem, rogarit; quod sane in suo superuacua-
 nee fecisset, arg. l. vnica, C. de thesaur. Euincatur, iu-
 re Reos & socios, id est, Markgenossen / pro sua
 propugnanda re & possessione, suoque tuendo
 iure, capita, vires & consilia contulisse, armaq;
 16 *16* *16* *expetiuisse, consequetur. Potest enim quis, † p-*
in fundo suo extructum est, iudice nō adito, sed

propria autoritate rescindere atque demoliri,
 d. l. quoniam, §. 1. vbi gl. verb. protexit. Bart. & Bald. qui
 ibidem notat, possessionem, commodum, pro-
 pria & priuata autoritate resistendi afferre, ff. ad
 l. Aquil. Nec eo casu vim adhibere, sed potius suā
 possessionem protegere putabitur, l. si seruus, vbi
 glossa. verb. & ingrediens. vers. vel dic. vbi Bald. & Ca-
 strens. Qui eodem loco ita in suo amouentur, si
 aduersarium aliquid in contrarium machina-
 turum vereatur, iudicis officium, vt se in posses-
 sione tueatur, aduersarioque, ne vim faciat, sub
 pœna interdicit, posse implorare, illo subnixi
 27 *27* *27* *textu in d. l. si seruus, in fin. docuerunt, Cod. quod cum*
eo, & c. Sic etiā tabulas † in ianua mea affixas, mea
 28 *28* *28* *me sponte posse refigere, Venuleius l. fin. iuncta gl.*
verb. aut certe, vers. vel dic verius, quod vi aut clam. re-
 29 *29* *29* *spondit. Item, signa rei † meæ impressa, propria*
me autoritate, non consulto iudice, posse de-
trahere, est constitutum, l. 1. 2. Cod. vt nem. lic. fin.
iud. auth. sigilla reb. impos. alien. faciunt, qua Grauet. conf.
4. num. 7. volum. 1. Imò defensionem pro rerum at-
 que iurium non secus, ac corporum, Clem vnica. de
 homicid. l. vt vim. ibi Dd. de iust. & iure. litaque, l. scien-
 tia, ad l. Aquil. Couarru. c. si furiosus, §. 1. num. 1. cum seq.
 de homicid. Wesemb. conf. 19. per tot. Gail. lib. 1. de pace
 public. cap. 17. alijque mox allegandi; tutela ad-
 hibitis † etiam & armis, quem licite suscipere
 30 *30* *30* *est traditum, l. 3. §. cum igitur, l. cum fundum, de vi &*
vi armat. gloss. in dicta lege, vt vim, verb. nam hoc iure, &
 31 *31* *31* *ctebrius, multis ia contrariam sententiam de-*
scendentibus; Abb. in dicto capit. vnica. vbi Felin. com-
 32 *32* *munem affirmat, n. 4. de homicid. Ripa & Fortunius*
Garfia n. 24. & d. l. vt vim. admodum nuper Romuleus in
tract. de homicid. n. 101. & Zoanet. in tractat. defens. part.
1. n. 36. est receptum. Ias. in d. l. vt vim, nu. 23. vbi Barr.
num. 6. Dec. nu. 31. Claudius col. 3. & Orosius n. 17. V as-
quius c. 2. n. 5. & c. 18. n. 5. & tractat. de succession. proro-
 33 *33* *33* *gatione, n. 12. Carerius pract. criminal. fol. 106. n. 61. Dā-*
houd. in criminal. c. 78. nu. 9. faciunt qua Grauet. d. conf.
 34 *34* *34* *4. nu. 7. 8. Cum enim eadem in † vtroque ratio,*
 35 *35* *35* *idem etiam ius merito obtinebit, l. à Titio, de verb.*
 36 *36* *36* *oblig. Quippe cum res, alter † & secundus homi-*
 nis sanguis existimentur. gl. in l. aduocari, verb. vi-
 tam, C. de aduoc. diuers. Bald. in l. si tuus, Cod. de oper. li-
 bert. Bart. in l. penultima, nu. 6. de cond. ob turp. causam.
 Quamobrem Castrensis in d. l. 1. C. vt nemini liceat
 sine iud. author. apposite ad hoc, quod tractamus
 thema: † cum Senis collegium, seu sodalitiū,
 32 *32* *32* *in quo multi autoritate & opibus conspicui es-*
 33 *33* *33* *sent ciues, cum Notario, ratione fundi, per eun-*
 34 *34* *34* *dè possessi, litibus conflictaretur, & lata senten-*
 35 *35* *35* *tia, à qua Notarius appellarat, collegiū arma seu*
 36 *36* *36* *insignia sodalitiij in ipsi fundi ostio curasset pin-*
 gi, quæ Notarius, multis armis succinctis stipa-
 tus, priuata propriaq; autoritate induxit ac a-
 boleuit: quo nomine de vi accusatus, vt grauis ei
 multa indiceret, cōtendebat. Notario se de-
 fendere, & vim nullā fecisse, quin potius per col-
 legium illatā repulisse, idq; sibi licuisse excipien-
 te quæsitum, quid iuris? Consulens itaque Ca-
 strensis; Notarium minime, sed collegiū,
 violētum extitisse, meritoq; ea de causa accusan-

dum, respondit: cuius sententiæ Nicol. Euerhard. *cons. 205. n. 2.* subscribit: & secundum eandem, aliam itidem facti speciem, ab hac nostra non alienam, vtpote, in qua vniuersitas, fossas in suo à quodam ductas, sua sponte, nulloque authore prætorè repleuerat atq; amouerat, decidit. Non iniuria itaque intentata hic accusatio aduersus ipsum Gerhardum Knipp. si superesset, retorqueretur: vt maxime ius possidendi aliquod aufferre ei tribuamus, aut in aliquam earundem Marchen communionis partem (quæ exacte ex eius parte non probatur, imo contrarium, das das Haus Drinberg kein Berechtigtheit in den Marchen hab. Actoris testis sextus, ad interrogatoriū speciale 19. & 39. septimus ad 40. alijq; passim deponunt) vocare eum velimus. Nam in re communi, neminem dominorum quicquam, altero inuito, facere posse, sed ius esse prohibendi, † ipsiusq; causam prohibentis potiore haberi; iuris est notissimi, l. Sabinas. vbi Bart. *commun. diuid. & magis in terminis text. in l. sed si inter re. §. fin. de seru. vrb. præd. faciunt, quæ ex Castrens. Grauert. d. conf. 4. num. 10.*

33 Quinimo, quod † in re communi ab ipso etiam socio non minus, quam quod in nostro ædificatur, propria posse autoritate demoliri. Bart. *in d. l. sed si inter te, num. 2.* Quamquam secum pugnans, † contrarium sentiat, l. 1. §. nouatio, de oper. noui nunciat. num. 5. ibi Ias. num. 2. vers. in Bartolo hoc notauit. Prædicti quoque Knipp. aggrauat, Reorumque causam non parum commendat, das die Marchenossen omnia prius consilio, quam armis cū milite Terentiano experiunda rati, antequam se mouerent, suumque institutum persequerentur, tres ex suis, non infimi quidem ordinis, ad Knipp. tanquam amicum & vicinum, oratores, ablegarint: qui exemplo iurisconsulti Proculi in l. quidam Hyberus, vers. qua de re, de seru. vrb. præd. de re tota familiariter conferrent, & vt tugurium suum remoueret, cum comiter inducerent. Quibus tantum abest, vt aures ille præbuerit, earumque oratione se commoueri atque emolliri sit passus, vt potius in maiorem iracundiam, ferociamque exarserit, eosque spirantibus nil, præter cedes & incendia, minis exceptos, absq; alio responso dimiserit, vt Actoris testes ad interrogatoria specialia, quintus ad 10. sextus ad 19. alijque. Furor fit † læsa sæpius patientia. Faciunt, quæ Euerhard. *cons. 205. nu. 2. in fin.*

34 Porro, vt, vnde discessimus, reuertamur ad hanc, de qua verba fecimus, rerum defensionem, etiam † è vestigio, confestim, & in continenti, l. 3. §. eum igitur, de vi & vi armat. In ipso congressu & illico, l. qui possess. eodem titulo. decurri est necessum. Nam ex interuallo, † mora que interposita, id demum si fieret, in vindictam potius defensio degeneraret, & prohibita iure censeretur, d. l. nullus, Cod. de iudic. dicto §. qui cum aliter, in fin. cum legibus supra allegatis. Dd. in capit. significasti, de homicid. d. l. vt vim, d. l. 1. Cod. vnde vi. Boer. decis. 186. n. 3. Rei itaque nostri, qui non paucis interiectis diebus,

addeiciendum Knipp. tugurium vix tandem arrepperint, se licite clypeo defensionis non posse protegere, videntur. Cæterum quādo in continenti † explicari actus dicatur, variant interpretes, *Accurs. in dicto §. eum igitur. verb. continenti. antequam ad extranea diuertatur, argument. l. continuus, 1. respons. de verborum obligation. l. heredis palam, de testib. aut bidui vel tridui spacium, argument. l. ait prætor. §. fin. ex quib. caus. maior.* exponit. Atqui eorum sanior, & omnium passim suffragiis probata est opinio, qui ex personarum, rerumque qualitate id metiendum, statuendumque, quin in iudicis deferti arbitrio, *argument. l. ab hostibus, §. sed quod simpliciter, cum l. sequent. vbi Bart. ex quibus causis maior. & l. 1. §. 1. de iure deliber. putarunt Bart. alioquin in dicto §. eum qui, & d. l. 1. §. eum igitur, de vi & vi armat. Dd. in cap. cum olim, de restitut. spoliat. Schurff. conf. fin. numero 3. cent. 3. Wefemb. conf. 19. num. 49. Menoch. remed. 1. de recup. possess. num. 385. Gail. lib. 1. de pace publ. c. 16. num. 3. Zoan. vbi supra, numero 13. Damboud. in praxi crimin. cap. 78. num. 9.*

Finge aliquem terræ filium, Gigantum fraterculum, aut plebeum, obscuriorisue alioqui loci hominem, possessionem inuertisse, non eo sane instructo, & ad recuperationem erit opus apparatu, atque si generis nobilitate, opibus, clientelis, illustrem id perpetrasse ponemus, *not. Ang. in dicto §. eum igitur.* Quid quod, quoad occasio rei gerendæ idonea captari, & cuiusque fieri poterit commodo, defensio hæc recte differatur. *Abb. in capit. significasti 2. columna finali, versicul. aut quaritur. vbi Felin. columna 4. versicul. in glossa fin. communem dicens, de homicid. Bellam c. cum olim, num. 23. de restit. spoliat. alij proxime allegari.* Nam amicos, auxiliaremque † cohortem, quoad aduersario 40 simus pares, eiusq; cedere petulantia non cogamur, ad disciscere integrum erit, ac solutum. *gloss. in l. cum fundum, verb. postea, de vi & vi armat. Ias. in l. 1. §. final. de operis noui nunciation. Grauert. d. conf. 4. nu. 15. sub fin. volum. 1. Neuiz. an. conf. 82. n. 3.* Quæ quidem constitutioni fractæ pacis ordinat. part. 2. §. 1. in fin. ibi Zu frischer Thar/oder wann er sein Freund vnd Helffer haben mag. et. etiam respōdent. Et si enim res plusculum extrahatur: tamen dum vires superpetiaque colligimus, † defensionem atque recuperationem adornamus, animo ciuilem nihilominus retinemus possessionem, l. clam possidere, §. qui ad nund. de acquirend. possess. Et cū eo, qui naturalem occupauit, tacite congregi, luctari, manumque conserere videmur. *Afflic. ad consuet. Neapol. rub. 25. tit. contra quem de restit. agatur, num. 13. lib. 1. idem erit, nec tēporis interuallo excludemur, si aliquos semper actus possessorios exercuerimus, aut vt exerceamus, quantum in nobis erit, proque virili nostra laborauerimus, Aret. d. l. continuus, in princ. de verb. obl. Affl. d. num. 13. Menoch. remed. 1. recuperand. poss. num. 358. ad fin.* nulla itaque Reis nostris negligentia recte imputatur, nec est, cur non in continenti, satisque tempestiue, ad sui tutelam iuris, defensionemque profuisse dicantur. Quippe cum multi numero diuersis dispersi sedi-

pro re nata, infortunium illud accidisse, præter ea quæ proxime perpendimus, & mox eodem pertinentia subiicientur, das die socij simul atq; de eius nece rumor increbuerat, casus minime expectati, percussus nouitate, omni diruendi ædificij cogitatione abiecta, se proripuerunt, item q; Henricus ab E. qui aliis præerat, seque ducem, & quasi significum præbuerat, nunciata Knipp. morte, vt eam crederet, vix tandem potuerit adduci, tantam se calamitatem (vt quintus Actoris testis ad quantum interrogatorium speciale) magno se velle redimere, dolenter testatus, non contēnendo etiam sunt argumēto. Et postquam Walrab. von Hilt. cum coram Iohanne von Westen/Richtern zu Droffen/ex vinculis causam diceret, se, vbi repetito Bombardæ ictu, auff der Hütten eum esse trās fossium, bis vicissim auff ein Beet mit extrem Handrohr, vnd darnach mit einem Hacken eiaculatū, & deplosisse, ingenue sit confessus, vt Actorum fol. centesimo quinto. Et vt vehementem aduersus eundem præsumptionem omitteremus, Knipp. ab alio interfectum, testes vno ore affirmant, quorum res nulla doli, aliave illiberali suspitione laborantes, in crimine hic ponamus, argumēt. l. quia multa, Cod. ad legem Iuliam, de vi publica. Hippol. sing. 403. Pœnas enim † non aliter, quam vmbra, solere sequi, suos authores, iuris est manifestissimi, l. crimen, de pœn. l. sancimus Cod. eod.

Nam si, cuius ictu Knipp. periisset, esset in obscuro, quæ pœnæ ratio aduersus omnes foret Reos ineunda? multis Romul. de homicid. num. 323. & Gail. lib. 2. obs. 109. prosequuntur, ad quos, cum quæstio illa huius loci non sit, quicumque eam altius velit indagare, eo me remitto. Quamquam ipse Walrab. von Hilt. non simpliciter crimen sit confessus, scilicet, daß er geschess. n/ sed addito, doch nit fürschlich/ oder gedacht hab / auff Knipp. oder auff iemand anderst/ vt Actorum d. folio 105. & alioqui, in lege Cornelia, † vt quis homicidij Reus agatur, dolum eius, qui commisit, subesse sit necessum, l. 1. §. Diuus, ad legem Cornel. de sicar. Gail. lib. 2. pract. obseru. c. 110. num. 1. adeo vt latam † culpam dolo hic minime æquiparemus. Iacob. Nouel. tractat. de defens. num. 83. & 133. Planc. in pract. crimin. §. vifis indicis, num. 237. Gail. d. c. 110. n. 1. & lib. 1. de pace pub. nu. 11. c. 7. Doli ergo Walrabus esse reus, diserte negat, facit l. in sententiam. ibi. aut sua confessione, Codic. de pœn. & quidem veri atq; premeditati, debuisset coargui. Nam quoties † ad actum qualitas requiritur, actum absque eodem qualitate non satis est probari, l. 4. §. docere, vi bon. rapt. Bart. in l. prima, §. ait prætor, ne quid in flumin. public. Wesf. d. consilio decimonono, num. 1. Gail. lib. 1. pract. obser. cap. 3. num. 6. & lib. 2. cap. 106. num. 6. & c. 125. num. 9. & lib. 1. de pace public. cap. 13. num. 1. cum sequent.

Quid? quod si quis homicidio in Knipp. perpetrato velit patrocinari grauias subargumēta non sint defutura: quippe cum suæ calamita-

tis ipse quodammodo sit fabricator, initiū conflictui dederit.

Nam in primo congressu ab Henrico von E. interpellatus, vnd daß er nit schiessen solt/ admonitus: quandoquidem habemus vnum dominum, Ich wil diesen Tag dein Herr sein/ pro caciter & contumeliose respondit, quodam ex suis bombardæ continuo intonante, quem alij mox sunt secuti, vulnera passim infligentes, ex quibus nonnulli mortem postmodum obierunt.

Deinde in globū in pœtus elidentem, sarcasme, Du must mir besser kommen/ solt sie dadurch/ &c. inueniens, insuper irritauit. Atqui eum, † qui ad violentiam prouocat, authorem cædis haberi, in eumq; fabam excudendam, æquitatis ratio postulat, l. 1. §. cum arietes, si quadr. pauper. sec. dicit. l. si ex plagis, §. 1. ad legem Aquiliam. l. quia multa. ibi. alterutri parti causam præbuerit, Codic. ad legem Iuliam, de vi publica. Ias. in d. l. vt vim, num. nono. Iacob. Nouel. tractat. de homicid. numero 50. Wesfemb. d. consilio 19. n. 16. & 48. column. 2. Mynf. consil. 27. numero 2. Gail. d. c. 110. num. 9. & lib. 1. de pace pub. cap. 16. n. 11. & 16.

Non mediocriter etiam Knipp. grauat, quod die Ziegelhütten fossa sepserit: ipse lorica armisque indutus, præter domesticos, extraneam multitudinem sibi adiunxerit: se suosque omni telorum & apparatu machinarum bellicarum abunde instruxerit: ex quibus, cum animus offendendi haud obscure sumatur, aggressoris crimen & insultus, non parum certe extenuabitur. Bald. l. in lege locati. refert Ias. in d. l. vim, num. 9. Hippol. sing. 638. Wesfemb. d. consil. 19. num. 14. ita vt multis sane rationibus Rei nostri queant relabi, præsertim Iohann. Hug. & Walthar von L. qui adhuc soli in lite, & venabulis saltem armati, se modeste continuerunt, nec vllam percutiendo aut faciendo (vt multi vtrinque testes prædicant) vim adhibuerunt: præsertim quod adhuc vterque fuerit adolefcens, facile sit colligere. Certe Iohann. Hug. annos non amplius octodecim fuisse natum, multi deponunt: at † in minoribus non solum miseratio ætatis ad mediocrem pœnam iudicem inducit, l. auxilium, §. in delictis, de minorib. Sed si ætatis imbecillitate, nullo inducti dolo (vt nostri adolefcētes) deliquerunt, tota pœna, ope saltem restitutionis, sunt liberandi, leg. si ex causa, §. nunc videndum, de minor. leg. si adulterium, §. fratres, vbi imperatores Claudie, propter ætatem, crimen incestus remiserunt, ad legem Iuliam, de adult. & in lege 1. vbi Bart. notat, Cod. si aduers. delictum. Romul. tract. de homicid. numero 265. cum sequentibus Iacob. Nouell. tract. de defens. num. 34. cum seq. Mynf. consil. 53. numero 30. Iohann. Mauric. tract. de restit. in integr. c. 167. Cæterum vt nullus in cuiuscunque animo scrupulus ressideat, ad illud, quod inter referendum motum fuit quod socii viam iuris amplecti potuissent, quia respondendo dicitur, socijs duo: noui scilicet

scilicet operis nunciationis, & facultatis, ædificium sua autoritate destruendi remedia competiisse Bar. in l. 1. §. nunciatio. num. 2. vbi Laf. de noui operis nunciat. & alii.

Concludo, absoluedos esse Reos: Expensas libenter, secundum ius strictum, absoluedis ad iudicare: sed cum causa adeo qualificata, vt etiã doctissimi putent, Actorem legitimam & iustissimam litigandi habuisse causam, faciat etiam facti enormitas, & euentus lamentabilis, propter occisum nobilem, ex occasione non satis vrgente, puto compensari debere.

D. L. Correferens: Quandoquidem Gerhard. E. iam multis annis diem obiit, & 29. Martii, An. 77. contra filios, ipsius hæredes, D. Godelman, procurator Actoris, contra ipsius filios omnes, tum etiam contra Melchiorum von der E. diese Action fallen lassen / putat, causam hanc non habere magnam difficultatem: duos verò, contra quos proceditur, Iohann. Hug. & Walther von E. ex rationibus à Referente adductis; ab hac impetitione vult absolueri. Idque præcipue, quod tempore perpetrati homicidii, vix doli capaces fuerint. Cum expensis, vt Referens.

D. L. cum Referentibus.

D. N. non videt dolum vel propositum in Reis, ideo cum dominis Referentibus.

D. C. Cum à Reis factum pro defensione possessionis sit gestum, & sit facultatis, destruere noua tuguria, cum Referentibus concludit, allegat Menoch. in 2. respons. in causa Finariensi, n. 118. & Grauert. conf. 8. n. 15. lib. 1.

D. S. Si choragi essent in lite adhuc, res haberet aliquod scrupuli. Sed tandem concludit in effectum cum Referentibus.

D. N. placet concordantia dominorum.

D. C. vt Referentes.

Sententia.

In Sachen fractæ pacis Henrich Knipp Klā. Jern/eins / wider weyland Gerharden von E. & Consorten / in specie Johann Hug. vnd Walther von E. Beklagten / anders Theils / ist allem Fürbringen nach zu Rechte erkannt / daß ermeldte Beklagte von angestellter Klag zu absoluiren vnd zu erledigen seyen / Die wir dann dieselbe hiemit absoluiren vnd erledige / die Gerichts Kosten allenthalb auffgelauffen / außbewegenden Ursachen gegen einander compensirend vnd vergleichend.

V O T V M XVII.

In causa F. contra C. & consortes.

S Y M M A R I A.

- 1 Actores, quando restitutionem in integrum tantum per modum replicationis, ad excludendam exceptionem transactionis petunt, tum eo casu speciali mandato non est opus.
- 2 Frater pro fratre in integrum restitutionem, etiam principaliter, sine speciali mandato, tunc, cum confors est, petere potest.

- 3 Appellatio vnius, reliquis consortibus ex communi appellationis beneficio si modo appellationi non contradicatur, prodest. Idg, quando procedat. n. 4.
- 5 Appellatio vnius, quo casu, reliquis consortibus non proficit.
- 6 Appellationis prosecutio, que in facto consistit, est in diuidua.
- 7 Incapax gaudet privilegio capaxis. Et sic ex persona alterius consequitur id, quod ex sua persona consequi non posset. n. 8.
- 9 In hereditate sunt bona, tam mobilia, quam immobilia.
- 10 Consanguinitas & conditio alicuius, ex communi opinione & fama, recte & sufficienter probatur.
- 11 Testimonium de auditu ad probandam consanguinitatem, validum est.
- 12 Possessio non qualibet requiritur, sed ea tantum, que nullum alium titulum habet, quam pro possessore, & herede.
- 13 Actores, in hoc casu, quo titulo possideant.
- 14 Re minorum, sine consensu Tutorum, & decreto iudicis alienata, dicitur alienatio vel nulla, vel saltem rescindenda.
- 15 Tituli nulli illegitimi & iniusti cum titulo pro possessore, in petitione hereditatis concurrunt.
- 16 Contra vili pretio eminentem, etiam si bona fidei possessor sit, vtilis actio datur.
- 17 Dolus, quo casu pro possessione sit.
- 18 Verbum, retractati, ad ea que ipso iure non valent, accommodari, quare non possit.
- 19 Testis vnus instrumento contradicens, reddit illud in tantum suspectum, quod nullam fidem faciat.
- 20 Falsitatis viciu, ex quibus facile elucere possit, in hoc nostro casu & nu. 21.
- 22 In falsi excusatione, actus & res singula per se subsistentes non considerantur, neque vnus falsitate reuelata, reliqua in suo vigore persistunt.
- 23 Super falso transigi potest. Item de dolo in vniuersum transigere licet, quod tamen de præterito, non etiã futuro intelligendum. n. 24.
- 25 Pacta, per qua ad delinquendum occasio præstatur generaliter reprobantur.
- 26 Priuatio præsupponit habitum.
- 27 In actu negato nemo se fundare potest.
- 28 Contrahentes quod sese inuicem decipiant, naturaliter euenit, idg, sine dolo, ex proposito, & consequenter sine falso.
- 29 Falsum sine dolo committi nequit.
- 30 Exclusio vnius, est inclusio alterius.
- 31 Exceptiones generales simulationis nullius sunt momenti.
- 32 Per liberationem generalem quis à dolo nõ videtur liberari, neque generalis renunciatio, exceptionem doli & simulationis includit.
- 33 De dolo non aliter, quam specialiter transigi potest.
- 34 Lex specialiter cum quid requirit, renunciatio generalis non sufficit.
- 35 Nullus actus sine cognitione celebratus iure subsistit.
- 36 Transactio tantum ad ea, que scimus, & in que consentimus, pertinet.

R

37 Transf

- 37 Transactiones ex falsis instrumentis inita, quando de-
mum retractentur.
- 38 Literas alicui tradens, ius omne, quod illi ex literis com-
petit, in accipientem transfert. Similiter & is, qui
alicui instrumentum donat, actionem & res instru-
mento contentas, donare censetur. n. 39.
- 40 Actor, in hoc casu, quibus de causis, suam negati-
uam probare teneatur, numero 41. 42. 43. cum 36.
seqq.
- 47 Documenta exhibita, quod falsitatis argumenta con-
tineant, vnde conuincitur.
- 48 Aduocato iustam causam fouenti, decipere licet aduer-
sarium, ad consequendam victoriam.
- 49 Actor pretendens se iisdem documentis ad falsi de-
monstrationem non vri, sed aliis eius omnino diuer-
sis, si tamen argumenta & contextus verborum vr-
trinq, conformant ad falsi probationem, non rele-
uatur.
- 50 Falsitas transportus, falsitatem literarum, in hoc
nostro casu, eo ipso, quod transportum verum di-
cunt infert.
- 51 Instrumentum alterius instrumenti mentionem faci-
ens, sine illo nullam fidem facit.
- 52 Transactio generalis porrigitur ad omnia ea, de qui-
bus inter conuenientes est cogitandum.
- 53 Transigentes in genere de iis cogitasse sufficit, nec ver-
borum expressio requiritur.
- 54 Transactio perficitur consensu, qui non in verbis, sed
animo consistit.
- 55 Verba generalia, generaliter sunt intelligenda, & ge-
neraliter praeiudicant. Item generalis dispositio quo
ad omnia, tantum operatur, quantum specia-
lis dispositio, quoad specialiter enunciata. n. 55.
- 56 Verdict thyn praesupponit scientiam.
- 57 Sufficio falsi, in civilibus est pro veritate.
- 58 Transactio fit super dubiis & incertis, & negatione
etiam veri, ea non vitatur. Quod tamen secundum
glossam & Dd. in negatione, quae calumnia & doli
expers est, id obtinere notant. 59.
- 60 Ignorantia in heredibus praesumitur.
- 61 Dolus scienti inferri non potest. Nec fraudari possunt,
qui sciunt & consentiunt.
- 62 In Transactione singulare est, quod super negatis quis
se fundare possit. Iudici quoque ex officio se super ne-
gato fundare licet. nu. 63.
- 64 Clausula generalis (omni meliori modo, &c.) vis
quae.
- 65 Transactio generalis tam ad expressa, quam ad cogi-
tata porrigitur, imò in dubio etiam comprehendit
ea, quae quis ignorauit, modo in genere de his cogi-
tare potuit.
- 66 Differentia inter sententiam & transactionem quae.
- 67 Transactionis vis & interpretatio laxior est quam
libellorum, sententiarum, vel quorumcunque a-
ctuum iudicialium. Ideo, nec ab vno ad aliud in-
ferri potest.
- 68 In Transactione magis acta & actitata, quam expres-
sa consideranda.
- 69 Verba hic posita, Vestendige Verordnung cini-
ger Dorminder, quare falsum significare videan-
tur.
- 70 Verba, jehiger Verordnung, quid designent.
- 71 Agere vel excipere volens de simulatione, speciem simu-
lationis exprimere debet.
- 72 Vox, species, in l. actione administrata & tutela. C. de
transact. quomodo intelligenda.
- 73 Sine actione nemo experitur.
- 74 Dolus non includitur, si quis simpliciter liberat, secus
si in specie quamcumque actionem remittat.
- 75 In renunciationibus, verba omnino generalia, vel ge-
neralissima nihil operantur, sed generalia subal-
terna sufficiunt.
- 76 Transactio, vt alii actus, &c. non requirit cognitio-
nem.
- 77 Transactio de rebus per cognitionem causa decisus fie-
ri nequit.
- 78 Praesentia iudicis & magistratus, praesumptionem do-
li & metus excludit, etiam tunc, cum Iudex est per-
uersus, vel vnus Rihaldus. & n. 81.
- 79 Restitutio qualibet in integrum, plenam causa cogni-
tionem requirit.
- 80 Ignorantia, quae in animo consistit, est probanda.
- 82 Metum in genere allegare non sufficit, sed de specie me-
tus probandum est.
- 83 Dilaciones in extrajudicialibus actibus, sine praeiudi-
cio, conceduntur & denegantur.
- 84 Documentorum inspectione in tractatu transactio-
nis, non est opus, cum extra casum testamento-
rum & codicillorum, sine inspectione tali transigi
possit.
- 85 In Transactione iustum precium consideratur, non in
re, de qua lis est, sed in dubio litis euentu, cuius valor
tantum inspicit debet.
- 86 Praesentia iudicis excludit beneficium l. 2. C. de rescind.
vendit.
- 87 Transactio omnis, generaliter quodcumq, pactum,
per quod à lire receditur, comprehendit.
- 88 Materia super qua fit Transactio, dubia esse debet.
- 89 Transactiones seruari publice interest, & ideo non re-
scinduntur, etiamsi deceptus esset, vltra dimidium
iusti precii.
- 90 In genere qui scit, vel scire debet, & paciscitur, de eo
cogitasse censetur.
- 91 Ignorantia supina non solet subueniri.
- 92 Transigens super falso, non est amplius audiendus.
- 93 Falsum in hoc casu, multifariam commissum.
- 94 Dolus malus, fraus & falsitas, re ipsa & natura in-
ter se distinguuntur.
- 95 Actus agentis vltra eius intentionem operari & exten-
di non debet. Hocq, in omnibus actibus, qui ex men-
te procedunt, locum habet.
- 96 In libellis & querelis, quoad personales actiones, ipsa
causa, ex qua actio formatur, attenditur.
- 97 Praedia minorum, per parentem, vel tutores sine decre-
to praesidis alienari non possunt.
- 98 Nullitas contractus, & falsitas, sunt diuersa & se-
parata.
- 99 Testatum qui non iure, vel solenniter dicit, is non di-
recte voluntatem testatoris impugnat, sed iuris so-
lennitatem non obseruatam dicit. Qui vero falsum
testamentum allegat, is directe testatoris iudicium
ac voluntatem impugnat.

- 100 In libellis & querelis petitio potissimum attenditur. Et ad ea, quae in conclusione petuntur, narrata sunt restringenda.
- 101 Instrumenta de falso impugnare, aut ipsorum falsitatem allegare, quae non fuerunt exhibita, nemo potest.
- 102 Leges de falsi cognitione loquentes, plerumq; de instrumentis in iudicium prolati loquuntur.
- 103 Ei, qui instrumentum impugnare intendit, editio fieri debet.
Nemo dicere cogitur, in qua parte, instrumentū falsum allegare velit.
- 104 Auctoritas duorum tutorum, quorum alter falsus dicitur, si interuenit, nihilominus actus valet.
- 105 Actus administrationis per vnum expediri potest. Et vnus tutor sufficit.
- 106 Veritatis aliquid in se habentia, non statim falsa censentur, cum falsitas, quantum fieri potest, sit vitanda.
- 107 Praesumitur in sene perseuerantia sanae mentis.
- 108 Rei ad testium examina sunt citandi.
- 109 Suspicio non repellit Actorem ab actione vel exceptione falsi.
- 110 Imperator decidit, instrumentum propter falsitatis vicium, quotiescunque petitur, exhibendum esse. Quod limitatur. n. 111.
- 112 Instrumentum, vel contractus ultra verborum proprietatem extendi non debet.
- 113 Instrumentum nihil aliud probat, nisi quod in eo continetur: Nec actum praesumitur inter partes, quod reperitur omissum. (vemus.)
- 114 Instrumentum quod non cantat, nec nos cantare debet.
- 115 Transactio super eo tantum facta censetur, de quo lis aut querela fuit mota, nec ad alia extendenda.
- 116 Verba illa Transactionis, heimit gänzlichem vortshyer jetzigen Forderung absteheuder, &c. qui sunt consideranda.
- 117 Stipulatio generaliter, seu indefinite, super aliquo actu interposita, intelligitur secundum naturam sui actus.
- 118 Clausula generalis ad sua specificata restringitur, & ad diuersam causam non extenditur.
- 119 Exceptio Rei iudicatae, vel Transactionis, quando ratione allegatae falsitatis obstare debet, requiritur, quod desuper etiam sit cognitum.
- 120 Transactio sine cognitione interposita, ipso iure est nulla.
- 121 Cognitionem causa non interuenisse, ex breuitate temporis, & ipsa facti euidentia probatur.
- 122 Confessio Reorum, contra ipsos satis probare videtur.
- 123 Instrumenta habere & ostendere aliud est, eis vero vti, aliud similiter.
- 124 Contractus emptionis, item traditio & immisio concernunt factum alterius, cuius iusta est ignorantia.
- 125 Interpretatio facti etiam prudentissimos fallit.
- 126 Scire dicitur ille, qui rem per causas cognoscit, scit enim, qui habet scientiam facti, cum omnibus suis qualitatibus.
- 127 Ex lectione sola instructio sufficiens non praesumitur, sicut ex plena totius facti cognitione, seu examinatione.
- 128 Consideratio, ratione hominis docti, & hominis indocti, habenda est.
- 129 Iura plerumq; rusticis & illiteratis hominibus, ob imperitiam & rusticitatem subuenire solent.
- 130 Parum scire, aut nihil scire, equiparantur.
- 131 Falsitas, quantum fieri potest, est vitanda.
- 132 Mater, licet non possit alienare, ratione domini, tamen ratione obligationis, valet contractus, & si similis ratificat, contractus subsistit.
- 133 Instrumentum venditionis saepe etiam falsum esse potest, tamen negotium seu contractus emptionis, in eodem conceptus, per se est verus.
- 134 Verbum, falsitatis varie accipitur. vt n. 135.
- 136 Verba, quod scilicet cum matre dolose egerint & minorem deciperint, de dolo malo intelligenda videntur.
- 137 Dolus, quando bona fidei contractui dedit causam, censetur nullus.
- 138 Falsitas sine dolo licet non committatur, tamen dolus malus, & falsitas, diuersa sunt relicta, & ex illis diuersa competunt actiones.
- 139 Instrumentum dicitur falsum, quando ab ea verba & mens contrahentium remouentur: Si vero non verba, sed mens tantum remouetur, tunc dicitur simulatum.
- 140 Modis pluribus quod fieri potest, hoc per allegantem declarari debet.
- 141 In dubiis, semper benigniora sunt praeserenda. Et benigniorem sequi interpretationem, tutius est.
- 142 Modus agendi, substantialiter consistit in conclusione.
- 143 Verba generalissima, quae in narratione ponuntur, secundum conclusionem sunt intelligenda.
- 144 Actiones plures quando competere possunt, vt alia fiat condemnatio in vna, quam in alia, tunc secundū illam actionem condemnatio fieri debet, quae minorem condemnationem requirit.
- 145 Expressa nocent, non expressa, non nocent.
- 146 Iuramenti calumnia tacita remissio valet.
- 147 Error iuris in sententia expressus viciat, secus si tacite colligatur.
- 148 Per errorem qui non transegit, is ab accusatione repellitur.
- 149 Error magis in homine illiterato praesumitur, quia excusatur.
- 150 Lex, ipse significas, de quali dubitante intelligenda.
- 151 Nesciens & dubitans equiparantur: Ideoq; sicut ignorans, ita quoque dubitans, suo iuri, de quo dubitat, renunciare non potest. n. 152.
- 153 Transactio generalis, ad omnia illa, de quibus in genere cogitatum fuit extendenda. Et hac regula quando procedat, & quando non n. 154.
- 155 Transactio generalis, secundum speciale petitionē & causam actionis semper restringitur.
- 156 Absolutio generalis excommunicationis, tantum restringitur ad causam in petitione expressam: quia species precedens, restringit genus sequens.
- 157 De petitionis intellectu quando sit dubium, attenditur ipsius conclusio, non narratio.
- 158 Verba generalis clausulae, in hoc nostro casu posita, secundum

- secundam precedentia & sequentia sunt restringenda, & ad causas.
- 159 Liberario generalis per se odiosa est, & ad ea, ex quibus magna resultat lesio & inaequalitas, extendi non debet.
- 160 In Transactione qualicumq; generali, nunquam dolum, etiam prateritus, remitti dicitur, nisi super dolo specialiter fuerit Transactum.
- 161 Falsitatis delictum, ipsum dolum superat, grauiusq; delictum censetur.
- 162 Falsi crimen propter enormitatem, prater cetera delicta, illud speciale habet, quod in generali omnium delictorum remissione nunquam crimen falsi comprehendatur.
- 163 Statutu loquens de carceratis relaxandis, non porrigitur ad eos, qui ob crimen falsi sunt incarcerati, nisi per statuentes hoc specialiter fuit dictum.
- 164 Confirmatio defectum in confirmato existentem supplet. Limitatur in privilegio confirmato, quando illud reperitur falsum, tunc enim confirmatio, etiam per principem facta, nihil operatur, n. 165. Ratio eius qua n. 166. Secus vero n. 167.
- 168 Traditio est facti. Et traditio instrumentorum diuersos habet effectus n. 169.
- 170 Intentio partium semper inspicienda est.
- 171 Coniectura vna tollit alteram.
- 172 Instrumentum tradens, rem ipsam tradidisse. Et Chirographum legans, actionem in eo legasse, quando & qui dicatur.
- 173 Paria sunt, probatio nulla, & non legitima.
- 174 Aliud est instrumentum contractus, aliudq; ius Rei vel actionis continens.
- 175 Renuncians instrumento, in quo debitum habetur, non dicitur debito renunciaisse, sed tantum probationi istius documenti.
- 176 Traditio falsa naturam traditionis non potest habere, nihilq; magis aduersum veritati, quam falsitas.
- 177 Instrumentum simulatum, quare nomen instrumenti non habeat.
- 178 Contractus simulatus iuramento non firmatur.
- 179 Is, qui ratione testamenti, legatum accepit, nihilominus postea testamentum falsum allegare potest.
- 180 Transactio si vitio nullitatis laborat, restitutione non est opus.
- 181 Iudici non creditur, nisi quatenus eius allegata in actis deprehendantur.
- 182 Mandatum generale si est datum, non praesumitur speciale, nisi probetur.
- 183 Alienandi potestatem non habens, etiam super bonis transigere nequit. (setur.)
- 184 Transactio tanquam praecipit anter facta, nulla cen-
- 185 Iudex licet partes ad concordiam reducere possit, tamen ad eam cogere non potest, neq; callidis persuasionibus inducere debet. n. 186.
- 187 Persuasio dolosa plus est, quam violenta persuasio.
- 188 Regula, volenti non fit iniuria, quando procedit, & quando non.
- 189 Personarum contemplatio in diuite & pauere habenda est ad hoc, vt aliquid bene vel male praesumatur.
- 190 Propter personae paupertatem saepe a generali receditur.
- 191 Paupertas necessitatem inducit, & facit licitum, quod alias est illicitum.
- 192 Ea, quae dubia sunt, iuramento purgari possunt, maxime, cum de damno vitando certetur.
- 193 Ignorantia praesumitur, donec de scientia doceatur.
- 194 Non verbis, sed rebus vis & effectus tribuendus.
- 195 Metus iustus quando fit, relinquitur iudicis arbitrio.
- 196 Transactionis qualitatem non oportet disputare, quia sufficit transactum esse, &c.
- 197 Sententia conformis esse debet petitioni.
- 198 Iuramento non aliter locus est, quam cum de animo iurantis plane non constet, nec per alias probationes constare possit.
- 199 Praesumptio cum est in contrarium, allegans ignorantiam ad iuramentum non admittitur.
- 200 Ignorantia tantum probabilis & praesumptiua, iuramento confirmari potest.
- 201 Probatio in contrarium praestito iuramento, adhuc fieri potest. Ratio qua.
- 202 Iuramenti praestatio nostro hoc casu tolerari non potest, ne violetur ius, & fenestra periurio aperiat.
- 203 Iudex, qui iuramentum verisimiliter deiecit aturo defert, homicida est.

NVLLITATES nulla: nec quicquam remoratur, quod Iohann Trost, Actoris Procurator, pro consortibus, illius fratribus, sine mandato speciali, restitutionem in integrum petiit, eoque nomine Rei super nullitate protestati sunt. Nam Actores † restitutionem in integrum non principaliter, siue tantum ad cassationem Transactionis petierunt, sed tantum per modum Replicationis, ad excludendam exceptionem Transactionis incidenter, quo casu speciali mandato opus non est cap. *suscirat a. de in integr. restit. vbi Panorm.* dicit communem opinionem. Deinde notetur, D. Wildhelm generaliter, cum facultate substituendi, ad hanc causam a fratribus constitutum, qui deinde d. Trostien/ad petendam restitutionem specialiter con- & substituit. Frater autem † pro fratre in integrum restitutionem, etiam principaliter, sine speciali mandato petere potest, tunc, cum consors litis est, c. *constitutus. dict. tit. Couar. lib. 1. variar. resolut. c. 6. n. fin.* Adde, quod quamuis Actores in integrum restitutionem petierint, eam tamen non impetrarunt.

Submissum in puncto deuolutionis ac defensionis: Deinde super admissione grauaminum. In puncto deuolutionis expediendum est, in prima instantia Wilhelm Widing/cu duobus fratribus, Gerardo & Heinrico, litem hanc coniunctim instituisse: a sententia vero 18. Iunii, An. 77. lata, solum Wilhelmum appellasse, & post lapsa fata, praestito iuramento paupertatis, ex singulari priuilegio pauperum, ad prosecutionem appellatio-

lacionis 16. Iulij Anno 78. solum admissum. Vnde videri potest, quia dicti illius fratres nec appellaverunt, nec Appellationem à Wilhelmo interpositam intra fatalia prosecuti sunt, nec postea idem iuramentum præstiterunt, quoad illos appellacionem esse detertam. Etenim quamvis appellatio vnus, reliquis etiam cõsortibus ex communi beneficio, si ¶ appellacioni non contradicatur, proficit. *cap. cum vna sententia, ibi Franc. de appellat.* Tamen id tunc demum procedit, ¶ cum omnes communi iuri innituntur: non etiam, si singulari priuilegio appellans iuuetur: veluti, si ex persona sua, propter ætatem, restitutio in integrum sibi competat. Hoc enim ¶ casu vnus appellatio, reliquis confortibus non prodest: *textus in l. 2. C. si vnus ex pluribus, vers. tertio requiritur.* Idq; maxime obtinet, cum de indiuiduo agitur *l. vnica. C. si in communi eademque caus. rest.* Verum hoc non obstante, commodum huius appellacionis ad fratres Wilhelmi nihilominus pertinere existimat. Appellatio enim illius, qui iure peculiari vtitur, tantum eo casu confortibus non prodest, cum ius illud contra sententiam est directum. *d. l. 2. & Franc. dict. loco.* Atqui nostro casu, beneficium paupertatis, contra vel pro iure sententiæ facit nihil, sed tantum aduersus periculum fatalium proseguendæ appellacionis tempus laxius appellanti tribuit in negotio principali, cum fratribus suis, idem ius fauet. Accedit, quod prosecutio ¶ appellacionis, tanquam quæ in facto consistit, est indiuidua: & in indiuiduis regulariter proditum est, quod in 7 capax ¶ gaudet priuilegio capaxis. *l. si communem, quemad. seruit. amit. l. si emancipati. ibi Ias. num. 5. C. de collat. bon.* Et hac ratione quis ¶ ex persona alterius consequitur, id, quod ex sua persona consequi non posset. *d. l. si emancipati.* Exempla quam plurima repetiuntur apud *Gail. lib. primo, de pace publ. cap. 6.*

De grauaminibus: Ad probandú an admittenda sint, vbi de meritis causæ principalis ex primæ instantiæ actis prius constitit, in fine videbo.

Quæ actio?

Referens putat petitione hæreditatis actum: quoniam ex conclusionibus libellorum, primæ & huius instantiæ patet. In hæritate sunt ¶ bona, tam mobilia, quam immobilia, quæ patruus Actorum, Arnold. Buding. ab intestato reliquit, & deficientibus naturalibus & legitimis liberis, ad eos, tanquam proximos suos agnatos, & hæredes, transmittit: qui & hæritatem animo adiuerunt. Et cum bona illa à Reis possideri asserant, sibi, tanquam veris hæredibus, restitui petunt.

An probata?

Quod d. Arnoldus, & pater actorú, Bernhardus, legitimi & naturales fratres fuerint, fatentur Rei in vltioribus respõsionibus ad primum articulum libelli conuentionalis. Similiter pure fatentur, ad 4. & 5. articulos, quod idem Arnoldus, post mortem sui fratris Bernardi, Anno 43. obierit, & nullos liberos reliquerit: quod etiam Actores, filii d. Bernardi sint, iidem Rei ad secun-

dum & tertium articulum, dicunt non hõren sager war. Ex communi autem opinione & fama, ¶ cõditio alicuius & consanguinitas recte & sufficienter probatur: *Bald. in l. 1. in princip. C. de Testib. Paleorus in specul. c. 23. num. 3.* Et testimonium de auditu, ad ¶ probandam consanguinitatem, validum est. *l. c. ex quadam. de testib.* Deinde tres testes, viri graues coram B. senatu; quod actores d. Bernardi filii sint, liquido depofuerunt, de quo in instrumento *litera F.*

Quod hæritatem adiuerunt, diferte in articulo septimo ipsi affirmant, quod satis est, quamuis sine hac enunciatione actus eorum hunc animum declarent, videlicet, quod super hæritate transegerunt, & iam eandem petant: *l. gerit. de acquir. hered. Schurff. conf. 95. n. 4. cent. 1.* Et sic à parte Actorum, Actionis institutiæ requisita sunt impleta.

A parte Reorum possessio requiritur, ¶ nõ que libet, sed ea tantum, quæ nullum alium titulum habet, quam pro possessore, & pro hærede, *l. regulariter. de hered. petit.* Actores asserunt, ¶ Reos pro possessore possidere, contra quod tamen facere videtur: Primo, quod Rei pro Emptore: Secúdo, quod ex causa Transactionis possidere, Acta annuant. Tertio: Ipsi Actores in secunda supplicatione Episcopo Monasteriensi exponunt, Reos domum & hortum, ne quidem possidere, sed vèdidisse domum pro 350. Goldgulden. Hortum pro 60. thaleris. Verum responderi potest: Quoad vèditionem, eam esse vel ipso iure nullam: quia res minorum, ¶ sine consensu Tutorum, & decreto Iudicis alienata, dicitur, vel saltem rescindendam, eo quod vili precio, & quidem infra dimidium iusti valoris distractio facta sit.

Quoad Transactionem, eam ex falsis instrumentis initam, Actores dicunt, & ideo, secundum quorundam opinionem, nullam, vel secundum communem, per in integrum restitutionem annullandam. Iuris autem est, titulos nullos ¶ illegitimos & iniustos, cum titulo pro possessore, in petitione hæreditatis concurrere. *l. nec vllam. §. omnibus. de petit. hered.* Et in specie respõsum est: contra eum, ¶ qui vili precio emit, etiam si bonæ fidei possessor sit, vtilem actionem dandam. *d. l. nec vllam. §. quod si quis.* Pari ratione responderi & ad tertiam obiectionem potest, quia Rei dicuntur mala fide hæritatem emisse, & mala fide postea de ea transegisse, præsumptio est, vt actionem institutam eluderent: Dolo malo domum & hortum in alios transtulisse: quo casu ¶ dolus pro possessione est *tex. in d. l. nec vllam. §. is autem. l. sin autem de rei vend.* Idque in vniuersum in quauis reali actione obtinet. *d. l. sin autem. §. si homo. Bartol. in l. 1. num. 23. de alien. iud. mutandi caus. fact.*

Concludit etiam in Reis requisita institutiæ actionis constare.

An Elisa?

Rei exceptionem Transactionis in peremptorialibus opponunt: ex reliquis actis, etiam exceptio emptionis & venditiæ hereditatis elici potest.

Verum priore discussa, etiam de posteriore iudicium facere licebit: Transactionis hæc est conditio. Actor, Wilhelm Widing/ maior factus, Anno 63. ad Dominum Episcopum Monasteriensem, Bernhardum, conquestus est, venditionem controuersæ hæreditatis, se ac fratribus suis, in fra legitimam ætatem constitutis, sine tutoribus, sine consensu præfectorum, contra consuetudinem Bergensem factam, & in ea longe vltra dimidium iusti precii se læsos, petiitq; Reos vel ad dictam hæreditatem restituendam, vel, vt per viam Transactionis sibi satisfaciendam, compelli. Episcopus, vtraque parte in scriptis audita, consiliariis suis negocium committit, quorum interuentu atq; auctoritate tandem 18. Ianuarij Anno 64. hæc controuersia componitur, hoc pacto, vt Rei Actoribus intra 14. dies, 50. thaleros soluerent: Contra, Actores contractum venditionis factæ confirmarent, ab instituta actione desisterent, nec vnquam eam renouarent: simulq; literas omnes, quas à senatu Bergensi impetrassent, Reis traderet; nec illis, vel aliis similibus in posterum vlllo tempore vterentur. Hanc Transactionem Rei probarunt, authentico illius instrumento, cuius sigillum etiam Actores ad septimum articulum peremptorialem agnouerunt, & vna cum Refutationis scriptis in originali, similiter producerunt. Sed obiiciunt Actores, eam ex falsis instrumentis esse initam.

De vi autem & potestate Transactionis ex falsis instrumentis inita, non vno modo interpretes sentiunt, Fulgof. ad l. pen. C. de Transact. & Zas. lib. 1. sing. resp. c. 13. eam ipso iure nullam esse defendunt. In contrarium est omnium fere interpretum, ad d. l. pen. sententia: videlicet, eam ipso iure subsistere, sed per restitutionem in integrum retractari posse. Eamque opinionem veriorum existimat, cum d. l. pen. diserte vtatur verbo, retractari: quod verbum ad ea, q; quæ ipso iure non valent, accommodari non potest. Ea enim, quæ nulla sunt, rescissione vel retractatione opus non habent, leg. nam etsi sub conditione. de iniust. rupt. & irrita test. Atque hanc opinionem contra Fulgofium & Zasium nouissime defendit Menoch. & vtriusque argumentis respondet lib. 2. de arb. iud. q. cas. 15. per tot.

Instrumenta, quæ Transactioni causam dederunt, Actores in libello, articulo 14. Transportum emptionis, in replicatorijs articulis, artic. 3. Præterea literas commendatitias ad Iudicem Bucholdiensem, Nicol. Mum. Item instrumentum confirmatorium emptionis & immissionis: Item Apocham Actoris, de recepto emptionis precio, fuisse affirmant. De singulis videndum.

Et quidem, quoad Transportum venditionis, in eo exponitur primo, venditionem factam, à legitimis Actorum minorennium tutoribus, videlicet Sebastiano Wofstuf / & Cornelio Wilhelm/ ciuibus Bergensibus: Contra per instrumentum, sub lit. D. Exhibitum, demonstratur, Actores post obitum patris, viuentis adhuc matre, & imprimis Anno 47. quo venditio facta perhibetur, nullos Tutores habuisse: Sed à matre alios tutores, nem-

pe N. & N. Anno 48. in testameto primo ordinatos, & post illius obitum confirmatos, ac libris Camera pupillorum inscriptos, vnus quoq; ex assertis tutoribus videlicet Cornelius Wilhelm/ bis, diuersis temporibus, nimirum 13. Martii, An. 63. & 18. Decemb. Anno 73. iuratus deposuit, se nec tutorem dictorum liberorum vnquam fuisse, nec dictæ venditioni interfuisse secundum conuenta instrumentorum, G. & F. signatorum, atque vnus testis, q; contradicens instrumento, reddit illud suspectum, in tantum, quod nullam fidem faciat, l. l. §. si quis neget. ibi glossa & Bart. quemad. restam. aperiantur. Egid. Bossius in pract. crimin. tit. de fals. num. 5. & 41. Deinde in eodem Transportu commemoratur; magistros Camera pupillorum, in d. venditionem consensisse. Contra, ostenditur Instrumento D. notato, magistros pupillorum in eam non consensisse. Atq; hæc duo fere sunt, quæ falsitatem transportus arguunt. Illud de quo habetur in instrumento lit. C. videlicet, quod transportus in registro ciuitatis, per scabinos subscriptus non fuerit, nullitatem illius deregat, non etiam falsitatem. Addi tamen potest superioribus, vicium falsitatis q; quodammodo elucere ex eo, quod transportus non dicitur sigillo Ciuitatis Bergensis munitus, ac à Secretario subscriptus, quod tamen, in publicis illius Ciuitatis instrumentis fieri solere, omnia Actorum instrumenta conuincunt. Addi etiam potest transportus & reliquorum instrumentorum, q; quibus Rei in transactione vsi sunt, exhibitionem, Actores aliquoties in prima instantia postulasse, eamq; ab illis expresse recusatam in quem casum eiusmodi instrumenta falsa esse presumuntur. l. fin. C. de fid. instrum.

Quoad literas commendatitias, ad Iudicem Bucholdiensem scriptas, eas subreptitias, & sine senatus Bergensis consensu, sine & dolose à Clericis, siue famulis, id est, scribis Ciuitatis conquisitas, diserte affirmat instrumentum lit. C. signatum.

Quoad instrumentum confirmatorium emptionis & immissionis à Iudice Buchold. Reis datum, illud ipsum nec in hac, nec in ea instantia est exhibitum, nec falsitatis vitio labefactum. Et quamuis nullum, tanquam super contractu nullo erectum, merito censetur: non tamen & ideo falsum dici potest.

Item & de Apocha Reorum super precio venditionis recepto constituit. Receptionem etiam precii ipsi Actores fatentur, dum illius restitutionem offerunt.

Concludit, falsitatem transportus tatis superque probatam: idque ad falsitatem venditionis ostendendam satis est: de reliquorum dictorum documentorum falsitate non tantopere laborat, cum vel accessoria, vel consequentia sint principalis contractus. Sic etiam si subsistant, ad illius euerfionem, etiam falsi labe notata, nil operarentur. In falsi enim excussione q; tantum abest, vt actus & res singulas per se subsistentes non consideremus, vt etiam singulorum actuum & rerum singula

singula capita, ita à se inuicem separentur, vt vnus
 falsitate reuelata, reliqua tamen in suo vigore per
 sistant. *d. l. pen. C. de Transact.* Rei, vt exceptionem
 transactionis contra Actores tueantur, cōtra falsi
 asperionem retorquent Actores iisdem mediis
 & literis, quib. nunc vtuntur, etiam tēpore Trans
 actionis contra se vsos: ex quo tacite inferunt, si
 falsum commissum est (quod tamen pure nun
 quam confessi sunt) tamen de eo Actoribus, tem
 pore Transactionis constituisse, & super eo transe
 gisse. Idque vt probent, producunt *Wilhelmi A
 ctoris supplicationem*, domino Episcopo ante
 transactionem exhibitam. Certi autem iuris † est,
 23 super falso transigi posse, *dict. l. pen. C. de Transact. l. i.
 p. significas. C. ad l. Corn. de fals.* Sic de dolo † in
 24 uersum transigere licet *l. actione administrata tutela.
 C. de Transact.* Idque de dolo præterito, non etiam
 25 futuro intelligendum cū generaliter pacta, † per
 quæ ad delinquendum occasio præstat, iure re
 probentur, *l. illud conuenire. de pact. dotal. Dd. in dict. l.
 actione.* Proinde videndum, an super falso Transac
 tum? Pro negatiua hæ rationes faciunt: Primo,
 Rei, falsum in instrumento transportus commis
 sum, aliquoties in actis, præsertim in responsioni
 bus ad articulum 13. libelli. Item, 14. 15. 16. articu
 lum Replicatorium: Item ad quartum & quintū
 articulum der Refutationschrift / aperte negant.
 Fieri itaque non potuit, vt Transactio ex sententia
 26 eorum interueniret, cum priuatio † præsup
 ponat habitum. Secundum ex hoc innascitur, cū
 27 in actu negato † nemo se fundare possit, quod
 Rei vel ex hac sola causa, etiam falsi obiectionem
 elidere, nullo modo queant. Tertio: ex supplica
 tionibus Actorum quas Transactio subsecuta, ap
 paret, eos de enormi læsione, vltra dimidium iu
 sti precii principaliter conquestos, & tantum eo
 nomine Reos sibi condemnari, vel ad transigen
 dum, petiisse. Ex petitione autem de causa peten
 di, in libello constitui debet. Quarto, ex Transac
 tionis instrumento patet, duab. tantum ex cau
 sis Actores venditionem impugnasse, de quibus
 etiam transegerunt: nimirum, *daß sie im Kauff ver
 fortheilt/vnnd sonst kein beständige Verordnung ih
 rer Vormünder gehabt.* Quoad primam causam,
 28 naturaliter euenit, † quod contrahentes sese in
 uicem decipiant, idque sine dolo, ex proposito, &
 29 consequenter, sine falso (falsum enim † sine do
 lo committi nequit communem dicit *Iul. Clarus
 lib. 5. §. falsum. n. 33.*) *l. in causa cognitione. §. idem Pom
 ponius. de minor. l. item si precio. §. quoniam. locat. l. si quis
 eum aliter. de verb. oblig.* Quoad secundam causam
 fieri potuit, Actores tempore venditionis habuisse
 tutores, vel legitimos, vel testamentarios, quā
 uis non legitime confirmatos: idque verbis, *kein
 beständige Verordnung/videtur significatum.* Fieri
 etiam potuit, eos habuisse, qui pro tutore corū
 negocium gesserint: cum tamen nec legitimi, nec
 testamentarij, nec Datiui fuerint. Atqui hi casus
 omnes à macula falsi abesse possunt. Cum itaque
 in d. Transactionis instrumento, Transactionis
 causæ diserte expressæ sint, nec falsi crimen sub

illis comprehendatur, iuris intellectu ab iis remo
 uetur: per regulam: Inklusio † vnus est exclusio
 alterius. Atque adeo vltra has duas causas specifi
 catas, ne quidem ipsos Domini Episcopi confi
 liarios & transigentes, Transactionem extende
 re voluisse, verba mox sequentia videntur decla
 rare, scilicet: *Daß sie zu entlicher Hinlegung der Ge
 brechen/ re. Item, daß Actores von angemasser jert
 ger Klag abstehen/re.*

Quinto: quamuis Transactio generalis sit, &
 generalis renunciatio illi subiecta, in verbis: *Daß
 Actores gänglich/vñ all von ihren Forderungen ab
 stehen/re. Item: Alle Gerechtigkeit vñ Behülff über
 geben/vnnd dero keinen gegen beklagten brauchen sol
 len:* Tamen exceptiones generales, † simulationis
 31 (cuius species falsum) nullius sunt momenti: *Bar
 tol. consilio 65. numero secundo, lib. 1. prout est in consi
 lio, ex parte exhibitio.* Addit: per generalem libe
 rationem † non videri quem liberari à dolo *l. Au
 32 relio. §. Carus. ibi Bartol. l. non solum. de lib. leg. quem ad
 modum & generalis renunciatio, exceptionem
 doli & simulationis non includit, Roman. l. si quis
 cum aliter. de verb. obligation.* Imo in terminis rescri
 ptum est, † de dolo non aliter, quam specialiter
 33 transigi posse, *d. l. actione administrata.* Porro pro Re
 gula traditur: cum lex † specialiter quid requirit,
 34 renunciatio generalis non sufficit, *l. fin. §. omnem. de
 admini. tutor. Bartol. l. 1. in fin. si quis in ius voc. non.
 gloss. in Clem. 1. verb. specialiter de iud. Thoming. decisio.
 1. numero 2.* Sexto: quia ex Transactionis instru
 mento non constat, in tractatu vllam falsi men
 tionem factam, idque sic se habere, Rei constan
 ter passim confirmant: Nullus autem Actus, † si
 35 ne cognitione celebratus, iure subsistit: *Bartol.
 in l. prolatam. Cod. de sent. Dec. in terminis, consilio 479.
 numero 7.* Septimo, ex documentis per Actorem
 ad demonstrandum falsum exhibitis, constat, ea
 omnia, præter id, quod D. signatum est, post initā
 Transactionem edita, & Actori communicata:
 falsum itaque commissum ante ignorauit, & sic
 transigere super eo non potuit: Cum Transactio
 tantum ad ea † quæ scimus & in quæ consenti
 36 mus, pertineat. *dict. l. non est ferendus. de Transact. l. si
 desertare. C. eod. Octauo: Ex d. l. fin. C. de Transact.
 Transactiones ex falsis instrumentis initæ † tum
 37 demum retractantur, cum falsum vel ciuilitate,
 vel criminaliter (ita sonant *dict. l. verba*) reuelatur:
 Quod sine iudicio fieri nequit: Atqui nulla actio,
 nec ciuilis, nec criminalis, contra Reos ab Acto
 re ante Transactionem instituta fuit: inde vide
 tur consequi, quod etiam super falso transigi non
 potuit.*

Pro affirmatiua: Quod non tantum super de
 ceptione, ex re ipsa, vltra dimidium iusti precii, e
 mergente: Sed etiam ratione falsitatis Transactū
 fit, hæ faciunt rationes.

Primo: Actor ex obligatione Transactionis Reis
 vel parentibus, tradidit documēta *C. D. G.* & ab iis
 dem Reis producta: quibus nullitas emptionis,
 & falsitas transportus de ea confecti demonstra
 tur. Consequens itaque est, Actorem hac tra
 ditione;

ditione, non tantum nullitatis, verum etiam omnem falsitatis querelam, per Transactionem remississe. Qui enim litteras alicui tradit, ius omne, quod illi ex litteris competit, in accipientem trāfert: Quemadmodum in simili proditum est, eum, qui instrumentum alicui donat, actionem & res, quæ eo in instrumento continentur, donare, l. 1. C. de don. l. 1. in l. seruum filij. §. eum qui Chirographum. de leg. ar. Sed negat Actor, d. documenta à se Reis tradita. Resp. Negatiuam hanc probare oportebit, cum multæ præsumptiones sint in contrarium. Prima est, quod aliorum documentorum traditio nulla, ne quidem ab Actore allegatur, quæ tamen per Transactionem illi fuit iniuncta. Secunda: quod data eorum indicant, ante Transactionem fuisse confecta. Tertia: quod ab Actore, illiusque fratribus, ad illorum instantiam dicuntur impetrata. Quarta: quod tantum pro Actoribus faciunt; contra Reos tantum, ad detegendum suum crimen sunt directæ. Quinta, quod in der Refutationsschrift/circa recognitionem dictorum documentorum, Actor homo simplex, & factus, non sigilla statim agnouit solum, verum etiam Secretarii (cum quo tamen illi parum familiaritatis interuenisse credibile est) manum: addito illius prænomine, de quo tamen ex omnibus instrumentis constare non potuit, expressit. Sexta, quod Postquam Rei, ut, nunquid d. documenta parentibus suis tradidisset, se declararet, vehementius vrgerent in der Schrift/ intittuliert/ Abrechnung der jüngsten Einlagen/ fol. 123. ad interrogatum nil categorice respondit: Sed aliud, quod non erat postulatum, subiicit, videlicet, quod Consiliariis ea nec exhibuerit, neque illi super iis cognouerint, nec postulatum ad rem faciat: Hinc tacite traditionem videtur fateri. Septima: quod vel verius certa probatio est: documentum ab Actore sub lit. D. productum etiam in dato congruit, cum documento sub eadem litera à Reis exhibita, & illud tantum huius latina est translatio. Ex quibus omnibus manifestum videtur factum, documenta Reorum, ab Actore in illos profecta, maxime cum Actor contrarii probationem ne quidem tentet. Quod autem dicta documenta falsitatis argumenta contineant illa, quæ D. & G. notata sunt, aperte conuincunt, si cum transportu conferantur, & aientia negantibus opponantur.

Non obstat, Reos d. documenta in productione iisdem characteribus, quibus Actor sua, signasse. Respondetur enim, quod hoc Actores non læsit, nec substantia contentorum mutata est per hoc. Et licet Aduocato, qui iustam causam fouenti, decipere aduersarium, ad consequendam victoriam; Mynsing. obseru. 6. cent. 3. Couar. libr. 1. variar. res. sol. cap. 2. Non obstat etiam, Actorem eis documentis ad falsi demonstrationem non uti, sed alia, eaque plane ab eis diuersa edidisse? Respondetur enim: Quamuis data sint diuersa: quæ argumenta tamen & contextus verborum vtrinque consonat, nec plus hæc, quam illa, ad falsi probationem fa-

ciunt. Quin instrumenta falsa denotata litera D. in datis conueniunt, eaque vel sola probant, Actorem tempore Transactionis, scientiam falsi habuisse. Denique non obstat, quod in Actorum documento C. de falsitate literarum commendatitiarum, ad Nicolaum Mum. Iudicem Buchold. post Transactionem primum sit edoctum, quod in instrumento Reorum erat omissum: Respondetur enim, falsitas transportus, quæ falsitatem earum literarum eo ipso, quod Transportum dicunt, infert. Atque adeo hoc non attento, ex solo Transportu, non etiam ex dictis commendatitiis literis, aliquid ius in controuersis bonis, Reis accedere potuit. Imo cum literæ illæ tantum de validitate Emptionis, illiusue transportus veritate mentionem faciant, & sic relatiuæ sunt ad transportum solæ, sine exhibitione Transportus contra Actores Reis commodare non potuerunt. Instrumentum enim alterius instrumenti mentionem faciens, sine illo nullam fidem facit. Auth. si quis in aliquo. ibi Alexand. numero 11. Socin. numero 3. C. de edend. Hinc efficitur: etiamsi demus, Actorem falsitatem d. literarum, tempore Transactionis prorsus ignorasse: Tamen falsitate hac detecta, ex ea causa Transactionem non posse retractari. Cui enim instrumentum, quod falsum dicitur, producentem parum iuuat, Transactio ex illo instrumento inita non rescindetur. Hanc limitationem ad d. l. pen. ex veteribus ponit Alex. num. 2. Sequitur Ias. num. 1. facit c. ex literis. de fide instrum. Secundum argumentum, quod super falso etiam Transactum est, lumitur ex Transactionis generalitate, cui generalis renunciatio est coniuncta. Transactio generalis quæ porrigitur ad omnia ea, de quibus inter conuenientes est cogitatum, l. non est ferendus leg. cum Aquiliana: de Transactionibus l. sub prætextu specierum. ibi omnes. C. eod. Sufficit autem in genere de iis transigentes cogitasse nec expressio verborum requiritur. l. qui cum tutoribus. §. prima. & §. fin. de Transact. facit l. qui iure. de testa milit. Ratio est, quod Transactio quæ consensu perficitur, qui non in verbis, sed animo consistit, l. 1. §. 1. de pact. Hoc sensu procedunt illæ regulæ: Generalia verba quæ generali ter sunt intelligenda, & generaliter præiudicant. Item, tantum operatur generalis dispositio, quoad omnia, quantum specialis dispositio, quoad specialiter enunciata: de quibus rebus Tiraquel. in præfatione ad l. si vnquam. num. 117. cum plurimis seqq. C. de reuocand. donat. & Thoming. decis. 1. per tot. De qua re autem cogitatum sit, præter alia, ex subiecta materia, & sequentibus colligitur. Plene Cisnerus in tractat. de Transact. ad dict. l. cum Aquiliana, num. 4. Hæc ad speciem accommodemus. Materia, super qua in nostro casu Transactum dicitur, est rerum hæreditariarum venditio, quæ partim nulla fuit, partim falsa. Præcesserunt Transactionem supplicationes Actoris, quibus meo iudicio, satis aperte falsitatem Domino Episcopo exposuit. Nam in supplicatione vna, cum euentualibus conclusionibus à Reis exhibita, & in actis extrajudicialibus repetita, primum in genere Actor ait:

ait: Daß Rei ihre Brieffe taliter qualiter lassen zu-
ruffen vnd vberkommen. Item, Daß sie nit beweisen
können/daß der Kauff auffrichtig/(verbum hoc ma-
gis falsitatem, quam nullitatem significat, cum ea,
quæ nulla, dolo vacare possit) vnd daß der Auf-
gang/coram tenatu Bergensi, durch ihre Vormün-
der/vnd Consent der Waisenmeister/ihrem Verfüh-
men nach(his verbis in iur., Reos falsum dixisse, &
dicere) geschehen seyn solt. Deinde paulo post, sub
finem, specialius exprimit, in quibus venditionis
transportus falsus sit, videlicet: Daß die Güter ohne
Consent ihrer Vormünder vnd der Statt Waisen-
meister verkauft. Item, Daß die Waisenmeister vom
Handel nichts wissen/sie auch die Zeit kein Vormün-
der gehabt. Atq; cum hæc omnia transportus vera
dicat, consequitur ex natura contrariorum, Acto-
rem dictis verbis transportum falsitatis notare.

Proinde cum ante Transactionem Actor fal-
sitate sciuerit, & de ea conquestus sit, per subsecu-
tam Transactionem generalem, etiam falsum, rem-
misse consentaneum est, d. l. non est ferendus, vbi
Celsus, generalem Transactionem ad legata, &
inferiore & posteriore parte testamenti relicta ex-
tendi nec vult audiri eum, qui tantum de priori
parte testamenti se cogitasse censetur, dum modo
nouerit, quid scriptura instrumenti cōtineretur.

Tertio repugnat, quod artic. 24. 25. scientiam
falsi quodammodo in Actoribus, tempore Trā-
actionis demonstrant. Ponunt enim, Daß Appel-
laten sich auff etliche widerrechtliche außbrachte Brieff
vnd Siegel in transactione gelehnt / vnd daß Ap-
pellant seinen nottührftigen Gegenbericht darauff zu
56 thun sich vielfältiglich anerbotten/(Bericht ꝛu thun/
præsupponit scientiam.)

Quarto: Exceptionem Reorum tutatur, quod
in l. ipse significas, C. ad l. Corn. de fals. describitur. Quo
57 etiam pertinet commune axioma, quod ꝛ in ci-
uilibus suspicio falsi sit pro veritate. *Egid. Boss. in
pract. crim. tit. de falsis, num. 5. 13. 79. & tit. de partu sup-
posito, num. 32. Communem dicit Iul. Clar. lib. 5. sent.
de falsum, num. 32. Atque perspicuum est, Actorem
de Reorum instrumentis ante Trāactionem vel
saltem dubitasse, maxime cum in d. supplicatione
ea verba inferuerit, Wie Rei ihre vermessenne Sie-
gel vnd Brieff vberkommen/wirdt zu seiner Zeit her-
für brechen: Ex his quæ dixit, suo iudicio apparere,
Actorem super falso simul transegitte & trans-
actionem subsistere. Non obstāt, quæ pro negatiua
adducta sunt. Nam quoad primam obiectionē,
58 notum est, Transactionem ꝛ fieri super dubiis &
incertis, & negatione etiam veri, eas non vitiari,
quod conuincitur, ex l. post rem iudicatam. in verb. si
negetur indicatum esse, de transact. vbi tamen glossa &
59 d. d. notant, ꝛ in negatione id obtinere, quæ calu-
mnia & doli expers est. Verum transactio cum
Gerhardi Goppers/vnius emptoris heredibus ini-
60 ta est, qui à dolo videatur esse alieni, cum ꝛ in he-
redibus ignorantia præsumatur, l. qui cum alio, de
reg. iur. Deinde quia Actores falsum sciuisse liquet,
61 doli ꝛ scienti inferri non potuit, textus in termi-
nis in l. cum donationis, C. de transact. Nec fraudati pos-*

sunt qui sciunt & consentiunt l. qui autem, §. prate-
rea, de bis, quæ in fraud. l. qui se tibi, de petit. hered. Hoc
ipso satis est etiam secundæ obiectioni, videlicet,
quod ꝛ in Transactione singulare sit, vt super ne- 62
gatis se fundare possit. Et posito, id fieri non pos-
se: tamen generaliter per illud, quod ex negato
resultet, recte se quis tuetur, *Gabriel. libro sexto, titul.
de regulis iuris conclusionem 1. numer. 30. Hinc et si fal-
sum Rei negant: tamen conuenienter se muni-
unt illa Theoria, Transactionem super falso va-
lere. Atque ita etiam concludunt in euentualibus
conclusionibus fol. 133. Actorum. Adde quod etiam
Iudici ꝛ ex officio se super negato fundare licet, 63
*Gabr. d. loco. num. 58. Non obstat tertio, ex petitione
libellorum de causa agendi constitui debere. Ve-
rum quidem est, petitionem libelli. etionem pro-
positam designari: quod si tamen clausula gene-
ralis: ꝛ Omni meliori modo, &c. petitioni subiecta sit, 64
omnia in iudicium deducta censeantur, quæ ex nar-
ratis colligi possunt *Marian. Socin. c. 2. vers. primus ef-
fectus, de libelli. oblat. Amplius est in transactione,
quia generalis transactio ꝛ non tantum porrigi- 65
tur ad expressa, verum etiam ad cogitata: imo in
dubio comprehendit etiam ea, quæ quis ignorauit,
modo in genere de his cogitare potuit, d. l. qui
iure, de testament. militar. Bart. in d. l. sub prætextu specie-
rum, in princip. & ibi Alciat. num. 3. & 17. Idem, de re-
nunciatione generali tradidit *Tiraquell. in præfatio.
ad dictam legem, si vnquam, num. 120. Eodem modo
secundum *Accurs. Bald. Fulgos. Alex. & alios, in d. l. sub
prætextu, differunt, ꝛ sententia & transactio: quod 66
sententia ad acta præcise referatur, cum in inuitū
reddatur. Sed transactio, quæ inter consentientes
perficitur, includit etiam ea, de quibus in genere
cogitatum existimatur. *Alciat. d. n. 17. Quapropter
laxior est ꝛ vis & interpretatio transactionis, quæ 67
libellorum, sententiarum, vel quorūcūq; actuū
iudicialium: & ideo nec ab vno ad aliud inferri po-
test, l. *Papinianus exuli, de minor. Quarto non obstat,
in transactionis instrumento duas tantum illius
causas appositas: Respondetur, vt ante, in trans-
actione ꝛ magis acta & actitata, quam expressa 68
consideranda. Deinde verba: ꝛ Weständige Ver- 69
ordnung einiger Vormünder, falsum significare vi-
dentur: cum contrarium in transportu deprehē-
datur. Et verbis: ꝛ Jeshiger Verordnung/ non tam 70
causa agendi, quam ipsa actio, & res petita designa-
tur: atque adeo ex iis verbis rectius contra Acto-
rem concludi potest, videlicet, quia per ea verba
petitio hereditatis in vniuersum remissa est, ab il-
lius renouatione Actorem iam excludi: quod quæ
hac generali verborum conceptione etiam falsum,
tanquam doli species, simul remotum censea-
tur, mox apparebit.*******

Non obstat quintum: nam simulationis & fal-
sitis species, tempore Transactionis, in suppli-
cationibus ab Actore fuerunt expressæ. Deinde
in allegato *consil. 65. lib. 1. verborum Bart. non est is
sensus, quod in generali renunciatione simulatio
non comprehendatur, sed quod, ꝛ qui agere vel 71
excipere vult de simulatione, speciem simulatio-
nis ex-*

- nis exprimere debet. *Alciat. in l. cum ea qua, n. 6. C. de transact. per c. fin. de renunc. in 6. Præterea in d. l. actione*
- 72 *administrata, vox † species, non accipi debet de individuo, videlicet, vt doli expressam mentionem facere necesse sit: sed sufficit, si dicatur, renunciatum omnibus actionibus, ex quib. ad rem expressam agi potest. Cum enim † sine actione nemo ex*
- 73 *periat, si omni actioni ad rem petita competenti (veluti in nostro casu patet ausi Fürstlichem Decretis in verb. Gänzlich vñnd all) renunciatur, dolus etiam remissus intelligitur. gl. & Bart. in d. l. actione. & ibi Alciat. n. 30. & Suard. n. 8. Bart. in l. 1. si quis in ius voc. non ier. Hinc ex sententia Fulgos. in d. l. actione.*
- 74 *las. n. 11. tradit: si quis simpliciter liberat, non † includitur dolus, secus si in specie quamcunque actionem remittat. Quæ verba, quamuis generalia etiam videantur, non tamen accipi debent de genere generalissimo, sed de genere subalterno, quæ admodum Thoming. decis. 1. distinguit: vbi in tanto dissidio Doctorum, de generalibus renunciationibus talem regulam in substantia tradit: in renun-*
- 75 *ciationibus, † verba omnino generalia, vel generalissima nihil operari, sed generalia subalterna sufficere Thoming. d. decis. 1. n. 14. 17. 19. 20. 24.*
- 76 *Nec obstat sextum: Transactio enim † cognitionem non requirit, vt sententia, & alii Iudicis actus, quos certos esse necesse est. Transactio autē*
- 77 *de incertis interponitur, quin de rebus † per cognitionem causæ decisis Transactio fieri nequit l. si causa cognita, Cod. de transact. l. eleganter, §. si post, de cond. indeb. Atq; hoc ipsum etiam aliam obiectionem Actoris refutat: quod Consiliiarii Episcopi instrumenta, quæ tempore transactionis penes se habuit, nec viderint, nec examinarint. Cui accedit, quod res inter transigentes tantum acta, & ipsorum mutuo consensu expedita fuit. Auctoritas & præsentia Iudicis & magistratus, actum extrajudicalem, qui voluntatem partium considera-*
- 78 *rat, non perficit: quamuis præsumptionem † doli & metus excludat, l. 1. de præd. & aliis reb. minor. l. pacta nouissima ibi las. num. 5. C. de pact.*
- Non obstat quoque septimum: quia ex instrumentis, quæ tunc temporis Actor in manibus habuit, de falso illi constituit. Imo instrumentum D. quod post transactionem in iudicio produxit, manifeste in d. o indicat, quod ante transactionem penes eum fuerit, neque vllum clarius reuelat falsum, atq; illud ipsum: taceo, quod in ipsa transactione Actor super instrumentorum prioribus similium productione expresse renunciauit.*
- Postremo, nihil ad rem facit: transactionem sine reuelatione falsi fieri non posse. Id enim in d. l. pen. C. de transact. non proponitur: quamuis velit, restitutionem in integrum contra transactionem, sine cognitione super falso, non cõcedi, quod iuri*
- 79 *communi consonat, quod quilibet in † integrum restitutio plenam causæ cognitionem requirit, l. omnes, de in integr. restit. Hæc de exceptione transactionis: quæ si iure valida est, exceptionem emptæ & venditæ hereditatis simul confirmat. Si valida non est: quia ex superioribus constat, emptionem*

ipso iure fuisse nullam: illius quoque exceptio actioni institutæ nihil derogabit, sed eo casu pro Actore pronunciari debuisset. Suo autem iudicio sentit & concludit, dictam Transactionis exceptionem iure valere, atque actorum intentionem peremisse, & consequenter, in prima instantia bene iudicatum, male appellatum. Quod si tamen Domini hanc sententiam aliis argumētis sibi exmerint, & ostenderint, probabilius esse, Actorem tempore transactionis falsum ignorasse, non refragabitur, si iuramentum illi deferatur, per quod ignorantiam, † vt puta, quæ in animo consistit, 80 probet, eoque casu, vt prior sententia reformetur, in integrum restitutionem, ad rescindendam transactionem nostro casu necessariam non esse existimat, per ea, quæ tradit ad d. l. pen. C. de transact. Bart. n. 8. Alex. num. 7. Alciat. n. 16. Felm. c. licet causam, n. 39. de probat.

An grauamina Camerae sint ad probandum admittenda. Noua, quæ hic deducuntur, videntur esse. Primum, Appellanti a Consiliiariis Episcopi ad transigendum metu compulsus. Sed præsumptio est in contrarium: Præsentia enim † iudicis omnem metum remouet, etiam tunc, cum Iudex est peruersus, vel vnus Ribaldus, vt loquitur las. in d. l. pacta nouissima, n. 7. C. de pact. Amplius in actis prioris instantiæ, in der Ablehnungsschrift/ sol. 125. Actor ponit & dicit verum, daß der Beklagten Eltern vor den Rächten/ve. mündlich gegen einander gehört seyn/ vñd man darauff mit ihm angefangen zu handeln/ vñ zu einem Vertrag zu vermähnen: Atque hoc ipso illud etiam euertitur, quod ponitur in articulo 28. 32. grauaminum: Daß man ihm einen Vertrag oder Transaction zugemutes/ vñnd nolenti & volenti auffgetrungen. Addatur, quod Actor in supplicatione M. notata, in fine petit, Episcopus woll die Sach durch die Räch verhören/ vñd in der Gütenach Befindung entscheiden lassen. Plane non sufficit † allegare metum in genere, 82 sed de specie metus probandum est, rext. in l. interpositas, C. de transact. l. cõtinet, cum seq. quod mer. caus. Proinde Actoris de metu exceptio est inanis. Et posito, in specie de metu atroci exceptum fuisse: tamen cum ex pacto transactionis post interuallum Actor quinquaginta thaleros accepit, per hoc merus, ante hoc illatus, fuffet purgatus, per l. 2. C. de his qua vi metusque caus.

Secundum grauamen est, quod Appellans tempore Transactionis nit gehört worden/ noch 14. Tag bedacht oder Copen vñd Verlesung der Gegentheil Brief/ mit 14. Tag gehalten mögen. Verum præterquã quod se auditum fuisse in der Ablehnungsschrift expresse affirmat, etiam causæ cognitio necessaria nõ fuit, de quo supra. Deinde dilationes † in extrajudicialibus actibus, sine præiudicio, conceduntur & denegantur. Interuallum, quod ad solutionem, & pecuniæ permiffæ receptionem interuenit, dilationis loco esse potuit: nam in illius potestate fuit, post transactionem pecuniam non recipere, sed de metu, vel alias excipere, & cum metu in receptione simul interuenisse, nec quidem al-

dem allegat. Ideo sicut metus, ita denegatae dilationis exceptio nihil operatur. Sed nec inspectione † documentorum opus fuit, cum extra casum testamentorum & codicillorum, sine inspectione tali trāsigi possit. *l. de his, de transaction. l. Lucius Titius, §. final. ad Trebellian. ibi Dd.* Imo praesumptio est, Actori copiam inspiciendi & describendi factam, ex eo, quod copiam literarum ad Nicolaum Mum. scriptarum, ipse iudicialiter produxit, quas tamē aliunde quam à Reis nancisci vix potuit. Et in civitate Bergensi repertas eas, nusquam, ne quidem verbo indicatur.

Tertium & vltimum grauamen, quod Actor etiam in transactione ultra dimidium iusti precii se laesum affirmat: Resp. In transactione iustum precium consideratur, non † in re, de qua lis est, sed in dubio litis euentu, cuius valor tantum inspici debet. *gloss. in l. Lucius Titius, §. final. ad senatusconsultum Trebellian. & ibi Aug. Bart. in d. l. 2. num. 7.* Cum autem hunc dubii euentus valorem Actor ne quidem articularit, allegatio laesionis etiam ex sententia eorum, qui transactiones *ex d. l. 2. rescindi* putant, nullius est momenti. *Matth. de Affl. decis. 220. num. 3. Alex. cons. 42. num. 12. lib. 1. vbi simul dicit, contrariam opinionem esse magis communem.* Deinde quia Actor iustum rerum hereditariarum precium nouit, tempore transactionis decipi non potuit, & ideo ex sententia omnium, solis, *Albertico, ad d. l. 2. num. 12. & ibi Pinel. part. 1. c. 2. n. 11. exceptis, remedium d. l. 2. cessat. Didac. Couarru. lib. 2. variar. resol. c. 4. n. 2. Pinell. d. loco, n. 10. vide Gail. lib. 2. obs. 1. num. 6. vbi dicit: Praesentia † Iudicis excludit beneficium, d. l. 2.*

Concludit, ex adductis causis grauamina ad probandum non admittenda, sed pronunciantia, bene iudicatum, male appellatum: Expensas compensabit, quia causa tam in facto, quam in iure, quodammodo dubia videri potest.

Aliud in eadem causa.

D. C. Correferens: Iurisdictionem putat fundatam, nullitates nullas. Submissum in puncto deuolutionis, desertionis, & admissionis grauaminum, vt Referens. Causam deuolutam, nō desertam, ex iisdem, quae à domino Referente adducta sunt. Actum, vt ex conclusione libelli apparet, petitione hereditatis, eam esse probatam, cum domino Referente.

An Elisa?

Quaestio principalis est, An Actor super falsitate transegerit sciens? Quod sciuerit, addit argumentis Referentis, quia Actor in libellis suis supplicibus, ante Transactionem de falsitate Episcopo Monasteriensis conquestus sit, dicit: *Wirdt auß brechen, &c.* Ideo non dubium, quin per subsequentem Transactionem, super falso etiam transactū dicatur. Atq; per hanc causam omnino arbitrat, Iudicem à quo (scilicet, quod absq; omni dubio animaduertit, Actorem ante initā transactionem de falsitate satis informatum, cum aduersa parte super falso trāsegerit, vt in recessa Principis habetur, zu endlicher Hinlegug, &c.) motum, per fen-

tetiam suam definitiuam Reos ab actione absoluisse, atq; Transactionem ratificasse, praeteritum, cum Consiliariis Episcopi, postea prioris instantiae Iudices, qui transactioni interfuerunt, & decretum suum transactioni interposuerunt, ipsis de meritis totius causae in iudicio controuersis, tanto melius constet, vt tandem liti finis imponeretur. Generaliter enim † omnis trāfactio comprehendit quodcumque pactum, per quod à lite receditur. Dato etiam, quod non simus in causa dubia: cum alioquin materia, † super qua fit transactionis, dubia esse debeat. *Alciat. c. cum contingat, de iur. iur. n. 274. & 275.* Publice enim interest, † transactiones seruari, & ideo non rescinduntur, quamuis deceptus fuisset ultra dimidium iusti precii. *Alciat. in d. l. interpositas, C. de transact. n. 29. 30.* Reperit, quae per dominum Referentem plene, refutatis his, quae pro negatiua opponi possent, sunt deducta: plane suo iudicio nihil desiderari posse, superflue putat plura dicere.

Concludit, actionem probatam, sed per exceptionem Transactionis elisam. Similiter consentit, grauaminibus non admissis, in causa pronunciantium, bene iudicatum, male appellatum, compensatis expensis. Si vero dominis placuerit, ex supra à D. Referente adducta ratione, iuramentum ignorantiae Actori deferre, non refragatur.

Aliud, in eadem causa.

D. L. Submissum in puncto grauaminum, An admittenda? Iuris, quod detur facultas, non deducta deducam; non probata probabo, vtrique parti. Sed Appellans in 23. & seqq. articulis contra transactionem deducit, se non fuisse auditum, deliberandi spacium, & copias instrumentorum recusatum: Transactionem per Consiliarios Episcopi obtrusam, seque per eandem longe deceptam: quae videntur noui articuli. Quapropter, siquidē contra pauperem Appellantem pronunciantium foret, certe imprimis isti articuli ad probandum essent admittendi, *d. l. per hanc.* Cum probationes non angustandae, sed quia pro Appellato magis est resolutus, pro sua persona existimaret, non admittendos, tanquam superfluos.

Quoad principalem causam & punctum: cum Actor replicando adductam Transactionem, ex falsis instrumentis initam, ideoque ipso iure nullam aut saltem beneficio restitutionis in integrum annullandam esse alleget, & instrumentorum falsitates per Reorum partes commissae, multis modis probatae, adeo vt si in viuis essent; non solum ciuilitate, sed & criminaliter essent puniendi. Tota igitur decisio illius causae in eo consistit: An super falsitatibus inter partes antea fuerit transactionis? Et quidem Rei pro fundamento suae intentionis in prima instantia duobus potissimum nituntur argumentis: Primum colligitur ex duplici, primae instantiae, art. 4. 9. 10. Et ex reprobatoria scriptura art. 6. quibus in effectu deducunt, quod Actores, tempore Transactionis, hetten solcher Documenten litera C. D. G. notirt sich gebraucht, vnd darauß Consiliarii die Mißverstand hingeleget. Et ideo

S 2 Actorem

Actorem falsitatem sciuisse ante Transactionem.
 90 Nam qui in genere scit, vel scire debet, & paci-
 scitur, de eo cogitasse censetur, *l. i. ibi Alciat. n. 3. C. de*
paet. Quandoquidem talis scientia ad validitatem
 91 contractus sufficit, & supina ignorantia non
 solet subueniri. *Bald. l. Celsus, part. 3. de vsucap. Wes-*
senbec. conf. 52. num. 1.

Secundum fundamentum deducitur in con-
 clusione euentuali Reorum: vbi Rei allegant, A-
 ctorem non solum *ex l. 2. C. de rescind. vendit.* sponder
 auch ihrer Estern Kauff vnd Bründbrieff argwöhn-
 lich, & falsitatis licet iniuste angemeldet. In quem fi-
 nem exhibent supplicationem Actores, ipso die
 S. Joannis, Anno 63, datam. Cum ergo falsitatem
 conquestus fuerit, & postea transfegerit, satis inde
 92 probatur Actorem super falso transgisse, quod
 amplius non sit audiendus, *l. ipse significas, C. ad l.*
Corn. de fals. Tertio: Quod Actor generaliter traf-
 gegisse videatur, quæ se extendit ad omnia, de qui-
 bus in genere cogitatum, *l. sub pretexto specierum. ibi*
Dd. C. de tr. in fact. l. qui iure, de testam. militari. Quar-
 tum, quod Actor, vigore Transactionis, sua docu-
 menta, literis C. D. G. notata, aduersariis tradidit:
 Ergo omnem querelam remisisse videtur.

In contrarium vero, pro Actore, plurima faci-
 unt argumenta, quod super falso transactum nõ
 sit. Præmittit, omne falsum esse prohibitum, &
 plura de crimine falsi allegat. Sed multas falsitates
 esse commissas hoc casu: Falsum esse crimẽ enor-
 me & detestabile. Commissum autem hic circa
 93 res ipsas, quæ & bona quasi ære alieno essent graua-
 ta. Item, circa personas matris & Actoris. Item,
 circa contractum ipsum. Item, circa inscriptionem
 libri Bergensis. Item, circa literas commen-
 datitias ad Nicolaum Mum, præfectum Buchol-
 diensem, per quas emptores immisionem bono-
 rum obtinuerunt. Item, circa tutorum personas.
 Item, circa consensum præfecti pupillorum. Ita
 quod variis modis, & diuersis temporibus d. em-
 ptores falsitates commiserint. Quæ omnia ex Reo-
 rum supplicatione, ante Transactionem Episco-
 po Monasteriensi, pro responsione porrecta seu
 transmissa, si cum instrumentis, nouiter ab A-
 ctoribus exhibitis conferatur, facile deprehen-
 duntur.

His præmissis, quod super falso transactum nõ
 sit, omnino ipsum inducunt istæ rationes, per do-
 minum Referentem pro negatiua parte summa
 diligentia adductæ. Ideoque ipse eas, cum difficile
 refutari possint, loco decisionis huius causæ am-
 plectendas existimat Et vltèrius moue: ur.

Primo: Quia si tenor & verba supplicationum
 attenduntur, nusquam deprehenditur, Actorem
 contractus tempore documentorum falsita: em
 allegasse, aut vilo falsitatis modo vsu esse: Ergo
 ex proprietate verborum inferitur, ipsum super
 falso non egisse. Quod vero in posteriore suppli-
 catione Actor illis verbis vsus sit: Mit se ner Mut-
 ter hinderlistig gehandelt: Item, Seynd mit der Mut-
 ter gen Bergen gezogen / vnd haben ihre Brieff tali-
 ter qualiter bekommen. Item, Da ich vngefahrlich

den Betrug vor einem halben Jahr gewahr worden:
 & si quæ similia verba sint, non videtur aliter in-
 telligenda, quam de allegata deceptione precii.
 Et siquidem domini de dolo malo, & fraude illa
 intelligere velint: tamen de crimine falsi intelli-
 gi non possunt: cum aliud sit dolus malus, quod aliud
 94 fraus, aliud falsitas, sintque re ipsa & natura distin-
 cta: de quibus in refutationibus argumentorum
 latius. Deinde, actus agentis quod ultra eius intentio-
 95 nem operari & extendi non debet, *l. non omnis, si*
certum petat. & hoc in omnibus actibus, qui ex men-
 te procedunt, locum habet, *l. obligationum substan-*
tia, de action. & obligat. Bald. in d. l. non omnis. Præter-
 ea etiam in libellis & querelis, quoad personales
 actiones, quod ipsa causa, ex qua actio formatur at-
 96 ditur. *Bartol. in l. & an eadem, §. actiones, num. 2. cum se-*
quent. de exception. rei iud. Bald. in l. si absentis, n. 11. C. si
certum petatur. Iam vero Actor in suis supplicatio-
 nibus, ad impugnandum emptionis contractum,
 duo tantummodo fundamenta seu causas suæ in-
 tentionis ponere videtur: scilicet deceptionem
 vltra dimidium iusti precii factam: deinde, dafi sie
 sein beständige Vormünder gehabt. Ex quibus em-
 ptionis nullitatem probare intendit, & quidẽ tu-
 toris inualiditatem, vt ita dicat. Et pro confirma-
 tione horum argumentorum, in ipsa narratione, to-
 tum negocium, & quibus modis emptores matrem
 suam accersitam, domi detinuerint, ipsiq; heredi-
 tatem ære alieno grauatam perluaferint, & ad em-
 ptionem pro exigua summa 350. fl. induxerint, ac
 tum demum cum ipsa matre in Bergen profecti
 fuerint instrumenta sua taliter qualiter obrinuer-
 98 rint. Vnde sperant, quod dolosus ille contractus,
 nec non documenta & sigilla, emptorumq; pos-
 sessio pro nullis & inualidis haberi debeant.

Iraque ex narratis nulla Actoris intentio de-
 prehenditur, quam quod ob deceptionem vltra
 dimidium iusti precii, & quod tutores ordinatos
 non habuerint, emptionis nullitatem & inuali-
 ditatem deduxerit, ac probare voluerit. Nam ra-
 tione deceptionis, *ad l. 1. 2. & l. si dolo aduersarij, C. de*
res. vend. respexisse ceterur. Et quia prædicia quod mino-
 97 rum, per parentem, vel Tutores, sine decre: o præ-
 fidis alienari non possunt, *l. cum emancipatis, cum l.*
seq. C. de prad. minorum sine decret. l. lex qua tutores, C. de
administr. tut. Facile inde nullitas commissa con-
 uincitur & probatur: Actorem intentionem su-
 am ad nullitatem direxisse, & non ad falsitates
 commissas: Ergo ad falsum extendi non debet.
 Cum nullitas contractus, quod & falsitas, sint diuersa
 98 & separata. Nam qui testatum non quod iure vel non
 99 solenniter dicit, is non directe voluntatem testa-
 toris impugnat, sed iuris solennitatem non obser-
 uatam dicit. Qui vero falsum testamentum alle-
 gat, is directe testatoris iudicium ac voluntatem
 impugna: *l. post legatum. ibi Barr. n. 3. & 4. de his quib.*
vt indign. Bald. in l. alia, n. 4. Caslr. n. 3. C. quib. vt indign.
capit. ex eo. & ibi Dec. de regulis iuris. Sequitur igitur,
 allegatam deceptionem & nullitatem, ad cau-
 sam falsi non facile extendi posse. Præterea cer-
 tum est, quod in libellis & querelis petitione potissi-
 100 mum

num attendendam esse. *Guid. P. p. decis. 1003.* Ad ea enim, quæ in conclusione petuntur, sunt narrata restringenda. *Ias. in §. omnium, Institut. de action.* Nunc vero Actor in prima supplicatione, precio oblato, venditam hereditatem, seu bona sibi restitui petit, oder aber die Zeugen zu verhören / vñnd in der Güte zu entscheiden: vel alias, quod iuris & æquitatis decerni. Quam petitionem Actor in secunda petitione repetit, & ad eadem se retulit: Ergo talis petitio consideranda, quæ ad querelam falsi non est extendenda.

101 Secundò: Ipsa ratio dicitur, neminem ÷ posse instrumenta de falso impugnare, aut ipsorum falsitatem allegare, quæ non fuerunt exhibita; quia non Entis nullæ sunt qualitates.

102 Quapropter plerunque de cognitione ÷ falsi loquentes leges, de instrumentis in iudicium prolatis loquitur, *l. 3. ibi. falsas & Lipsæ significas: ibi instrumenta, l. d. amus, l. fin. Codic. ad legem Cornel. de fals. Idem ex l. si ex falsis, Codic. de transact. ibi glos. 1. colligitur ex productis instrumentis, Transactionem subsequutam esse, similiter in l. final. Codic. de fid. instrum. Instrumentum semel fuit prolaturum, & contra allegatam suspicionem approbatum, nihilominus tamen, cum de falso impugnaretur, Imperator documentum iterum proferri iubet, servata solennitate, de qua ibi. Et in hunc finem plu-*

res leges allegari possunt. Et propterea ei, ÷ qui instrumentum impugnare intendit, debet fieri editio, *l. 1. §. editiones. Bart. n. 6. Castrens. n. 5. Ias. n. 9. de edend.* Hinc etiam nemo cogitur dicere, in qua parte instrumentum falsum allegare velit, donec ipsum videat. Ita *Bald. in d. l. fin. n. 2. Cyni auctoritatem allegans, C. de fid. instrum.* Nunc autem tempore Transactionis, Reorum documenta ipsi Actori nunquam fuerunt exhibita, vt ex actis Transactionis, coram Consiliariis Episcopi Monasteriensis habitis, probatur. Nam Commissarii Monasteriensis, virtute compulsoriorum Cameræ attestantur, se omnia scripta, acta & decreta, vna eum Transactionis copia transmittere, inter quæ nusquam instrumenta Reorum deprehenduntur: Ergo nunquam illa edita partibus probatur, vt ex tenore Transactionis colligitur: in quo Consilia: ii supra exhibitis instrumentis concordiam fecisse non videntur. Et Actori iniungunt, vt sua documenta Reus tradat, nec Rei in actis hoc videntur diffiteri. Et siquidē Rei sua documenta Consiliariis ad partem exhibuissent, per hoc tamen non potuit Actori præiudicari, nec eo modo instrumenta quidquam contra Actorem probassent. *Cast. d. l. 1. §. editiones n. 8. & Ias. n. 9. C. de edend.* Ergo certum est, Reorum documenta Actori non fuisse exhibita: sequitur, ipsum haudquamquam illa de falso arguere potuisse.

Tertiò, etiam Actoris documenta, tempore transactionis exhibita, literis C. D. G. notata, falsitatem commissam non videntur probare. Primum enim documentum C. contractus emptionis, eundemque in librum ciuitatis inscriptum docet: quod ea ratione pro contractu ipso tan-

quam publico, semper iuris sit præsumptio, *l. cum precibus, C. de probat. l. optimam, C. de contrah. stipul. §. si vero, auth. de his, qui ingred. ad appel. Specul. §. restat pro. de instr. edit.* Quod vero Consules fateantur, nomina Scabinorum non esse subscripta, in eo magis solennitatis defectum, quæ falsitatis arguunt. Nam discrete emptionem factam, & iudiciali libro inscriptam præsupponunt, saltem quod nomina Scabinorum eorumque subscriptiones deficiant, & ob id emptio minus valida haberi soleat. Existimat ergo, hoc documentum ad deductionem vel probationem falsitatis nihil facere: cum inter emptionem, non iure vel solenniter factam, magna sit diuersitas, vt supra dictum. Documentum verò D. in quo tres præfecti pupillorum deponunt, se libros Scabinorum & præfectorum, ab An. 44. quando Actorum pater obiit, vsque ad Annum 48. (quo mater decessit, & duo tutores ordinati fuerunt) diligenter persoluisse: sed tamen, quod aliquis tutor debitum iuramentum coram præfectis præstiterit, aut iidem An. 47. in venditione bonorum consenserint, se non reperisse. Similiter defectum solennitatis inferre videtur documentum D. quod videlicet tutores iuramentum non præstiterint, nec præfecti consenserint. Quem defectum Actor ipsemet postea suppleuisse videtur, quando, restantem summam sc. aureorum recipiendo, matris facta ratificauit, *l. 1. C. si maior fact. alie. rat.* Ergo Actor nec per hoc documentum falsitatem probare potuit. Documentum vero G. tam etsi in eo continetur, Cornelium Wilhelmum Lanionem, tutorem, medio iuramento deposuisse, se nunquam Actorum tutorem fuisse, nec in venditionem, aut bonorum alienationem consensisse, atque ita sinistra suspicio ex eo oriri possit: tamen ea suspicio, quoad ipsius tutoris personam, est specialis. Nec ideo inferri potest, totam venditionem, traditionem & immissionem, cæteraque quæ subsequuta sunt, falsa esse, maxime cum Actor ratam habuerit emptionem, & ille contractus in libro sit inscriptus, & præfectus Bucholdiensis, iuxta literas commendatitias immissionem fecerit: quæ omnia sine solennitate facta non presumuntur. Deinde considerandum, quod præter d. Cornelium, etiam Sebastianus Valens, tinctor, primo loco tutor sit nominatus, penes quem forte fuit administratio, quod alterius defectus non obsit. Nam si duorum tutorum ÷ auctoritas, quorum alter falsus dicitur, interuenit, nihilominus actus valet, *l. 1. in princ. ibi Bart. quod cum falso tut. neg.* Quoniã talis actus, ÷ est actus administrationis, qui per vnum expediri potest, *c. cum super. extra. de offic. deleg. Quia vnus tutor sufficit l. etsi pluribus. de auth. tut. & l. si. C. eod.* Ita quod contractus emptionis, Cornelio non existente Tutore, verus esse possit. Quæ enim aliquid ÷ veritatis in se habent, non ita timida censentur. Cum falsitas, quantum fieri possit, sit vitanda. *Castrens. com. 120. part. 1. Quippe contra hoc documentum opponi potuit, d. Cornelium esse testem vnicum & singularem: Ergo ipsi plene non probare licet contractus fidem vacillare faciat. Bald. in l. in exercitiis n. 7. C. de si. instrum. & l. 1. §. si*

quis neget, n. 6. in si. quem adm. test. aperiantur. Innoc. in c. cum Ioannes. n. 2. ibi Panorm. nu. 14. de fide instr. Eodem modo posset fortè contra d. Cornelium excipi, cum scilicet esse 75. Annorum, nec posse recordari fortè tam diu: *Alciat. dict. l. si ex falsis. n. 34.*

107 *Codic. de transact.* Licet alias † præsumatur perseverantia sanæ mentis in senē: *l. senium. ibi. Bald. n. 1. Codic. qui testam. fac. poss.* Imò si duo illa documenta testimonialia D. G. attenduntur in iure nullam

108 fidem facere videtur: quia Rei † ad restium examina non fuerunt citati, vt fieri debuit, *l. si quando. ibi Bart. Auth. sed et si quis ibi glo. vlt. & final. & Bart. n. 7. C. de testam.* prout etiam ad exemplationes instrumentorū, Rei non fuerunt citati, quod tamen requiritur. *Bal. in auth. si quis in aliquo, nu. 14. C. de eden.* Ex quibus omnibus probatur, Actorem, tempore transactionis, ex præteritis tribus documentis, falsitatem legitime probare non potuisse. Et concessio, quod illa documenta suspiciōne

109 quandam fecissent: tamen Actorem ab † actione, vel exceptione falsi illa suspicio nō repellit, *l. si. C. de fid. instr.* Nam quāuis ibi instrumentū semel productum in dubium, tanquam suspectū reuocatur, & per producentem comprobatum fuisset, & non videbatur, propter suspiciōis causam illud amplius producendū esse: nihilominus Imperator decidit, † illud propter falsitatis vitium,

110 quotiescūq; petitur, exhibendū esse, vt per *Bal. in d. l. si. n. 3. 4.* Et hoc, nisi super † falso plenè cognitū, & super principali rite definitiuā sententiā lata esset *Bald. ibid.* Quod idē in hac causa dicendū videtur:

Quartò: Ex modo agendi probatur, Actorem neq; criminaliter, per viam accusationis, *l. querela, C. de fals.* nec ciuilitè, per actionem in factum, ad interesse, iuxta *l. damus, C. d. rit.* aut per viam exceptionis, super falso egisse: nec etiam per officium Iudicis, iuxta *l. sciant de probat.* processum fuisse: prout illos modos agendi, *glos. & Dd. in d. l. si ex falsis. & glos. in d. l. querelam. & Ang. in tractat. malefic. verb. falsario, n. 38. & alii tradunt:* Ergo non actum super falso.

Quintò, ex tenore ipsius Recessus, seu transactionis, quam ipsi Rei exhibuerunt, & semper ad eandem se referunt, conuincitur, Actore duo tantummodò, scilicet, deceptionem precii, & q̄ Tutores non habuerint, conquestum fuisse: & Consiliarios in ipso recessu saltē eadem considerasse, vt patet initio transactionis, per verba: *Aber Kläger darwider/als das sie im Kauff vortheil/ vnnnd sonst keine beständige Verordnung ihrer Vormünder beschehen seyn solt/ fürgeben.* Quibus verbis expressè liquet, Actorem nullo modo super falsitate egisse: nec etiam transactionem de super interpolitam esse. Iaque denuo inferitur, agentium actum vltra ipsorum intentionem non debere extendi, *d. l. non omnis, si cert. pet.* Nec etiā instrumentū † vel contractus vltra verborum proprietatem extendi debet. *Bald. in l. interest, n. 1. 2. C. de solut.*

112 Instrumentum enim † nihil aliud probat, nisi q̄ in eo continetur: Nec præsumitur actum inter partes, q̄ reperitur omissum, *l. ad probationem, C. de*

probat. & q̄ † instrumentum non cantat, nec nos ¹¹⁴ cantate debemus, *l. si. C. de fals. caus. adiect.* Nam limitata causa limitatum producit effectum, *l. in agris, de acquir. rer. domin. latè Wesemb. consi. 52. nu. 24. part. 1.* Transactio enim † super eo tantum facta ¹¹⁵ censetur, de quo lis aut querela fuit mota, nec ad alia extēdēda, *l. 1. l. qui cū tutoribus, in princ. & §. 1. & 3. de transact. l. age cum Geminiano, C. de transactionib.* Et ad hunc effectum Consiliarii d. verba: *Im Kauff vortheil/ vnd kein Vormund/ ic. sicut in supplicationibus illa posita, ita in suo recessu repetunt eadem, & inserunt, vt significant, sese tantummodò illas duas causas, & nullas alias, minus commissas falsitates, in consideratione habuisse.* Eodem modo & illa Transactionis verba, quib⁹ Consiliarii dicūt vulgariter, *Hiermit † gånstlichen von ihrer jehigen Forderung abstehe/ ic.* sunt consideranda. Nam illa in plurali numero sunt concepta, idoque certam actionem, scilicet ratione deceptionis vltra dimidium precii, de qua in principio Transactionis est dictū, tantum respiciunt, & sunt verba relatiua & restrictiua. Nam, *Von jehiger Forderung abstehe/ nihil aliud inferre videtur: quā q̄ Actores ab hac presente lite desistere debeant, & ita transactionē ad certam causam restringunt, & alias causas, super quibus lis non fuit, excludunt, d. l. si de certa, ibi Ias. n. 2. C. de transactio. & est tex. similis in l. qui cum tutoribus in verb. sola portione. ibi glos. in verb. non submouebitur, in vltima solutione. & ibi Ias. in sin. n. 1. ff. de transaction.* Et hoc multò magis in causis odiosis. *Bart. in l. si constante, num. 42. solut. matrim. Ias. ibid. n. 87. 93.* Præterea huc faciunt illa Transactionis verba: *Sondern viel mehr der angezogene beschehene Kauff hierdurch in aller bester Form Rechtens ratificirt/ bestättigt/ vnd Beslagten bey dem Besiz gedachter Güter bleiben solten, & Specialem litem, ratione contractus, designant, d. l. si de certa re.* Et Consiliarii hoc egisse videntur, quod d. emptio per Actores ratificaretur. Ideoque ad causas in illa expressas debent referri, & non extendi ad falsitates, *d. l. qui cum tutoribus, §. 1. ibi Ias. n. 1. idem Ias. l. qui Roma, §. duo fratres, de verb. obl. Castrens. l. tres fratres, n. 4. de pact.* Tamen verò in d. transactione illa generalia verba habentur: *Alle Gerechtigkeiten vnd Behülff an Siegeln vnd Briefen/ so sie à senatu der Statt Bergen/ vnd sonst bekommen haben möchten/ den Beslagten vbergeben/ noch deren vnd dergleichen hinfort nit gebrauchen solten: Tamen illa secundū præcedentia & sequentia esse limitanda & restringenda, d. l. si de certa. & Dd. in l. sub prætextu specierum, C. de transact.* Nunc verò præcedentia & sequentia verba loquuntur de allegata deceptione: Item de emptione, per Actores ratificanda, & de securitate, ratione eiusdem emptionis, facienda: prout statim post generalem clausulam subiicitur: *Quod Actores pro se, & suis fratrib⁹ sich verobligirt/ wo Rei des Kauffs vnnnd Vertrags halben einiger weitem Wehrschafft vonnöhten/ das sie dieselben vnnwengertlich thun wölle.* Et contractum emptionis, & eius ratihabitio-

nem

dem & securitatem tantum respiciunt. Et hoc etiam in generali clausula Actoribus iniungitur, *daß sie alle Brieff vnd Siegel Reis vbergeben sollen.* Cum igitur eiusmodi documenta sint nudæ exemplationes & copiæ venditionis. Igitur generalis illa clausula videtur tantum de emptione intelligenda: vt per talem literarum traditionem, emptionis rati habitio, approbatio, & possessionis confirmatio ab Actoribus fiat. Nam stipulatio

117 generaliter, † seu indefinitè, super aliquo actu interposita, intelligitur secundum naturam sui actus, *l. si stipulatus, in princip. de vsuris.* & generalis

118 clausula † ad sua specificata restringitur, & ad diuersam causam non extenditur, *dict. l. si de certa. ibi Bartol. & Las. n. 8. in fin. Alciat. n. 3. & 4. idem Las. dicto §. duo fratres. n. 27. Panor. c. 1. n. 6. de transact. W esemb. d. conf. 52. n. 42.* Et illa verbis illius actus cognosci debet. *Alciat. in d. l. si de certa, n. 5.*

Ergò cum certæ causæ tam in principio, quam sine nostræ transactionis expressæ sint, videtur, dictam generalem clausulam ad falsitatis causam non esse extendendam, tanquam diuersam. Et est textus expressus in *l. si ita quis promiserit 135. §. fin. de verborum obligation.* vbi filia contra testamentum patris in officiosum egit, & deinde transegit, & renunciauit, cum generali stipulatione, se non amplius acturam: nihilominus si patris testamentum falsum comperitur falsum fuisse, non tamè impediri, de falso agere, &c. Qui textus in terminis ad hanc nostram facere potest. Et hæc de Transactione, quæ vel sola satis probat, super falso, nec actum, nec transactum.

Sextò, principaliter considerat, quod quando 119 exceptio rei iudicatæ † vel transactionis, ratione allegatæ falsitatis ob stare debet, requiritur, quod desuper etiam sit cognitum, *l. i. verb. que situm. ibi gl. & Bart. C. si ex fals. instr. Innoc. c. licet causam, n. 1. de probat.* Et quod Iudex nõ perfunctoriè, sed plene super falso cognouerit, vt docent, *d. l. si ex in fin. verb. nisi sorte, C. de transact. & Bald. in l. si. n. 4. vers. si autem super falso plene sit cognitum, C. de fide instrum. Et idem Bald. in d.*

120 *l. i. n. 2. C. si ex falsis instrum.* Hinc transactio, † sine cognitione interposita, ipso iure est nulla, *l. cum hi, §. si prator, verb. nulli, de transactio. Felin. late cap. Ecclesia sancta Maria, col. 7. versicul. sed in contrarium, extra de constit. & huc facit textus in l. ex stipulatione, ad fin. C. de sent. & interloc. ibi Bald. in d. idem Bald. in c. 1. ad fin. tit. de inuestit. in marit. dicit: Quod quidem arbitrator ex abrupto laudauit, parte non audita: ideo pronunciamdum, laudum esse nullum. Et sequitur *Panorm. in c. Quint auallis colum. penultima, de iureiurand. Felin. in iam d. c. col. 8. versicul. 13. vbi plures autoritates allegat. Roman. consil. 454. num. 12. ibi additio, lit. s.* Nunc verò, quod Consiliarii super falsitatibus commissis non cognouerint, patet ex ipsa transactione, in qua saltem duæ causæ sunt expressæ, vt dictum. Deinde etiam, quod de causâ debite non cognouerint, probatur: quia non solum partibus hinc inde instrumentorum copias non communicarunt: sed ne quidem ante transactionem, instrumenta Actoris ad se rece-*

piße videntur, vt Actor in prima instantia conqueritur, & ex sine Transactionis colligitur, ita quod Rei per sua documenta, suamque supplicationem, & Actoris quietantiam, ipsis Consiliariis obrepserint, quod his attentis Actoris instrumenta ad se recipere voluerint, & perlegere. Et sic ex hoc fundamento transactio non consistit. *Bald. Bart. l. si quis obrepserit, ad l. Corn. de fals.*

Præterea cognitionem † non interuenisse, ex breuitate temporis, & ipsa facti euidencia probatur. *Bart. in l. probata, n. 10. C. de sent. & Fel. d. c. Ecclesia, col. 5. 6. 7. Castr. conf. 198. part. 1.*

Nam eo ipso, quod Consiliarii instrumenta Actoris non receperint, nec legerint, nec ipsi etiam ad suam petitionem Reorum instrumentorum copias exhiberi mandauerint, iuxta *l. is apud quem, C. de edend. l. fin. ibi Bart. nu. 5. Bald. & Castr. n. 4. C. de fid. instrum.*

Nec etiam Actori petitam dilationem concesserint, sanè sine debita causæ cognitione eos processisse, euidencia facti demonstrat, quod ob id transactio nulliter facta videatur. *Felin. d. c. Ecclesia, columna 7. versicul. in contrarium, argum. l. prolatam. ibi Bald. C. de sent. & interloc.*

Septimò principaliter considerat, quod etiam Rei in prima instantia nusquam in suis articulis, ad elidendam Actorum intentionem, super falso transactum fuisse, articularunt, sed saltem petitam in integrum restitutionem, quadriennio elapso, locum non habere, Actoremque secundum consuetudinem loci, contra habitum Consiliariorum excessum, non audiendum, exceperint.

Octauò considerat, quod Rei apud acta in suis articulis & responsionibus, non solum falsitatem commissam negarint, & hoc modo exceptionis fundamentum constituere non possint, verum etiam Actor in refutatoriis suis articulis, *sol. 107. artic. 5. posuerit. Daßer der Brieff Falschheit nit fürgerwandt: Ipsi ad eundem articulum, sol. 121. respondendo, credunt, Daßer Actor sich dero Zeit der Brieff vnd Siegel gebrauchet / aber nit / daßer der ehrrührigen Wörter / von Falschheit oder andern / sich vernemmen lassen dörfßen oder können.* Quam responsionem in conclusione art. 16. *sol. 126. pag. 2. pro iudiciali confessione acceptauit.* Itaque ex propria Reorum confessione inferitur, tempore transactionis, quæstionem falsitatis motam non esse. Quæ confessio † sola contra Reos satis probare videtur, *l. generaliter. ibi Bart. C. de non num. pecun. c. si. ibi Butrig. de confess.*

Et hoc eo magis, quod causam addunt, scilicet, quod Actores non ausi fuerint, nec potuerint. Nam illis verbis tacite metum, & defectum probationis necessitatio inducunt. Cum verbum, *potest*, necessitatem inferat, *gloss. cap. 1. de reg. iur. in 6. Alciat. l. nepos Proculo, de verb. sig.* Et hanc Reorum confessionem maximè hic attendendam existimat.

Nonò, ad d. documenta progrediendo Actor noster cū aliis documētis & literis, *A. B. C. E. F. H. in prima*

prima instantia exhibitis, falsitatem probare intendit. Actametsi tria instrumenta, literis C. D. G. signatis, quæ Actor, tempore Transactionis penes se habuit, cum quibusdam instrumentis, iisdem literis notatis, post Transactionem exhibitis, videantur conuenire: tamen per omnia in verbis non conueniunt. Nam in exemplatione primi documenti, *lit. C.* habetur, quod documenta in libro *fol. 25.* sint registrata. At verò in documento post exhibitio, narratur, illa *fol. 20.* registrata haberi. Item eodem documento, *lit. C.* tenor literarum venditionis, & transportus simul continetur. At in documento C. post exhibitio, deficit transportus, sed est instrumentum separatum, vt apparet *lit. A.* dato 17. August. Anno 47. Deinde priora documenta, C. & G. notata, cum instrumentis nouiter exhibitis, in dato non conueniunt. Item in documento G. tempore transactionis habitæ, integræ quædam regulæ, id est, litéæ sunt omisæ, quæ in latina versione habentur. Et concessio, quod hi defectus non videantur considerandi: Tamen in eo potissimum videtur diuersitas, quod in tribus illis prioribus instrumentis, Consules & Senatus Bergensis, de falsitatibus commissis nihil dicant, quod ea ratione talis falsitas cognosci non potuerit. At vero e contra, d. Consules & Senatus, in postremis documentis, scilicet, litera C. disertissimis verbis declarant ac testantur, Commendatitias illas literas suo nomine, ad Nicolaum Mum, Iudicem Bucholdeæ transmissas, æstimari inefficaces, sine suo, suorumque prædecessorū consensu, contra stylum & vsu, à famulis Secretarii d. Ciuitatis, dolose conquisitas esse. Ergo hoc postremum documentum, litera C. à priore diuersum censetur. Similiter d. Consules & Senatus in instrumento litera E. expressè testantur, nunquam Tutores & Prouisores Cameræ pupillorum ipsis Actoribus quamdiu mater vixit, ordinatos fuisse. Quæ attestatio in prioribus deest. Item in instrumento litera H. signato, iisdem Consules & Senatus documenta ordine recensent, & illa diuersis modis falsitatis arguunt, vt in eo patet. Ex quibus omnibus rationibus, supra adductis, existimat, inferri posse, super falso non esse actum, nec cognitum, nec transactum.

Ad contraria argumenta quod attinet, putat primum (quo dicitur, Actorem ante transactionem, tria illa documenta C. D. G. penes se habuisse, ipsumque iisdem vsu fuisse, ergo falsitatem sciuisse) non obstare: Quia vtrunq; negari posse videtur. Nam aliud est, ¶ habere & ostendere instrumenta, aliud verò, eis vt i. *Bald. in l. eo quod à multis in fin. C. si cert. petat. arg. ca. contingat. ibi Felin. versic. item per illum textum. extra. de fide instrum.* Ita quod is dicatur vt i instrumentis, qui ad probationem & defensionem sui iuris exhibet. At vero Actor sua documenta, tempore transactionis nō exhibuit, vt patet ex Actis transactionis, & tenore Recessus, vt supra dictum. Ego. Et concessio, Actorem sua documenta Consulariis exhibuisse: Tamen

nec intuitu falsi commissi, nec etiam ad falsitatem probandam exhibuisse dicitur, vt supra, in d. *rationibus deductum.* Nec etiam Actor ex illis documentis falsitatem sciuisse videtur. Quia contractus emptionis, ¶ Item, traditio & immissio, 124 concernunt factum alterius, cuius iusta est ignorantia *Lignorantia facti. C. de iur. & facti ignor.* Et hæc ignorantia eo magis in Actore probatur, quod tempore venditionis in minore ætate existens, per emptores in *Dansig* dolose ablegatus, emptioni non interfuit, & quando biennio elapso rediit, mater obiit: Quod talis absentia etiam iustissimam ignorantiam inducat. Deinde ex prioribus instrumentis falsitates scire non potuit, propter eandem fortè ignorantiam. Nam tamen si quis documentum litera D. perlegat, non tamen inde contractus falsitate scire poterit, cum facti ¶ interpretatio etiam prudentissimos fallat 125 *l. in omni. de iuris & facti ignor.* Et ille dicitur ¶ scire, 126 qui rem per causas cognoscit, vt ait Aristoteles. Scit enim, qui habet scientiam facti, cum omnibus suis qualitatibus. *Alexand. consil. 179. n. 1. lib. 2.* Talem autem scientiam facti cum omnibus suis qualitatibus non videtur Actorem nostrum habuisse, per causas supra allegatas. Et quamuis Actor etiam instrumenta legit: tamen ex sola ¶ lectione 127 tanta instructio non præsumitur, sicut ex plena totius facti cognitione, seu examinatione, hinc qui vidit dicta testium, & plenè non fuit percunctatus, is à noua productione testium non repellitur. *cap. vltra tertiam. ibi glo. Panorm. n. 1. Felin. in princip. de testib.* Et eo magis præsumitur, Actorem talem scientiam non habuisse: quia est homo indoctus, & illiteratus, qui iuris solennitates in instrumentis, bonorum traditionibus, in ordinatione tutorum, quis verus, quis falsus Tutor, quære actionis falsæ natura sit. Quapropter *idem Ang. in d. §. duo fratres, versic. expeditis. ibi La son. n. 59.* censuerunt, hac ratione hominis docti, ¶ & ho 128 minis indocti, consideratione esse ¶ habendam. 129 Et iura plerunq; rusticis & illiteratis hominibus, ob imperitiam & rusticitatem, subuenire solent. *l. si quis id quod. ibi glo. verb. imperitiam. de iurisd. omni. ind. l. cum de indebito. §. sin aut. ibi gl. de probat. l. regula. §. hac ratione. de iuris & facti ignorantia.* Et si quidem Actor aliquid scire potuisset, non tamen videtur attendendum: quia parum scire ¶ aut nihil scire, 130 æquiparantur. *c. licet causam. §. quanquam. de probat. Vide glo. in §. pen. verb. inter quos Damboud. in Enchirid. iur. verb. parum, & scire.* Et quanquam ex d. documento litera D. appareat, Actores post obitum patris, tutores non habuisse: Tamen per hoc non putat falsitatem directò ex eo probari: cum ille defectus Tutorum, ad contractus nullitatem possit referri. Quia falsitas, ¶ quantum fieri potest, est vitanda: *Castr. cons. 120. part. 1.* Nec etiam per hoc documentum directe venditio per matrem facta, quæ postea per Actorem fuit ratificata. *d. l. 1. C. si maior factus alienat. annullat.* Licet enim mater ¶ non possit alienare, ratione domini, 131 *l. mater tua, vbi gl. 1. ibi. Bartol. C. de rei vend. l. Mancipia. C. de*

C. de reb. alien. non alienand. Tamen ratione obligationis, valet contractus: Et si filius ratificat, contractus subsistit, *supra d. ll.* Accedit, quod sæpe etiam venditionis et instrumentum falsum esse possit: quod tamen negocium, seu contractus emptionis, in eodem conceptus, per se fit verus: *Bald. dict. l. alia. numero 2. C. de his quib. vt indign.* Et si in hac causa consideratur, quod hæreditas illa Arnoldi, ipsis Actoribus, tempore venditionis, non plane fuit acquisita, & emptores persuaserint, licet falso. plures reperiri coheredes. Item: bona ære alieno grauata esse, quilibet statim crederet, hoc casu bona pupillorum nõdum acquisita alienari posse, iuris solennitate non obseruata *l. ob es. C. de prad. minor. l. i. C. quando decret. opus non.* Quod hisce consideratis, documenta D. G. quæstionem falsi, eiusque probationem directe non inducant. Et cum Actor venditionem ratam habuerit, defectu Tutorum suppleuit, ex quibus infert, primum argumentum non ob stare.

Ad alterum argumentum, quod scilicet Actor in vltima supplicatione fuerit cõquestus, existimamus, ex verbis & proprietate verborum falsitatem non facile induci posse: Et præmittit, quod verbum et falsitatis, varie accipiatur: nimirum generalissime, generaliter, & proprie, secundum *Barthol. in l. quid sit falsum. ad l. Corn. de falsi.* Proprie dicitur, et quæ dolo malo commissa est, *Barthol. in d. iam lege. & l. nec exemplum. C. de tit. Alexand. consilio 77. lib. 1. Ang. in tract. malefic. verb. falsario. numero 2.* & talis falsitas non videtur in vltima supplicatione allegata, in quæ finem quædam verba sunt examinanda. Et in primis, Actor in narratis allegat: quod emptores, mit seiner Mutter hinderlistig vnd verforthrit. Et cõ matre allein/one beyseyn der Vnderhendler/ vnd Beschichtigung der Güter/ auff das der Betrug/ vnd Veringigkeit des Gelds nicht an Tag käme. Quæ verba, et quod scilicet cum matre dolose egerint, & minores deceperint, de dolo malo intelligenda videntur, *l. i. l. si quis affirmauerit. de dolo. l. i. C. de rescind. vendition.* Nam quando et dolo bonæ fidei contractui dedit causam, censetur nullus, *l. & eleganter. de dolo malo.* Ideoque dolum malum, & exceptionem, vltra dimidium iusti precij Actor allegauit, vt nullitatem contractus inferre. Et licet falsitas et sine dolo non committatur, *d. l. nec exemplum. ibi Barthol.* Tamen dolum malum, & falsitas, diuersa sunt delicta, & ex iis diuersæ competunt actiones. Ergo separatorum, separata est natura, *l. si de certa. numero 4. Castr. consilio 431. num. 7. lib. 1.* Et sic à dolo ad falsi crimen alia illatio est. Similiter & illa verba, Das der Betrug vnd Veringigkeit des Gelds an den Tag käme. exiguitatem precij arguunt. Quia actor in tota narratione d. supplicationis, non negat, venditionem factam nec dicit, eam falsam, sed de deceptione, & vilitate precij, & quod matrem dolose ad venditionem induxerint, quasi ære alieno hæreditas esset grauata, iuxta *d. l. si quis affirmauerit. de dolo.* Ita quod totam suam intentionem ad *l. 2. C. de rescind. vend.* dirigit.

Non obstant verba quod Emptores cum matre geri

Vergeren gezogen vnd ihre Brieff taliter qualiter bekommen: Quia iisdem verbis in prima supplicatione est usus: Et sic ad nullitatem tantum ea verba respexisse, ac idem significare videntur, quod verba, taliter qualiter. per *l. qui fundum. quem adm. seruit. amit. vbi Cels. & gl. in verb. habens,* illas dictiones pro qualitercunque exponit. Idem in *l. is qui heres,* dicitur, qualis qualis sit conditio, id est, qualiscunque, *ibi gl. & l. in. 37. l. gerit. de acquir. poss. Ferrar. in libello rescind. sentent.* His attentis, putat illa verba taliter qualiter, pro qualitercunque intelligi posse: Cum Actor nullo falsitatis verbo sic usus, & aliter verba, qualiter qualiter, & similia verba vniuersalia, quæ ad habilitatem contractus, vel extensiuè vel declaratiue accipi possunt, ita sunt interpretanda, vt vicio careant, ne ius commune, vel alterius lædatur, *Bart. l. 1. §. nunciatio. n. 25. & ibi l. 5. n. 5.* Existimat, vt dictum. Quanquam etiam Actor post specificationem bonorum, in supplicatione quibus deceptionem & vilitatem precij docet subiungit. Doch nun solcher Kauff auffrichtiq/ Coram Consulibus & Scabinis, vnd die Außgang durch die Vormünder vnd Consens der Wesenmeister beschehen sey/ solt/ werden sie nummehrnugsamb beweisen/ etc. Vnd welcher Gestalt sie die vermessene Brieff bekommen/ wirdt zu seiner zeit herfür brechen. Et vt hæc verba induere videatur, Actor est ipsum de validitate emptionis & instrumentorum, aliquatenus hæsitasse, tamen nihil certi in iis de falso exprimit, sed dubitatiue per modum interrogationis quærit, & onus probandi in aduersarios reicit, quod scilicet nunquam sufficienter talem emptionem probare possint validam, coram Scabinis, cum consensu prætorum factam, & eo ipso Reos aliquid probare posse, licet non sufficienter videtur concedere: Et quia Rei in sua supplicatione veriti non fuerint affirmare, se se bona à matre, & ipsomet Actore, cæterisque tutoribus emisse, ipsamque Actorem primam schedulam emptionis, propria manu scripisse. Certe siquidem Actor falsitatis plenam cognitionem habuisset, vel super falsitate suam intentionem fundare voluisset, citra vllam præmeditationem eam allegasset: cum ad hoc Rei in sua supplicatione occasionem dederint, & tamen falsitatis crimen ipsis non obiecit. Quod deinde habetur, das solcher dolosus contractus, in quo vltra dimidium iusti precij decepti sunt Actores, nunquam pro legitima emptione, etiam desuper ea documenta obtenta valida haberi & decerni debeant, cum præfecti de negocio nihil sciunt & ipsi Tutores non habuerint, derhalben solcher Handel nichtig vnd die Brieff auch possessio emptorũ fruchtlos sey: In iis denuo deceptionem, & contractus nullitatem, instrumentorumque validitatem & cassationem allegat, nullibi autem contractum aut instrumenta falsa, aut falso conscripta asseruit, aut alias falsi qualitates deduxit, nec etiam contractus, aut instrumentorum verba & mentem directe impugnat. Nam tum dicitur instrumentum falsum, et quado ab eo verba & mens

contrahentium remouentur: Si vero non verba, sed mens tantum remouetur, tunc dicitur simulatum, Bald. in l. si ex cautione. n. 5. C. de nō nu. pec. Nec sufficit falsitatem in genere allegare, sed in specie est exprimēda: Bartol. consilio 65. n. 2. part. 1. Quod enim † pluribus modis fieri potest, hoc per allegantem declarari debet: non enim videtur sequi: Instrumentum falsum est: Ergo in totum falsum existit: Bald. l. ab Anastasio. n. 6. C. Mandat. Castrens. cons. 261. n. 2. part. 2. Et si quidem aliqua verba falsitatis, aut non falsitatem includerent: tamen ea coniectura faciēda; quæ falsitatem non importat, 141 Ang. d. §. falsario. nu. 1. Nam in dubiis † semper benigniora sunt præferenda. l. semper in obscuris de reg. iur. Et benigniorem sequi interpretationem tutius est, l. benignius. de l. l. si fuerit. in fin. de legat. 3. ibi: hoc valere benignum est. Quod non solum in cōtractibus. verum etiam in delictis procedit. Dec. in dict. l. semper. de reg. iur. Quibus accedit, quod in libellis non respiciatur, quid, quale, & quātum narretur, sed quid ex narratione concludatur: quia modus agendi, † substantialiter consistit in 142 conclusione: Bald. l. Titia numero 56. C. de edend. Et leg. 2. n. 6. C. de petit. hered. Et verba generalissima, † 143 quæ in narratione ponuntur, si cūdum conclusionem sunt intelligenda: Bald. in l. domum. de rei vend. l. ason in §. omnium. Institut. de Action. numer. 130. Et hoc tam in exceptionibus, quam actiōibus procedit. Panorm. in cap. parte. n. 3. de foro compet. Iason loco quo supra. Nunc vero Actor in prioris supplicationis cōclusionē. ad quam se in secūda supplicatione refert, in effectu petit, oblato precio sibi bona restitui, alias per Consiliarios audiri causam, & definiri: Quod ea ratione Actor, secundū l. 1. & 2. C. de resc. vend. & similes principāliter processisse & conclusisse videatur.

Ad clausulam salutarem quod attinet, siue prima vel secunda illa supplicatio attendatur; illam putat tum habere effectum, vt actio, quæ ex narratis colligi possit, deducta censetur, Gabriel. in tract. de claus. concl. 4. n. 8. Ideoque si ex prosecutis constat, Actorem se ad certum remediū restringere voluisse, tunc d. clausula in alio remedio non operatur. Innoc. in c. cum dilectus. vers. quid dicemus. de ord. cog.

144 Quapropter si ex libelli narratis plures actiones competere possunt, † vt puta, l. Aquilia, ex damno, &c. & vi bonorum raptorum: Item furti, & vnde vi, &c. cum alia fiat condemnatio in vna quam in alia: Tum secundum illam actionem condemnatio fieri debet, quæ minorem condemnationem requirit. Specul. in §. iam nunc videndum. vers. iustitiam mihi fieri. tit. de libelli concept. Gabr. vt supra. Item vero, vt supra dictum, ex narratis & petitionibus Actoris clare deprehenditur, Actorem ad remedium d. l. 2. C. de rescind. vendit se restrinxisse. Ergo etiam secundum illud remedium videtur intelligenda, & ad falsitatem, quam non allegauit, non extendenda. Nec etiam ea, quæ tacite cogitata sūt, fidē habēt, sicut id de quo 145 expresse fuit querelatum. Expresse enim † nocēt, non expresse non nocent. c. expressa. de reg. iur. in 6.

Quapropter tacita † iuramenti calumniæ remissio valet l. 2. C. de iuram. calum. c. ceterum. extra. eod. Sic iuris error, † in sententia expressus, viciat, secus si tacite colligatur. c. 1. de sent. & re iud. Dec. d. l. expressa. num. 3. l. iustitiam nō habet: l. iudic.

Nec obstat l. ipse significas: C. ad l. Cornel. de falsi. Quia ibi ante Transactionem quæstio falsi expresse fuit mota, vt intelligit gl. in d. l. si ex falsis. C. de Transact. in verb. precipimus. ante fin. & Bart. ibid. 2. lect. num. 12. Bald. num. 8 in fin. Idem in d. l. ipse significas. dicit: quod ibi super falso fuit Transactum, & sic concordare cum vltimo responso d. l. si ex falsis. Atque ita satis innuit, quod in d. l. ipse significas, primo inter partes super falso, controuersia & Transactio si. bsecuta, & hoc non extraiudicialiter, nulla habita cognitione, vt in causa nostræ sed in iudicio, vt verba textus probant. Secundo, per d. l. ipse significas. probatur, instrumenta ab aduersariis fuisse adhibita, dum textus habet: Ipse significas cum primo aduersarij instrumenta &c. Sed Rei nostri nunquam sua documenta exhibuerunt: Ideo Actor, ob negatam editionem, falsi quæstionem mouere non potuit multo minus super falsitate transigere, & Bald. in d. l. ipse significas notandum dicit, quod is, † qui per errorem non transegit, ab accusatione repellitur. Ergo concedit, per errorem transigentem ab accusatione falsi non repellit. Et ille error, † cum prudentissimum quemque fallat: d. l. in omni de iur. & fact. ignor. & magis in homine illiterato præsumitur, quia is excusatur, vt supra dictum. l. si quis id quod de iurisd. omn. iud. d. l. cum de indebito. §. 1. de probat. Bald. l. 2. num. 8. C. de rescind. vendit. Alciat. dict. l. si ex falsis. numero 34. C. de Transact.

Tertio, ex d. l. ipse significas, notoriū, Reū aduersæ partis documenta, in iudicio exhibita, disertè suspecta habuisse: vt probatur per illa verba: Fide eorū habuisse suspectam, &c. Atq; ea ratione cōtta documenta de falsitate expresse exceptum fuisse. Atq; hoc modo Bald. argumentatur ad eandem l. ipse significas, † & intelligendum putat, vt loquatur de tali dubitante, qui ratione dubitationis, instrumentorum fidem suspectam allegauit, non autem in eo, qui tacuit, & nihil excepit. Nā is per errorem transegisse videtur, vt Bald. in 2. notab. bene declarat. Nesciens † & dubitans & qui parantur. l. fin. §. fin. autem. C. de furt. Bald. in l. lege sacratissim. num. 2. C. de ll. aperte tenet ita: per d. §. fin. autem. Et sic diuersimode ignorantem accipi, ibi docet. accedit Ias. l. quam diu. num. secundo C. qui admitti ad bonor. possessionem. Et ideo sicut ignorans, † ita quoque dubitans suo iuri renunciare non dicitur, de quo dubitat. l. mater. de inoffic. testam. d. l. fin. ibi Bartol. numero secundo. Ex prædictis facile inferitur, quod nostra hypothesis, à casu d. l. ipse significas: longe sit diuersa, cum in d. l. documenta in iudicio fuerint exhibita parti, suspicionis exceptio expresse allegata, & de super tandem hinc inde inter partes transactum: quæ omnia in hac nostra causa nequaquam interuenerunt: Ergo per Reos d. loco male allegatum

legatum esse, & mirum, quod ita allegata. Ex eo, quod in prima instantia detrectarunt editionem Actorum, presumitur non sine dolo malo ea documenta denegasse: Ergo. Tertiū argumentum: quod scilicet Actor generaliter trāsegisse videatur. Ideoque generalem † Transactionem, ad omnia illa, de quibus in genere cogitatū fuit, extendendam esse, parum ipsum mouet. Quia tale argumentum in generali actione, † vt, negotiorum gestorū, tutelæ, pro socio, &c. per l. actione administrata. C. de Transact. Vel quādo Actoris petitio & transactio generalis est, l. sub pretextu. ibi Dd. C. de transact. recte procedit. Non autem in his tribus casibus, quando petitio & Transactio simul est specialis. l. si vnus. §. in summa. de pact. Aut, quando petitio generalis est, & Transactio specialis. d. l. age cum Geminiano. C. de Transact. Aut quando petitio est specialis, & Transactio generalis d. l. si de certa. C. de Transact. locum habet. Quia in his casibus Transactio semper specialis censetur, specialemque effectum producit, non obstante, quod in iam d. casu vltimo, illa generalis clausula: nihil amplius peti: in Transactione fuit adiecta: quia illa, semper, secundum petitionem, est restringenda, vt supra quoque, in quinta ratione principali, est deductum, per d. l. si de certa. ibi Dd. C. de Transact. Nam semper generalis Transactio, † secundum specialem petitionem & causam Actionis restringitur. Hinc generalis † excommunicationis absolutio restringitur ad causam in petitione expressam tantum: Quia speciem præcedens, restringit genus sequens. c. sedes. de rescript. & Clem. non potest. de procurat. Felin. in c. inter dilectos. col. 4. vers. notat a. pro intellectu de priuileg. Et † quando de intellectu petitionis fit dubium, attenditur ipsius conclusio, non narratio. Felin. in dict. loco. Roman. cons. 122. Iam vero quod nostra specialis censeferi debeat ex petitionibus, & causis iis expressis, itemque ex ipsius recessus tenore satis probatur: vt supra in quinta ratione principali, ad qua se remittit.

Nec obstat generalis clausula: Das Actor alle seine Berechtigtheit vnd Behülff/so er an die Stigel vnd Brieff von den Burgermeistern vnd Rath zu Bergen bekommen/ vnd sonst bekommen worden/ sollen vbergeben/ vnd deren nicht gebrauchen/ &c. Transactioni inserta: Quia, vt dictum, † illa secundum verba præcedentia & sequentia est restringenda, ad causas expressas. Secundo quia ibi Actionum cessio non habetur, nec Actor omnibus iuris beneficiis renunciauit, vt Dd. in d. l. sub pretextu. & Panorm. in d. cap. 1. de transact. tradunt. Quod merito ad alias causas & actiones, à deductis diuersis, extendi non potest dicta l. si de certa. Tercio: Et siquidem transactio ipsa, vel etiam d. clausula, generalem Actionum renunciationem contineret: Tamen, quia generalis liberatio † per se odiosa est, & ad ea, ex quibus magna resultat læsio & inæqualitas, extendi non debet, Alexand. consilio 46. lib. 1. Quod adeo verum est, vt quamuis generaliter omnium remediorum ac petitionum renunciatio fiat: Tamen remedio d.

l. 2. C. de rescind. vend. & exceptioni doli, quæ ob nimiam læsionem datur haud quaquam renunciatum intelligitur: Bald. Castrensis in dict. l. 2. C. de rescind. vend. Bartol. in l. si quis cum aliter. in fin. ibi las. num. 21. de stipul. Wesenbec. consilio 42. num. 73. part. 1. Quarto, certum est, quod Transactio, † quantumuis ratione vniuersalis actionis, vel clausulæ insertæ, fuerit generalis: Tamen nunquam dolus, etiam præteritus, in tali Transactione dicitur remitti, nisi super dolo specialiter fuerit trāfactum. d. l. actione. in fin. per illa verba, nisi specialiter de dolo transactum sit, & ibi las. num. 8. & 11. Alciat. num. 36. C. de transact. per text. in l. si quis rationes. in fin. & l. Aurelio. S. Caius. de lib. legat. At vero allegatæ falsitates sine dolo malo non sunt commissæ, d. l. nec exemplum. C. ad l. Corn. de fals. l. 1. in princip. eod. Et tale falsitatis delictum, † ipsum dolum superat, grauiusque delictum censetur: l. pen. & fin. C. de fals. Ergo generalis illa Transactio vel clausula, ad falsum, dolo commissum, extendi nequit, nisi specialiter in super sit transactum. d. l. actione. C. de Transact. Quod hic non putat esse factum. Et pro maiore confirmatione Iudicis facit, quia falsi crimen † propter enormitatem, præter cætera delicta; illud speciale habet, quod in generali omnium delictorum remissione nunquam crimen falsi comprehendatur, Hippol. Marsil. in sing. 163. incip. crimen falsi. vbi plures auctoritates allegat. Hinc statutum, † loquens de incarceratis relaxandis, non porrigitur ad eos, qui ob crimen falsi sunt incarcerati, nisi per statuentes hoc specialiter fuerit dictum: Bartol. l. Lucius. in fine. ad Turpil. Hippol. vt supra. Sic etiam licet † confirmatio defectum in confirmato existentem suppleat. c. quoties. extra. de pact. c. 1. de Transact. Tamen quando priuilegium; † quod confirmatum est, reperitur falsum; tunc etiam confirmatio per Principem facta nihil operatur, etiamsi cū clausula, ex certa scientia; & plenitudine potestatis, supplendo defectus, si qui sunt, confirmatio facta sit: Quia illa † clausula tantummodo circa solennitatem, iuris defectus supplet; non autem circa falsitatem commissam. Quia quando priuilegium, false fabricatum, consensus omnino deficit: ideo Princeps non intendit confirmare; per Panor. in c. inter dilectos. num. 8. ibi additio litera B. Felin. ibid. col. 5. de instrumenti. Hippol. d. loco. Secus autem foret, † quando Princeps expresse diceret, se confirmare, non obstante falsitate, etiamsi qualitatem falsitatis non specificaret. Felin. d. loco. l. si docueris. d. l. Lucius. ad Turpil. Inde putat nostram transactionem specialem esse, & siquidem generalis habenda sit, tamen ad actionem & exceptionem falsi non extendi eam posse, cum super falso specialiter non sit transactum, nec etiam in d. clausula, commissæ falsitas specialiter sit remissa. Et sic tertium dubium non obstare.

Quartum argumentum: quo dicitur, Actor tria documenta, literis C. D. G. virtute transactionis, ipsis Reis tradidisse: Ergo ipsum omnem actionem remisisse censeferi: non videtur atten-

dendum. Nam semper Actor apud Acta negavit, se istiusmodi documenta ipsis Reo, vel ipsorum parentibus tradidisse, & traditio facti est l. consilio. §. fin. de curat. furios. d. d. Ideoque probari debet: quod per Reos non est factum. Act tamen si Rei presumptionem pro se habeant, qua ab onere probandi releuentur: Tamen hæc aliis fortioribus præsumptionibus & argumentis elidi posse videtur. Primo namque satis notum est, Actorem tempore transactionis, hæc documenta non exhibuisse. Deinde etiam à Secretario, more solito, non fuisse subscripta, nec eadem actis d. recessus inserta reperiuntur, quasi ab Actore tradita essent. Imo ex recessus tenore probatur, Actorem post obtrusam Transactionis copiam, illa documenta penes se habuisse, quod ea ratione Reorum parentes ab alio quodam potius, quam Actore d. documenta accepisse videantur: Cum Rei omnia non sine dolo & fraude fecisse dignoscantur.

Sed huic argumēto non insistit, cum parum referat, à quo Reo d. Instrumenta receperint, postquam Actor quinquaginta taleros acceptavit. Quod autem per consequens infertur, per traditionem instrumentorum omnem actionem remissam, locum non habere existimat. Quia d. clausula, vt supra dixit, nō indefinite, de omnium actionum, & beneficiorum iuris cessione, ac remissione loquitur, sed saltem particulariter: Daß Actores alle Gerechtigkeit vnd Behülff an Sigheln vnd Brieffen/ so sie die Kläger/ von Burgermeistern vnd sonst bekommen/ vbergeben sollen/ vnd deren nicht gebrauchen/ etc. disponit. Ergo vniuersaliter ad actiones, extra pretenfa documenta cōpetentes, non dirigenda. Deinde, quia instrumentorum traditio diuersos habet effectus: Ideo semper intentio partium inspicienda est: quæ si expresse apparet, satis est: si vero non apparet, sed tacite præsumitur: tunc aut alia coniectura tacite subest, quam remissionis, & remissio non præsumitur: quia si vna coniectura tollit alteram: Aut alia coniectura sumi non potest, & tunc remissio præsumitur: Ita Bald. in l. Labeo. §. 1. circa med. de pact. Iam vero quæ fuerit Actorum intentio, quæ Reorum exceptio, ac demum, super quibus Transactioni inita, ex verbis Reo probatur: & deo quæ nec Actor, nec Rei, nec etiā Consiliarij aliquam ad falsi querelam considerationem habuisse videantur. Cum alias, vel vnico verbo, rem vniuersam exprimere & præcauere potuissent. Ergo instrumentorum traditio, renunciationem falsitatum non videtur operari. Adhæc, tamen si verum sit, quod qui instrumentum tradit, si rem ipsam tradere censetur, leg. 1. ibi Bartol. & Bald. C. de donat. Et Chirographum legat Actionem in eo legat: dicitur, l. qui Chirographum de legat. 3. l. seruum filij. §. cum qui de legat. 1. Tamen hoc in iis documentis tantummodo procedit in quibus ius Rei vel substantia debiti obligati continetur, non autem in documentis nudi contractus: Bald. dict. l. prima, C. de donat. idem d. l. Labeo. §. 1. post princip. l. ab emptione. colum. 2. versic.

secundo respondet glossa. ff. de pact. Et Iason in d. §. cum qui Chirographum. At vero Actoris documenta, quæ tempore Transactionis habuit, & tradita sunt, ius Rei, vel actionis non continent. Nam documentum litera C. est nuda saltem copia allegatæ venditionis & Transportus: Cætera vero literis D. & G. sunt testimonialia documenta, quorundam testium, ad quorum examen pars non fuit citata: sicque in iure nullam fidem faciunt; nec quicquam probarunt, vt supra in tertia ratione principali deductum: Cum paria sint, si probatio nulla, & non legitima. l. quoriam ibi. glossa de his, qui satisd. Danhoud. in Enchirid. parium iuris. verb. nullum esse & verbis: probatio illegitima. Ideoque illa d. documenta in iure nullum effectum habuisse videntur: aut si habuerunt, quoad actiones, plus iuris Reo attribuere non potuerunt, quam in iis continebatur, propter diuersum effectum: Cum aliud sit si instrumentum contractus: aliud vero, ius Rei vel actionis continens Bald. in d. vers. Sed aliter respondet glossa. Iason in d. §. cum qui Chirographum. n. 7. Ac is, qui quandoque renunciat instrumento, si in quo debitum habetur, non dicitur debito renunciaffe, sed tantum probationi istius documentis: Bald. in d. l. Labeo. §. 1. circa med. Ideo & nostri Actores eorum probationibus tantum renunciaffe videntur. Et concessio, quod in illis documentis ius actionum continebatur: Tamen talis traditio non debet suum effectum ad alias actiones, non comprehensas in instrumento, extendere, vt supra dictum. Quia intuitu criminis falsi, talis traditio nullius momenti videtur. Imo cum ante transactionem in tribus documentis C. D. G. allegatæ falsitatis exceptiones expresse non constiterint, sed demum Consules & Senatus Bergenses, in postremis suis documentis, per Actorem in prima instantia exhibitis, diserte eas attestantur, etiam si Actor per d. traditionem, dictam emptionem & traditionem ratam habuisset, & confirmasset, tamen illa omnia nullius viderentur momenti: quia non potuit super falso instrumento confirmare, & ratum habere, per supra dicta: propter defectum consensus: & falsa traditio si naturam traditionis habere non possit: & nihil magis aduersum veritati, quam falsitas. Sic quoque instrumentum simulatum, si nomen instrumenti non habet: quia quod caret effectum, etiam nomine caret. Bald. leg. cum precibus. in princip. C. de probat. l. 1. C. plus valere quod agitur. Ideo etiam simulatus si contractus iuramento non confirmatur. gloss. l. emptione. ibi Bald. C. de tit. plus valere quod agitur, &c. Quia nec iuramentum super contractu simulato interpositum, valet nec obligat iurantem. Ias. §. fuerat. num. 87. Inst. de Actio. Existimat igitur, ex traditione d. exemplatæ copię, allegatæ venditionis, & duorum testimonialium documentorum indefinitam omnium Actionum renunciationem inferri non posse: multo minus falsi questionem: Et hac ratione hoc argumentum vltimum non aduersari. Constat ergo, Actorem super falsitatibus non egisse, nec transgisse, quod non solum

exactis, verum etiam ex confessionibus Reorum, & tenore transactionis, manifeste apparere videtur. Nec mouet, quod Actor d. instrumenta penes se habuerit: quia in illis, falsitatis nulla attestatio habetur, vt in postremis literis post transactionem, in prima instantia exhibitis, quorum sigilla per iudices priores pro recognitis sunt acceptata: Et Rei d. documenta non impugnasse, sed per comparisonem eorundem, quia allegarunt, priora cum posterioribus conuenire, aperte in Iudicio approbare dignoscuntur. Quod allegata falsitates iam sint probata.

Similiter non mouet, quod dicitur: Actorem defectum tutorum allegasse, & inde falsum scire potuisse. Quia cum Actor venditioni, traditioni, tutorum ordinationi, & reliquis, non interfuerit, sintque facta aliena, & actor homo indoctus & simplex, iura non intelligit, & ob egestatem doctiores consulere non potuerit, sane falsitatem scientiam ipsum habuisse, necessario non sequi, supra dictum est. Nec etiam ob defectum tutorum sequitur, totam venditionem, traditionem, immisionem, ac literas commendatitias, quibus praefectus Bucholdiensis motus, emptoribus bona tradidit, falsas fuisse: nisi quod iam de istis falsitatibus constet, vt dictum. Quod merito Actor in ceteris falsitatis punctis sit audiendus, d. l. si ex falsis. C. de transact. Et siquidem sciisset: nihilominus, quia super illis plane non est cognitum, adhuc audiendus est. Ita tex. in l. fin. C. de fid. instr. ibid. Bald. num. 3. 4. Proinde accedit, quod etiam

179 is, qui ratione testamenti, legatum accepit, nihilominus postea testamentum falsum allegare potest: Bartol. & Bald. in l. qui ignorans. ad l. Corn. de fals. Et quamuis glossa illum textum de ignorante intelligit, tamen Bart. in l. post legatum. num. 2. quib. vt indign. de sciente intelligit quibus accedit Bal. in l. licet. C. ad l. Corn. de falsis. & idem. l. non dubium vers. 7. C. de testam. Concludit, Reorum exceptionem, per Actoris Replicam plane elisam esse.

Postremo: quia Rei adhuc duo fundamenta allegant. Vnum, quod, elapso quadriennio, restitutio non habeat locum. Alterum, quod virtute consuetudinis Monasteriensis, nemini contra recessum Dn. Episc. aut Consiliariorum venire liceat: Ergo Actorem non audiendum.

180 Ad primum quod attinet: Si transactio et vicio nullitatis laborat, restitutione non est opus. Et sane nostro casu verum quidem est, quod Actor pro sua persona transigere potuerit. At pro Consortibus, nullum speciale habuisse mandatum ad transigendum videtur: Quia ex petitionibus colligitur, Actores, oblato precio, haereditaria bona sibi restitui petijisse principaliter, licet in secunda supplicatione adiungant, & in euentum concordiam petant: Sed etiam speciale mandatum nunquam est exhibitum a Reis, nec etiam in actis transactionis, vel actis primae instantiae reperitur. Quamuis & consiliarij in ipsorum Recessu asserant, sibi de constitutionis mandato

181 sufficienti constituisse. Quia nec Iudici creditur,

nisi quatenus eius allegata in actis deprehendantur: Bart. in auth. si quis in aliquo. num. 13. Iason num. 11. C. de Edend. c. quoniam contra. de probat. Et plerumque si generale et mandatum datum, non praesumitur speciale datum, nisi probetur. Nemo enim praesumitur suum iactare: quod multo minus in paupere & aegro est praesumendum. Et qui alienandi et potestatem non habet, etiam super bonis transigere nequit, Iason l. vlt. num. 122. C. de iure Emphyt. Nec etiam Procurator cum libera, donare aut in delicto transigere potest. l. si Procurator. de condit. & demonstr. Ergo, quoad consortes, ob defectum specialis mandati, transactio videtur nulla. Deinde, supra in quinta ratione principali deduxit, nimis praecipitanter nostram transactionem esse interpositam, vt ex euidencia facti notorie probatur. Tum etiam, quod consiliarij Actoris instrumenta, neque ad se receperint & attenderint, nec etiam ad ipsius petitionem, Reorum instrumenta exhibuerint, aut exhiberi mandauerint, sicque cum Reis collusisse videntur, contra iura alias allegata, et Transactio, tanquam praecipitanter facta nulla cesset: Menoch. de arb. lib. 1. q. 42. num. 3. qui citat Dec. conf. 479. n. 6. 7.

Tertio, accedit quod actor tam in prima, quam in hac instantia conqueritur, tempore Transactionis tantum semel fuisse auditum, neque consiliarios ipsum amplius audire voluisse, allegando, ipsum nihil iuris habere, tempus deliberandi denegasse: Ad quae allegata Rei nihil responderunt. Et in prima instantia dixerunt, Actorem Consiliarios calumniari, & summa iniuria eos afficere, quasi illum non audiuisset: quo magis iudices ad iracundiam incitarent. Itaque ex d. allegatis pro Actore resultat praesumptio: Bald. l. si cert. annis. col. 3. C. de pact. Bart. in l. cum quid. si certum pet. Castr. conf. 174. n. 3. p. 1. Maxime si consideratur, quod Actor in territorio Reorum solus coram consiliarijs, Aduocatorum praesidio destitutus, comparauerit, aliaque circumstantiae, personarum, temporis, totiusque negotij attenduntur. Iam vero licet Iudex et quandoque possit partes ad concordiam reducere, l. 1. §. et post operis. de noui operis nunc. l. a quibus. de vsufr. Tamen ad concordandum cogere non potest, quia Transactio esset nulla, Ias. in auth. si vero contigerit. n. 7. C. de iud. Felin. late ad rubr. de Treuga & pace. in princ. Nec etiam callidis et persuasionibus inducere debet: quia talis persuasio est dolus. l. 1. §. dolo. de dolo malo. Castr. d. confil. 147. num. 3. Nam dolosa et persuasio plus est quam violenta persuasio. leg. tertia. §. si quis volentem. 2. respons. de lib. hom. exhib. l. 1. §. persuadere. de seruo corrupt. Dim. c. scienti. de reg. iur. n. 4. Cum itaque Consiliarij cum Reis colluserint, & d. Actorem suis persuasionibus ad transigendum induxerint, & quasi nihil iuris haberet, compulerint, sane, hac ratione Transactio non videtur subsistere. Nec videtur obstare, quod Actor quinquaginta taleros acceperit, & volenti dolus non etiam d. c. scienti. Quia hoc verum est, nisi ex vna parte interuenit voluntas, ex alia vero dolosa persuasio: Tunc enim d. regula non procedit.

Din. *ibid.* numero tertio. Nam eo casu etiam circa volentem & scientem, dolus committitur. *Castrens. d. consilio num. 1.* Quod autem quinquaginta taleros accepit: Id forte ratione paupertatis factum. Personarum enim † contemplatio in diuite & paupere habenda est, ad hoc, vt aliquid bene vel male præsumatur, *l. cū ij. §. sed & personarum, ibi Bald. & in §. si in singulos annos. ibi gl. & Bart.*

189 ff. de *Transact.* Nam propter personæ † paupertatem sæpe à generali lege receditur, vt in materia collectorum, *l. illicitas. de offic. præsid. ibi gl. l. omnes. ibi Bartol. C. de ann. & tribut. lib. 10. Gail. obseruat. 142.*

190 num. 1. lib. 1. Paupertas enim † necessitatem inducit: *Panorm. in c. quoniam. num. 5. de Simon. & facit licitum, quod alias est illicitum, c. quod non est licitum. de reg. iur. l. si in l. si ex toto. numero 18. de legat. 1.* Et cum ex datis supplicationum, & recessus, sit notorium, quod Actor à festo S. Nicolai, vel circiter, vsque ad 24. Ianuar. in territorio Monasteriensi permanerit, & suo hospiti, cæterisque obligatus fuerit, potest ob id, tam ratione paupertatis, quam etiam obligationis eo facilius summam acceptando, vt debitoribus suis solueret, seque in patriam reciperet, excusari. Quarto certum est, quod Rei per sua documenta ipsis Consiliariis obrepserint: qua ratione transactio similiter non videtur subsistere: *l. si quis obrepserit, ad l. Corn. de fals.*

Postremo certum est, quod Transactio ex falsis documentis sit inita: quo casu plurimi tenent transactionem ipso iure nullam. Cum vero hoc ipsum pro hac vice decidere nolit, satis esse in hac causa putat, quod Actor per replicationem, d. transactionem elidat: quia eo casu restitutione non est opus, vt *Bart. distinguit in d. l. si ex falsis.* Et ita ex prioribus fundamentis censet, transactionem nullam censi posse.

Quod vero ad Reorum allegatam consuetudinem attinet, illam non esse probatam, nec putat attendendam. Concludit per replicam exclusam exceptionem, vt *supra.*

Si tamē in hac causa ardua, Domini de scientia vel ignorantia Actoris adhuc hæserint, placet, vt secundum opinionem referentis, & correferentis, ipsi Actori iuramentum deferatur (scilicet ignorasse falsum) cum ea, † quæ dubia sunt, iuramento purgari possint, maxime cum certatur de damno vitando: Et si pro ipso pronunciatur, Rei recipiunt suum precium: si vero contra, maxime læditur Actor: quia in æternum bonis suis destituitur. Concludit, secundum principale suum votum, grauamina ad probandum, tanquam superflua, non admittenda, & pronunciandum, male iudicatum & bene appellatum, vnd das Rei ad oblatum precium, die Erbschaft Arnolds Wüdinges / Actori zu restituieren schuldig. Expensis compensatis. Ad fructus quod attinet, illos putat à tempore litis contestationis computandos. Et hoc propter Actoris quietantiam, quia ipsam residuam precij summam recepisse, & ideo Reos eo intuitu, tanquam successores, bona

in fide fuisse. Si vero Actor per Dominos fuerit delatum iuramentum inscitæ, putat tunc fructuum adiudicationem ipsi denegandam. Addit: si prædictæ viæ dominis non placuerint, necessario, vt in principio sui voti significauit, articulata grauamina admittere cogitur. Et iniungeret parti, vt responderet ad 20. vsque 34. artic. inclusiuè.

Aliud.

D. Q. Summa causæ consistit in eo, an super falso cognito sit transactum: refert se ad deducta Referentis, cum eo concludit, bene iudicatum, male appellatum, compensatis expensis. Si dominis per maiora placuerit, Appellanti posse iuramento consuli: facilis illis accedit, &c.

Aliud.

D. C. Verisimilius videtur pronunciari, bene iudicatum, male appellatum. Licet autem disputetur, An super falso transactum, & Appellans pro se habeat præsumptionem ignorantie, donec doceatur de scientia, *c. præsumitur. de reg. iur.* Quæ reijcit probationem contrarij in aduersarium. Tamen locum non habet, si est verisimilis ignorantia, & obstant fortiores præsumptiones *Gail. obseru. 48. num. 15. lib. 2.* Sed satis constare videtur ex supplicationibus, &c. vt Dn. Referens supra retulit. Vult tamen ex quibusdam causis, quas deduxit breuibus, iuramentum, si dominis placuerit, Appellanti deferre, super ignorantia.

Aliud.

Ego: huius causæ merita à Dominis ex omni quasi parte absolute examinata & discussa, iudicò, adeo vt superfluum putem, cumulare plura, & impedire transgressum ad alia. Concludo itaque simpliciter cum dominis Referentibus. Collatis enim omnibus, quæ exactis relata sunt, intelligo, omnia ea, quæ ante transactionem mora sunt, & de quibus partibus tunc satis constitit, postea in grauaminibus obiecta esse, & vnam eandemque causam ante Transactionem, & post in grauaminibus agitaram, ex eademque & super eadem causa, tam transactionem, quam sequentes processus peractos. Siue igitur hic vel illic, & è conuerso, nominetur vel læsio, vel falsum: Cum tamen, vt dictum, ex vna eademque causa vtrobique actum, hoc est, Transactum & processum, nec verbis, † sed rebus vis & effectus 194 tribendus sit, cum vtrobique in eundem finem & effectum intenderit Actor, vt videlicet contractus alienationis bonorum retractetur & rescindatur, quæ causa & lis per transactionem semel finita est. Igitur alia via rescitari nō debet. non video, quomodo appellantem iuuare possit. Concludo itaque, vt dictum, si domini voluerint per maiora articulos admittere, non aduersabor, licet ægre admitti possint, vt per Dominum Referentem, &c.

Aliud.

D. L. Cum omnibus Dominis constituit Trans-

Transactionem nostram subsistere, Ideo superfluum esse, pluribus disputare, an ea propter nullitatem, propter metum Actoris, vel absque sufficienti mandato inita, sit nulla; Quin & appellans ipsemet, nec ex illis capitibus, & si quæ sunt similia, dictam Transactionem infringere affectat. Nam licet appellans 195 dicat se metu inductum: Tamen quando ¶ sit iustus metus, relinquatur Iudicis arbitrio, *l. in repositis. C. de Transaction.* Sed hic nullum talem metum interuenisse, qui ininitam transactionem viciare posset. Quin ad instantiam & petitionem Appellantis nostri, ipsa transactio est inita & cōcepta. 196 Qualitatem etiam ¶ transactionis non oportet disputare: quia sufficit, transactum esse, & id ex Actis constare: cum transactio sit litis finitæ *l. fratris tui C. d. rit.* Nec in ea habet locum penitentia. *d. l. fratris tui. ibi. Dd.* Nostro etiam casu ex capitibus in ea contentis, ea non vult impugnare. Ergo, &c. Vnde fit, quod causam principalem etiam, scilicet venditionem hæreditatis, non opus habeamus disputare, nisi in eum finem, vt appareat, super quo transactum: Et sane cum principalis, super quibus rebus transactum, hoc evidentius & aliunde haberi non potest, quam ex ipsis supplicationibus Appellantis, de Anno 63; ex verbis, *taliter qualiter: allegat l. qui fundum. si feruit. amit.* Hinc dicit, ex Actis non constare, an Appellans eiusmodi allegatis, vel vero probatis falsis instrumentis, ad venditionem & post transigendum inductus sit. De quib. rebus transactum sit, ostendit der *Minsterisch Decret.* de 18. Januarij, Anno 64. vbi extat, quod non solū super læsione, sed & de falso tutore (vt verbum: *Reine: demonstrat*) controuersiam fuisse. Item verba, *derohalben vnd zu entlicher Hinlegung an-geregter Gebrechen*, declarasse. Hinc satis constare colligit, de quibus rebus transactum, scilicet de læsione & autoritate tutorum præfecto- rum.

Nec refert quod dicit Actor, se tantum copias instrumentorum, nec ea ab Aduersario habuisse: quia sufficit, habuisse & sciuisse Transactionem & sententiam æquiparandam. Sed generali petitione proposita si sequatur, sententia ea generalem parit exceptionem, & refertur ad omnia petita. Nec refert, quod Actor vnā tantum forte 197 speciem sit prosecutus: quia sententia ¶ debet esse conformis petitioni, vt *l. fundus commun. diuid.* Eo magis transactio subsistit: Quia tempore transactionis etiam dixit, quod Tutores & præfecti, consensum non adhibuerunt, prout falso Appellantem à Reo persuasum fuisse constat. Concludit cum *glossa & Dd. in l. age cum Geminiano C. de Transact.* Ex quo generalis petitio Actoris sit, quam secuta est generalis transactio. Petitio Actoris exceptionem transactionis obstare: Adeoq; bene iudicatum, male appellatum. Expensas magis ex æquitate & benignitate, quam rigore iuris, compensabit.

D.S. cum dominis referentibus. Compensatis expensis.

D. C. purè sententiæ Referentis adhæsit.

Aliud.

D.X. per maiora dominorum constitui videtur quod scientia in nostro Actore, tempore Transactionis sufficienter sit probata, quod etiam initio sibi visum fuit: ideo mouetur, vt illi iuramentum ignorantie deferri iam non possit, cum huic ¶ iuramento non aliter locus sit, quam cum de animo iurantis plane non constat, nec per alias probationes constare potest, *c. præsertim, de testib. in 6 Zabarell. in clem. 1. num. 8. de consangu. & affin. Menoch. de arbitr. cas. 182. num. 6. lib. 2.* Quin cum vel præsumptio est ¶ in contrarium, allegas 198 ignorantiam, ad iuramentum non admittitur, *Bart. in l. inter omnes, §. recte, de furt. Socin. reg. 71. fallēt. 3. Dec. c. cognoscetes. n. 18. de const. Ratio est: ¶ quia tātū 200* probabilis & præsumptiua ignorantia, iuramento confirmari potest: quæ præsumptio, cum per aliam præsumptionem eliditur, cessante causa, merito cessat effectus. Plane etiam iuramento præstito, probatio ¶ in contrarium adhuc fieri potest: cum probatio per tale iuramentum facta, sit & priuilegiata, *Felin. d. c. cognoscetes. n. 20. de const. Menoch. d. loco.* Vnde fit, vt etiam si nostro Actori iuramenti præstationem permittamus: tamen statim definitiue pronunciare non possimus, sed tempus ad agendum, videlicet ad probandum, si velit contrarium, indulgere debemus: id etiam superuacaneum esset, cum de eo iam ex actis constet.

Concludit, præstationem iuramenti nostro casu tolerari non posse, ne violetur ius, ¶ & fenestram periurio aperiatur, *l. 1. C. si aduers. vend.* Imo *Felin. in c. Apostolica, num. 2. de except. ait*, iudicem homicidam fore, ¶ si deferat iuramentum veri- 201 similiter de iurato:

VOTVM XVIII

In causa S. contra C.

S Y M M A R I A.

- 1 Interdictum Saluianum, Possessorium solum est ad piscendam possessionis, & ad nudam possessionem auocandam, eaq; tantum probanda venit.
- 2 Interdictum Saluianum nullam probationem exigit, de iure debitoris, qui rem obligauit, sed sufficit si probet, ipsum possedisse.
- 3 Seruiana duriores exigit probationes, quam interdictum Saluianum.
- 4 Interdictum Saluianum datur quoque contra tertium possessorem, non quidem directum, sed vtile tantum, quod tamen intelligendum de possessore titulum, siue onerosum siue lucrosam, à debitore habentem.
- 5 Onus soluendi censum sequitur quemcūque possessorem.
- 6 In præteritum præsumitur de possessione.

7 Ex breuitate temporis facile arguitur possessio. Et sic talis presumpcio, licet habeatur pro insufficiente, tamen onus probandi transfert in contrarium.

8 Ex possessione quis presumitur dominus.

9 Contractus sapiens naturam contractus vsurarij, non omnino vel totus nullus est, vel annullatur, tanquam vsurarius, sed solum in eo, quod excedit ultra precium receptum.

10 Contractus vsurarius, tanquam excessiuus, moderandus est ad legitimum modum.

11 Sententia, quae etiam ipso iure nulla est, tanquam contra expressam constitutionem Imperij, non est acquiescendum.

12 Creditor specialem & generalem obligationem habens, agere debet, secundum ordinem prescriptum.

D. B. Quia non solum grauamina, sed & probationes iam exhibitae, & tam in exceptionibus ex parte Appellantis, quam in Replicis, ex parte Appellati petitum est, ut causa pro conclusa acceptetur, & ad acta priora, & quae antehic producta & discussa sunt, pronuncietur, prout ubique petitum est, definitiue hanc causam referendam & decidendam putauit, praesertim cum priora articulata, ut in d. Replicis obicitur, nisi quod iuxta constitutionem Imperij, contractus vsurarius non purgetur. Iurisdictio satis fundata, ex litigiosa annua pensione, 7. Goldgulden/ maxime quia ante recessum Anno 70. appellatum, licet non solum hoc de praeteritis septem annis, sed de futuris quoque pensionibus intelligit. In processu non videt nullitatem; sunt etiam legitimationes & formalia iusta. Actum, mediante arresto, more Aquensi, actione qua si Seruiana: vel dici potest, actum, interdicto Saluiano, quo tutius est agere, quam Seruiana: quia solum possessorium est, & adipiscendae possessionis, & ad nudam possessionem auocandam, & ea tantum probanda venit, l. i. de Saluiano interdicto, l. as. & alii dicto s. Seruiana. Neguz. de pignorb. l. 1. membr. octaua partis. Neque exigit vllam probationem de iure debitoris, qui rem obligauit, sed sufficit, si probetur, ipsum possedisse, d. l. i. & l. i. ibi glos. verb. competit. de precar. Et sic Seruiana & duriores exigit probationes, quam hoc interdictum, d. l. i. s. cum praedium, & l. & qua nondum, s. de pignor. Datur autem hoc interdictum & similiter contra tertium possessorem, non quidem directum, sed vtile tantum, d. l. i. in princ. de Saluian. interdict. gl. in l. i. C. eod. tit.

Quod tamen intelligitur de possessore, qui titulum habet a debitore, siue onerosum, siue lucratiuum: quia tunc semper concurrendum interdictum Saluianum, & actio Seruiana, vel quasi. *Id. in d. s. item Seruiana.*

Quod Actori nomine euitae domus, a quodam Adamo Brismani sibi venditae & generalis & specialis omnium bonorum expressae facta sit oppignoratio, patet ex decreto scabinorum Aquensium litera B. & ex Rauffbrieff litera A. &

quia d. Euitatio facta est per Catharinam viduam quondam Stephani Purengiessers / vii filiam Gerhardi V. omnium primi emptoris & hypothecarii d. Brismani, pro singulis annis septem florenos in auro, a septem annis debitis, mediante sententia, ut in literis Scabinorum, de dato 21. Ianuarii Anno 68. Merito Actor, tanquam secundus emptor, & anteriorem habens hypothecam (videlicet de 10. Iulij, iuxta decretum, & 18. Iulij, Anno 51. iuxta Rauffbrieff) tantum, quantum sibi per d. Euitationem ablatum est, siue quatenus res sua, id est domus, a Brismano emptae per hoc onerata est, a Reo nostro. Tertio emptore, ac posteriorem habente hypothecam (nimirum de 12. Septembris Anno 51.) Sicque bona affecta & hypothecata d. Actori, competenti actione auocare, ac ad totidem aureos, siue pensionem sibi euitam, recte agere vel repetere id videtur. Onus enim & soluendi censum, sequitur quemcunque possessorem: *Follerius in prax. censuali, verb. huiusmodi census super rebus. numero 96.* etiam pro censibus praeteritis: *ibid. numero 97.* Quod in proposito, merito non procedit: cum omnia d. Brismani bona, Actori hypothecata sint, & agatur hic hypothecaria contra possessionem, non autem actione personali, ut *ibid. d. numero 97. & supra dictum.* Quod autem venditor Brisman, potestatem siue ius oppignorandi litigiosum, & arrestatum pratum per Reum emptum, habuerit, & sic quod iuxta interlocutoriam, 26. Nouemb. Anno 68. latam, tempore contractus, cum Appellato (quo nimirum domum eius emptam, & post euitam sibi vendidit, hoc est, 18. Iulij Anno 51.) illud d. Brismani fuerit, ipseque hoc possederit, probatur per extractum, ex iudicum *Copenbuch* / per literas venditionis, ubi constat, quod Brisman vendidit d. pratum 12. Septembris Anno 51. Heinricho Vaissen, Rei praedeessori & auctori: Ita quod omnino praesumatur, & verisimile sit, illud pratum duobus mensibus, & sic paulo ante a Brismano possessum fuisse, cum tanquam dominus, etiam vendiderit. Nec verisimile est, quod d. Batsj cum ipso contraxisset, nisi sciisset, ipsum ad minus pratum possedisse, & eum pro domino habuisset. Imo nec etiam verisimile est, quod Brisman post Actoris venditionem & alios contractus venditionis, per ipsum ante celebratos, primum emerit hoc pratum, ut quia obstratus, sua magis coactus fuit vendere, quam quod plura emere potuisset. Quo facit *alcia. in reg. 2. de presump. 21. n. 15.* videlicet quod in praeteritum & de possessione praesumatur, propterea quod fuit dominus. & sic ex legitima causa: alias enim nec vendidisset, nec emptorem reperisset. Ex breuitate & itaque facile arguitur d. possessio. Et si talis praesumptio & verisimilitudo non habenda pro certa & sufficienti probatione, tamen suo iudicio transfert onus probandi in aduersarium. *arg. l. fin. in princ. quod met. caus. & l. siue possidetis. C. de probat.* Deinde facit etiam, quod & ex 3 posses-

possessione quis præsumatur Dominus, Bart. con. 209. lib. 1. idem in l. 2. C. ne vxor pro marito. Concludit Actionem probatam.

An elisa?

Primum Rei fundamentum est, euictionem d. Catharinæ non legitimè factam, ex quo appellationem suam contra Appellantem fundarit, super contractu vsurario: vt quia suam Giltver-
schreibung / plusquam sex cum dimidio florenos in auro, pro centum, continet. Quæ quidem exceptio, quatenus modus excessus est, contra constitutiones Imperii, von wucherlichen Contracten / de Anno 1330. An. 48. An. 70. releuans est: Contractus tamen ob hoc, † non totus nullus est, vel annullatur, tanquam vsurarius: Sed solum in eo, quod excedit, hoc est, in ea parte, qua stipulatum & promissum est aliquid, vltra præciũ receptum. Foller. d. loco. verb. nil vltra percipiatur. à nu. 4. vsque 23. vbi late pro & contra, & sic tale pactum duntaxat vitiat, non autem viciat, & contractus, † tanquam excessiuus, moderandus est ad legitimum modum: Molin. de contract. vsur. q. 10. n. 139. q. 52 nu. 377. q. 80. n. 614. Leos. §. si quis autem. & l. placuit. l. de iur. leg. pro mutua. si cert. pet. Hinc impurandum Appellato, quod in d. causa euictionis non excepit contra obligationem Catharinæ, & vltra legitimum modum se grauari passus est. Non enim debuit acquiescere sententiæ eius, † quæ etiam ipso iure nulla est, tanquam contra expressam Constitutionem Imperii. Vant. de nullitate ex defectu process. num. 118.

Secundum fundamentum est, Actorem recursum habere contra aliam Brismanni domum, sitam in Wansstraf, tanquam speciale suam hypothecam, qua etiam tunc temporis contentus fuerit, vt in d. Rauffbrieff litera A. de quo etiam
12 pignor. tradit: quod quando † creditor habet specialem & generalem obligationem, tunc debet agere secundum ordinem ibi præscriptum. Respondet: Quod illa ipsa domus (quantum conicit ex Actoris Rauffbrieff A & Gerhardi Harkens Rauffbrieff / n. 10. Item ex 3. defensionali coniunctis simul exceptionibus & Replis primæ instantiæ) etiam d. Ferck. specialiter hypothecata fuerit: nihilominus quia anterioribus pensionibus, accentum floren. in auro, plusquam valuit, onerata est (vt in d. Replis, & in 7. defensionali, & pro verificatione se refert ad besigeltten Schöf fenbrieff / de dato 21. Ianuarii, An. 68.)

D. G. Correferens: causam esse planam & expeditam, concludit cum Referente.

Ita & reliqui domini.

Sententia: Benè iudicatum, male appellatum, Doch daß gedachte Appellanten ihme dem Appellanten mehrers dann fünfß von hundert Goldgülden zu bezahlen nicht schuldig. Compensatis expensis.

VOTVM XIX.

In causa Nobilium T. & Consorten vorß
St. Appellanten / contra I.
zu Hild.

S Y M M A R I A.

- 1 Res iudicata pro veritate habetur, & facit de albo nigrum.
- 2 De sententiæ viribus, quæ rei iudicata authoritatem adeptæ est, amplius non est indagandum.
- 3 Mulier, sicut de iure communi alios contractus facere potest, ita & compromissum.
- 4 Fidei præstatio, id est, etwas zu halten angeloben / equiparatur iuramento, & si fides non seruetur, conuenientes in perurium incidunt, suntq; infames.
- 5 Euentus causa decisionis cum vtrinq; par dubius, nullus potest dici per pactum aliquod in compromisso adiectum grauatus.
- 6 Arbitrarius potest esse, etiam nulla adiecta pœna, vel pignore.
- 7 Compromissum, si iuramentum est præstitum, nihilominus tenet.
- 8 Iuramentum præstitum est seruandum, & iuramentum illud, quod absque interitu salutis æternæ seruari potest, de iure Canonico valet.
- 9 Contrahentes iuramenti ratione, iuri Canonico, quod tale iuramentum valere vult, subiiciuntur, quod, ratione iuramenti, in terris Imperii etiam obtinet.
- 10 Arbitrium, quando contra tenorem Authent. decernimus, est iuratum, licet non pariat actionem; de iure tamen Canonico, iurans ad obseruantiam illius compelli potest.
- 11 A sententiæ arbitri si infra dies decem appelletur, tunc appellans videtur approbare sententiæ, tanquam latam.
- 12 Tutoribus autoribus, in negotio ipsorum omnium communi, pro indiuiso, quod geritur, per eosdem improbari non oportet.
- 13 Filius minorennis factum matris & tutorum suorum (ipsius minorennis nomine nimirum) tanquam factum, siue pactum alienum, quasi ipse tertius eo non obligetur, impugnare non potest.
- 14 Iurisdictionem Camera ipse partes prorogare possunt, imò & ipse quoque iudex.
- 15 Appellatio in Camera tanquam deserta, neutiquam recipienda censetur.
- 16 Præsumptio iuris, & de iure, pro ipsa veritate habetur.
- 17 Autoritas rei iudicæ, ob non interpositam à confirmatoria sententiæ appellationem, primam arbitrorum sententiæ adeo corroborat, vt sententiæ illius vigore, Actoribus facultas & ius retroemendæ adimatur.
- 18 Verba contrahentium dant legem contractui, & contractus ex conuentione legem accipiunt.
- 19 Verbum, Bins / est collectiuum.
- 20 Verba, Binserm jeden / sunt distributiua.
- 21 Verbum, Solten / est obligatorium & præceptiuum.
- 22 Verba, Wollen vnnnd mögen / sunt mera facultatis.
- 23 Iniquum est, in plures personas stringi eum, qui quasi cum vno tantum contraxit, vel certe contrahere voluit.
- 24 Verba in fauorem emptoris prolata, non in ipsius odium.

V

am. sed

- um, sed potius contra venditorem eiusve heredes sunt interpretanda.
- 25 Verba in contractibus posita, non debent esse ociosa, & sine effectu operandi.
- 26 Particula copulativa, Nos Titius & Gaius, &c. obligationem in viriles partes diuidit.
- 27 Ex natura contractus retrovenditionis fundi, veniunt rei traditio & precij solutio. Siq; natura diuidua sunt ibi n. 28. Quod tamen ex voluntate contractantium limitationem accipit, n. 29.
- 30 Promissio vbi simpliciter facta, & nihil de partibus est actum, indiuiduum in obligatione esse, censendum est: non quidem natura, sed per accidens; nec pars rei tunc recte prestatur.
- 31 Res vnica, vnico precio vendita, particulari solutione scindi non debet. Nec partis solutio oblata ab vno, aliquem effectum habere potest, n. 32.
- 32 Venditio vbi vna, vnus precij, licet à tribus sit facta, non tamen per hoc, in casu dubio, deterior debet esse conditio emptoris, quam si esset facta ab vno tantum.
- 34 Vnitas precij vbi est, contractus non scinditur per partes.
- 35 Res corporea inanimatae sunt indiuidua, si accidenti aliquo indiuiduentur.
- 36 Pignus non liberatur, nisi totum debitum sit persolutum.
- 37 Emptor eodem precio retrovendere promittens, non est cogendus ad partis diuidua venditionem. Ratio quae.
- 38 Mora & factum iudicis non nocet parti, quoad desertionem interpositae appellationis.
- 39 Iudex de cause expeditione non semel tantum est requisitus, sed vtile & necessarium est, vt protestatio saepius fiat.
- 40 Requisitio vna regulariter non sufficit, ad constituendum quem in mora.
- 41 A sententia arbitri regulariter non appellatur. Contrarium ibid.
- 42 Lesio enormis existente, non obstante facta renuntiatione, reductio ad arbitrium boni viri, & recursus ad superiorem permittitur.
- 43 Appellatio, reductionis ad arbitrium boni viri & recursus ad superiorem, parificatur.
- 44 Lesio enormis quando existit, reductio nulla cautela effugi potest.
- 45 Iudex ordinarius de iure civili arbiter esse non potest: diuersum tamen, secundum aequitatem Canoniceam, statutum reperitur, n. 46.
- 47 Proctus, litis contestatione non facta, vitiatur.
- 48 Conditio siue facultas, quae consistit in faciendo simpliciter, vel mixtam in dando vel faciendo, posita in persona duorum, non potest impleri per vnum eorum pro parte. Rationes huius quae, n. 49. & 50.
- 51 Redemptio parti in hoc casu, qui iuris expressi textus, obstat videntur.
- 52 Qui promissit duobus aut pluribus, separatim & cuiuslibet pro virili, promississe videtur.
- 53 Socius potest cogere socium, qui totum redemit, vt ei partem suam reuendat.
- 54 In Camera magis attenditur veritas quam rigor.
- 55 Camera cum Imperatore concurrentem habet iurisdictionem.
- 56 Iudex in pronunciando merito veritatem sequi debet, nec vlla cautela id effugi potest.
- 57 Appellatio vnus prodest alii non appellanti.
- 58 Reuendendi, quare sit ius indiuiduum. Acquiriturq; cuiuslibet consociorum. num. 59. Ac vni tantum competit reuocatio, aliis etiam detraherentibus num. 60.
- 61 Ab opinione communi in iudicando, non facile est recedendum.
- 62 Iudex simul & semel propter contrarietatem, super exceptione incompetentiae & cause principalis, pronuntiare non potest.
- 63 Sententia illa, quae contra ius constitutionum fertur, ipso iure nulla est, illa vero, quae contra ius litigatorum fertur, valet. (test.)
- 64 Exceptio incompetentiae, quando tacite rejici non potest.
- 65 Pronuntiatio tacita, quando sufficit.
- 66 Appellatio in hoc casu, non tantum operatur effectum suspensiuum, sed etiam resisiuum, quatenus defacto sententia processit.
- 67 Actus subsequentes contrarii precedentibus, faciunt videri recessum à precedentibus.
- 68 Verbum Sonderlich siue praesertim, vtrumque casum comprehendit, tam quoad totum, quam quoad partem.
- 69 Libellus semper ad commodum libellantis est interpretandus.
- 70 Per posteriora à prioribus quando recedendum.
- 71 Pars toti non est contraria, sed in eo continetur.
- 72 Iura partium, per instantiarum varietatem non mutantur.
- 73 Mutatio petitionis, mutationem libelli inducit.
- 74 Petitio, super qua lis est contestata, cur attendi debet.
- 75 In appellationibus duabus ab vna sententia interpositis, quarum vna subsistit, altera non, quid considerandum.
- 76 Vtile & inutile, quoties in vno actu concurrunt, tunc actus valet, si vnum per se, ad tuendum actum, sufficit.
- 77 Oblatio vim solutionis habet.
- 78 Quilibet pro alio, etiam ignorante & inuito, cum effectu liberationis, soluere potest.
- 79 De iure alterius nemo excipere potest.
- 80 Depositio periculum transfert in creditorem, & debitorem in bona fidei iudicis liberat.
- 81 Exceptio precij non reddita, etiam post sententiam in executione opponi potest.
- 82 Sententia Commissariorum sine veris probationibus, & cause cognitione lata, per superiorem commendari potest.
- 83 Compromissum super rebus minoris immobilibus, per tutorem sine decreto factum, non subsistit.
- 84 Tutores neque transigere neque compromittere possunt. Quod extenditur n. 85.
- 86 Copia nuda, sine originali nihil probat.
- 87 Sine consensu fratris expresso, ceteri fratres alienationem in extraneum facere non possunt.

88 *Renunciatio feudi per vnum facta, alteri agnato non nocet.*

89 *Agnatus proximior ad reuocationem feudi alienati admittitur.*

D. N. Referens: Schwab vnd Curth von Steinberg / vnd Anna Wittib / petierunt von Henning Jobst vnd Burckhardt den Meyern / vt ipsorum Meyerhoff zu Bösum gelegen / gegen Empfahung des Pfandschillings / iplis retrouendant & restituant: Ipsorum namque maiores, Henning Curth vnd Burckhardt von Steinberg (inquunt,) d. Meyerhoff / Anno 1478. Burckhardo Meyer, consentiente præposito Hildesheimensi, tanquam domino feudi, vendiderint quidē, sed cum pacto de retrouédedo. Ipsi verò, Henning Jobst / re die Meyern / ciues Hildesheimenses, restitutionem detrectantes, exceperunt. Quod vero d. Curth & Burckhard von Steinberg / postmodum Anno 1481. d. Emptori, vigore secundæ conuentionis subsecuta, promiserint, daß sie ihne vnd all sein Mannlichen Erbe (quales & ipsi sint) so fern deren einer im Leben were / keine Lösung thun noch verständen sollen. Super hac igitur controuersia decidenda, An. 56. 18. Maii, vt inique in d. præpositi Commissarios compromiserunt, tanquam arbitros: qui tandem, An. decimonono, Octobr. 13. ex consilio Iuridicæ facultatis Heidelbergensis, pro Reis pronunciarunt: Daß sie die Beklagten / im Besitz des articulirten Meyerhoffs / wie bis anhero bleibe sollen / auch den Widerkauff desselben noch zur Zeit den Klägern zu gestatten nit schuldig seyn. Expensis compensatis. Quare dicti Actores, Schwab vnd Curth / Beuettern / von Steinberg / für sich selbst vnd Frauw Anna, Henning von Steinberg vidua, in natürlicher Vormundschaft Jobsten von Steinberg / ihres vnmündigen Sohnes dicto Anno 59. Octobr. 21. coram Notario & testibus appellarunt ad præpositum, tanquam causæ huius ordinarij Iudicem: qui verò postmodum die Mercurij post Trinitatis, Anno 60. exhibitam sibi iustificationem appellationis, non nisi quatenus iure teneatur, & compromisso aciuri Reorum non præiudicet, acceptauit. Ipsi quoque Rei contra dictam appellationem, vt quæ compromisso, insertæ clausulæ, factæ renunciationis beneficiis, esset contraria, protestati sunt, & ad dictam appellationis iustificationem, quantumuis vt agerent, ad octauum Iulij, citati, se intrōmittere tamen noluerunt. Postmodum tamen duo agnati Appellantes, Schwab vnd Curth / appellationem non sunt prosecuti hætenus: sicque, quoad ipsos (quod notetur) primæ non tantum, sed & secundæ instantiæ, lata definitiua sententia, in rem transiit iudicatam. Sola namque vidua, Episcopo Hildesheimensi conquesta est: Daß sie auff vielfältig Anhalten bey dem Thum Probst die Befürderung habē möchte / daß ihr Rechts verhoffen werden könnte / hat derhalben Episcopum gebetten / daß er sich der Sachen vnternemen wolte: qui verò semper respondit, Daß die Sach an ihne

noch nit deuoluir: sicque causæ audientiam suscipere noluit, donec tandem vidua 4. Februarii, Anno 64. contra dictum Episcopum, in Camera impetrauit promotoriales: quibus insinuatis, Episcopus statim citationem, compulsoriales, & inhibitionem quoque decreuit, & appellantis viduæ nullitatis, & in euentum appellationis libellum suscepit. Appellati verò in compromisso factæ renunciationis appellationis, adeoque rei semel iudicatæ exceptionem opposuerunt, seque ab instantia, cum expensis absolui petierunt. Et licet vidua, vt non obstante exceptione illa, litis contestatio iniungeretur, vsit: Episcopus tamē, ex consilio Scabinorum des Gerichts auff dem Berg / vor dem Roland / zu Hall / circa materialia appellationis, in causa principali 28. Augusti An. 67. definitiuē statim pronunciauit, benē iudicatum, malē appellatū. A qua sententia definitiua viduæ procurator viua voce statim appellauit ad Cameram, vbi reproductis 27. Februarii Anno 68. processibus, & ad exhibitum postmodum libellum summarij, lite hinc inde pure statim contestata, per vtriusque partis sufficienter legitimatos procuratores (quorum tamen alter, Appellatorum procurator, postea obiit, nec alius hætenus in eius locum successit) conclusum est in causa.

Ad cuius verò examinationem & decisionem priusquā descendamus, videtur prius circa punctum deuolutionis Reorum appellationum, in compromisso factæ renunciationis appellationis, atque adeo semel latæ compromissi sententiæ, siue rei iudicatæ exceptio excutienda esse, qua subsistente, frustra & superflue, circa appellationis merita, de iustitia vel iniustitia dictæ compromissariæ sententiæ laboraremus. Res ꝑ enim iudicata habetur pro veritate, & facit de albo nigrum. *Manfred. de attentatis, lib. 1. part. 2. nu. 9. pagin. 39.* De eiusmodi sententiæ ꝑ viribus igitur, quæ rei iudicatæ authoritatem adepta, ius inter partes fecisset, amplius non esset indagandum. *Panormit. cons. 29. vol. 2.* Quia verò ex nullitate compromissi ipsa quoque in compromisso facta renunciatio appellationis concidit: ante omnia de compromissi illius viribus vt videamus, operæ precium esse existimo. Quod sane ex causis sequentibus existere videtur. Primo, quia duo confortes, Actores, primitus interpositam appellationem, non tantum non sunt prosecuti, verum etiam in secunda instantia taciturnitate suā sententiā approbasse videntur: sicque approbato consequenti, necessarium quoque antecedens, id est, ipsum compromissum, vnde sententiæ latæ promanarunt, tanquam validam & legitimum approbarunt. Secundo, quia mulier, ꝑ sicut de iure communi potest alios contractus facere, ita & compromissum, *Lanfr. de arbitr. part. 3. n. 8.* Tercio, quia partes habent des Compromiss / eidemque insertū pactū de non appellando, zu halten angelobt. Quæ fidei præstatio ꝑ æquiparatur iuramento, & si fides non seruetur, conuenientes incidunt in per-

iurium, & sunt infames, *Lanfranc. dicto tractat. de arbitr. membr. 5. num. 44.* Quarto, quia viduæ filius minorennis, Iodocus à Steinberg per pactum illud, de non appellando, & ne utiquam fuit grauatus, cum utriusque decisionis causæ par dubius fuerit euentus, *argum. l. si pater puella, c. de inoff. testâ. Lanfr. d. tract. diuis. 7. nu. 32.* Quinto, quia potest esse arbiter, & etiam nulla adiecta pœna, vel pignore, *l. cum antea. in princ. de arbitr.* si tamen est præstitum iuramentum, & nihilominus compromissum tener, nam *d. Auth.* non infringit compromissum, sed disponit, vt non detur actio. *Abb. 6. 2. n. 8. de arbitr.* Quin etiam iuramentum & præstitum seruandum: nam de iure Canonico valet iuramentum illud, cum possit seruari absque interitu salutis æternæ, & contrahentes iuramenti ratione, & iuri Canonico, quod vult, tale iuramentum valere, subiiciuntur, *c. 2. c. cum tempore, de arbitr.* etiam in terris Imperii, ratione iuramenti, *c. licet, de iureiur. in 6. Anton. de Butrio c. Quintauallis, de iureiur. Ioan. Bapt. de S. Blas. de arbitr. num. 70. part. 1.* Ideo quæ licet arbitrium, quando contra tenorem & *Authen. decernimus*, est iuratum, non parit actionem: tamen de iure Canonico iurans ad obseruantiam illius compelli potest. *Abb. in d. c. Quintauallis, n. 11. de iureiurand.* Sep. imò, quia Actores à sententia arbitrorum appellarunt, eo ipso compromissum approbasse censentur, licet sententiâ improbarint, tanquã iniustam. Si enim à sententia arbitri appellatur, infra decem dies, tunc Appellans videtur approbare sententiã, tanquã latam, licet nunc tanquã sic latam, quemadmodum in simili dicimus, in domino Appellante, à sententia lata contra eius falsum procuratorẽ, *in l. 3. §. falsus, ff. rem ratam hab. Ioan. Bapt. de S. Blasio. in dict. tractat. de arbitr. q. 16. n. 51.* Octauo, quia assensum Rei Appellari, (nec ex aduerso negant Appellantes) Die samptlich gewesene Kläger / Schwan vñnd Curth / beyde Gevettern von Steinberg / auch Anna, Henning von Steinberg Wittib) (quorum nomine, consensu & auctoritate compromissum erectum est) senẽ minorennis Iodoci à Steinberg Vormünder gewesen. Quin etiã litigiosus curator & procurator Appellantium, expressè viduam filii Iodoci principalis fuisse tutricem, & legitimam administratricẽ nominat. Quod igitur tutoribus auctoribus, & in negotio ipsorum omnium communi, pro indiuiso est gestum, præsertim per viduã, per eandem improbari non oportet: nec Iodocus factum matris, & tutorum suorum, tanquam factum, siue pactum alienum, quasi ipse tertius, qui eo non obligetur, impugnare potest. Nono, nego, quod compromissum sine Præpositi, tanquam Ordinarii decreto, sit erectum. Ex quo enim in Præpositi Commissario est compromissum, tantò minus aliter præsumi potest, quin ipsius præscientia & auctoritate sit factum, cum postmodum quoque interpositam appellationem admittère noluerit, nisi quatenus compromisso, & eorum iuri quaesito non præiudicaretur: Et sane decreto Iudicis tantò minus opus fuisset, cum non in arbi-

tratores (quorum laxior est potestas) nec super re minoris alienanda, verum in arbitros sit compromissum, qui secundum ius & Iurisconsultorum consilium deciderent, num dictæ Curtis (quæ non Actorum, sed Reorum est & fuit propria) retroemptio, extantibus primi emptoris heredibus masculis, ipsis inuitis, locum haberet, vel non? Compromissum itaque non tantum, verum etiam eidem adiectum pactum de non appellando, subsistere existimo. Nec verò idcirco interlocutoriè, super non deuolutione, das die Sachen an dis Kaysertlich Cammergericht nicht erwachsen / pronuncianum esse videtur. Iudex namque secundæ instantiæ, à quo ad Cameram est appellatum. licet Appellati factæ renunciationis appellationis exceptionẽ obiecerint, adeoque in causâ principali se intromittere noluerunt, tamẽ pronunciauit ipse in causâ principali, in priori nimirum instantia bene iudicatum esse. Nostrum autem est, proximi Iudicis modo dictam sententiã vt examinemus: Si iam in compromisso facta appellationis renunctio obstiit, quo minus causa ad ipsum deuolueretur, consequens erit, ipsum, ob defectum iurisdictionis nulliter pronunciaisse, sicque definitiue potius super proximæ sententiæ nullitate pronuncianum fore videretur. Adde quod secundæ instantiæ Iudex, prioribus iudicibus inhiuit, & postea ad Cameram interpositæ appellationi detulit. Appellati quoque in Camera, citra vllam non deuolutionis exceptionem, litem statim pure sunt contestati, & in priori instantia bene iudicatum pronunciatum petierunt: adeoque & partes ipsæmet Cameræ iurisdictionem prorogarunt, quod sanè facere possunt. *Gail. lib. 1. obs. 140. nu. 8.* verum ipse quoque Iudex, quia per sententiã Doctori Reiffsteckio, vt ad litis factam contestationem procederet, sub comminatione conclusionis in causâ iniunxit, eo ipso non obscure iurisdictionem suam iam fundatam esse, pronunciauit: quæ sanè sententiã, si iam causam non deuolutam pronunciamus, syndicaretur.

At, inquires, à prima compromissaria sententiã appellatum est 21. Octobris Anno 59. Illius verò instantiæ Iudex in causâ serius, quam debebat, pronunciauit tandem 28. Augusti Anno 67. Tempora igitur prosequendæ appellationis coram inferiore, non sunt seruata: adeoque appellatio in Camera, & tanquam deserta, ne utiquam recipienda esse videtur, teste *Gail. lib. 1. obs. 141. n. 7.* Item, appellatum est ad Cameram 28. Aug. An. 67. Processus autem postmodum 27. Feb. Anno 68. adeoque totum triduum post lapsum fatale, serius sunt reproducti: sicque fatale introducendæ appellationis in Camera est neglectum, & causa deuotò deserta pronuncianum? Respondet: In utroque casu non per partem, sed per Iudicem sterit, quo minus processus citius reprodiceretur, vel appellationis causa maturius absolueretur. A quarto namque die Febr. vsque 27. eiusdẽ, quo processus in Camera sunt reproducti, D. Reiffsteck. ordo in nouis nõ attingit, & quæ appellans

vidua

vidua, pro expeditione causæ, apud Præpositum & Episcopum Hildesheimensem sæpius institerit, & promotoriales tandem in Camera impetrauit, ex actis iam ante retulit. Quare nec super non deuolutione, nec super appellationis desertione, non quoque super nullitate secundæ instantiæ, ob assertum defectum Tráfactionis aliquem, pronuntiandum esse existimat. Petit quidem D. Reiffschæff appellantium Procurator pronuntiari, in vtraque instantia nulliter iudicatum, non veto ob defectum iurisdictionis aliquem, sed quia sententiæ expressum errorem facti & iuris in se contineant. Vtriusque namque, tam secundæ, quam tertię instantiæ Iudicis iurisdictione, partes nunquam impugnarunt, sed expresse vel approbarunt, vel prorogarunt, coram Præposito appellantes, in fine iustificationis appellationis petierunt zu erkennen / daß die interponirte Appellation in ihren Formalien beständig / vnd daß die Sach ordentlicher Weis an den Oberrichter erwachsen / daß auch der Materialien halben vbel gesprochen / wol dauon appellirt sey.

Item coram Episcopo quoq; Appellantes sententiam primam reformati, Appellati vero ab instantia vicissim absolui petierunt. Quæ certe reformationis siue absolutionis petitiones locum non habuissent, si non Iudicis iurisdictione prius fuisset vel fundata, vel certe absque omni dubio protogata. Siquidem igitur Appellati circa litis contestationem in Camera factam, in prima instantia bene iudicatum esse pronuntiari petunt, sicque iurisdictionem secundi Iudicis denuo approbant, vel certe prorogant, non videt, quomodo inuitis partibus eandem impugnare, & ex illo defectu iurisdictionis, extra vel præter petitionem partium (cum præsertim de meritis causæ nihil constet, etsi super iisdem grauaminibus partibus magis sit consultam) sententiam suam nulliter prolatam esse, pronuntiare possimus.

Aggredior itaque appellationis materialia. Ex vendito instituta actio probatur, per productum *Kauffbrieff* Actorum folio 206. de dato, Mercurii post Martiæ, Anno 1478. cuius contenta, pactum præsertim de retrouendendo, Rei Actorum folio 150. in ipsorum primis sex elisiuis articulis fatentur quidem: verum in subsequentiis statim 6. 7. 8. 9. 10. & 11. articulis, exceperunt: daß aber hernach also bald / Anno 1481. duo venditores, *Burchhard vnd Eurth von Steinberg* / emptori *Bernhardo Meyer* / vnd seinen Manns Erben / so lang deren im Leben weren / kein Loß oder Widerkauff zu thun / zugesagt vnd verschrieben haben. Hoc quod ex exhibita copia litera A. signata, elucere asserunt: quæ visa, licet productam copiam & pactum de non reluendo, donec supersit heres masculus: quod item ipsi Rei à primo emptore descendant, Actores negarunt: citra tamen vltiorem probationem Compromissarii, tanquam Iudices, statim pro Reis pronuntiarunt. Quæ sane sententia, licet tum iniuste forsitan, vel certe præcipitanter lata dici potest, videtur tamen esse confirmanda.

Compromissi namque originale, in quo partes vtrunque appellationis beneficio renunciarunt, coram Episcopo Hildesheimensi, secundæ instantiæ Iudice, productum est, sigillaque sunt recognita.

Actoribus igitur, quo minus compromissariæ reformationem sententiæ petere possent, obstitit se, & adhuc obstare videtur, obiecta ipsis exceptio peremptoria litis notoria, pacti nimirum de non appellando. Neque releuat forsitan Actores, si dicatur: Quod pactum de non appellando, ob iniquitatem sententiæ compromissariorum, non sit attendendum. Nec enim ipsa ideo statim euidenter & indubitanter iniqua est, licet secundæ conuentionis dicta copia, litera A. signata, per Actores fuit negata, nec per Reos originalis confirmata productione.

Quemadmodum enim Appellantium procurator, ipsum compromissum malitiose negauit, donec in originali exhibitum est: sic secundæ quoque conuentionis copiam, eadem malitia verisimiliter negasse videtur. Quis enim Reos, qui eiusdem cum emptore nominis sunt, & familia, & controuersam curiam possident, eiusmodi secundam conuentionem ante centum annos factam fingere credat, quæ esset mala sane impudentia, coram ipsomet Præposito, eiusue Commissariis, falso nominare prædecessores Præpositum, qui in secundam illam conuentionem consenserit: quis credat autem, Episcopum ex tali secunda conuentione, pronuntiatam pro Reis sententiam confirmaturum fuisse, si non probabile ipsi fuisset, vel ex præposituræ *Lebens Register* constitisset, quod conuentio eiusmodi esset facta, & nominatus Episcopus dicto Anno 1481. in eadem consensisset, nec dubito: quin Rei in secunda instantia, conuentionem secundam in originali exhibere potuissent, si non renuntiatæ appellationis exceptioni tantum inhærere maluissent, & vt in causa principali se intrömitterent, superfluum, nec necessarium, aut certe periculosum ipsis esse credidissent. Accedit duorum Actorum, *Schwartz & Eurthen* (vt qui constantioris sunt sexus, quam appellans vidua) tacita confessio. Nisi enim secundam conuentionem, ex qua sola ipsi succubuerunt, ita factam esse vel scirent, vel omnino crederent, certe à confirmatoria sententia secundæ instantiæ, non minus, ac vidua ad Camera appellassent: quod vero conscientis propriis, mille testibus, procul dubio deterriui, facere omiserunt. Sicque, quoad ipsos, non tantum quoad semel renunciatum beneficium appellationis, verum etiam ob omissam tandem appellationem, secunda conuentio, & virtute illius prius pronuntiatæ priores sententiæ, non tantum hominis, verum etiam iuris præsumptionem, autoritatemque rei iudicatæ pro se habent: adeoque, quod maius est, præsumptio ÷ iuris, & de iure, pro ipsa quoque habetur veritate. Sicque de tanta compromissariæ sententiæ euidenti, vel notoria iniquitate, neutiquam constare putat, quæ loco iuramenti iniuriam

paetum de non appellando tollere possit, & opus esset relaxatione, à præstito iuramento.

Secundo, pro confirmatione priorum sententiarum facit, quia Actores in responsione ad Reorum decimum tertium articulum elisium, discrete negant, quod Rei, primi emptoris, cum quo paetum de retrouendendo in initum est, vel sint filii vel heredes, vel ex ipso descendant. Ex qua sane negatione Actorum sequitur, quod ipsi paetum illud de retrouendendo, male ad tertias personas, scilicet Reos, extenderint, ipsisque ex vendito, actio personalis, contra tertios etiam heredes, neuiquam competierit, adeoque exceptione facti peremptoria, Tibi non competit actio, merito sunt remouendi.

Tertio facit, quia Appellans vidua in iure reuisionis d. Meyerhoff's filio suo mediam partem competere, nude saltem asserit: sicque de vera quota illius iuris, filio competentis ex actis certo nobis non constat. Adeoque sententia nostra, priorum reformatoria, foret incerta, nec vero idcirco Appellantibus competentis quotæ probationem, vel quoque Appellatis, originalem secundæ conuentionis exhibitionem iniungendam esse censet. Cum ex solo primo documento venditionis d. Curtis, & paeti de retrouendendo, quod vtrique in confesso est, concludenter inferri posse videatur, sententias priores quandoquidem quoad Eurch vnd Schwan von Steinberg / ob non interpositam appellationem, per ipsos in rem transferit iudicatam, etiam quoad viduam, eiusve filium Iodocum, omnino confirmandas esse. Aut

17 totitas enim rei iudicatæ, † ob non interpositam à confirmatoria sententia appellationem, primam arbitrorum sententiam adeo corroborat, vt sententia illius vigore, ipsis duobus agnatis, Eurch & Schwan von Steinberg / ratione quotæ cuiusque ipsorum, prorsus adempta sit facultas & ius retrouendendæ Curtis, quousque Rei & omnis ipsorum proles masculina deficiant. Ex sequentibus igitur rationibus, ipsi quoque viduæ, eiusque filio, quantumuis appellarint, itidem quotæ suæ retrouendendi ius & facultas tam diu præclusa esse debet.

18 Verba namque; † contrahentium, dant legem contractui, & contractus ex conuentione legem accipiunt. At in d. documento emptionis, saepe d. Meyerhoff's / de dato 1478. inter alia sic habetur, Wir Henning / Burchardt vnd Eurch von Steinberg haben vns (nota, loquitur per verbum collectiuum, † Vns / tanquam vniuersis, collectiue, non

19 per verbum distributiuum, † Vns / jedem pro quota sua) vnd vnsern Erben / die Macht vnd Gnad behalten / das wir alle Jahr mögen wider kaufen / solche vier Morgen Landts vnd Meyerhoff, vorbenannt / für die vorbenannten 700. Goldgülden / vnd wann wir das thun wolten / solten wir: note: ut, loquitur

21 per verbum † obligatorium & præceptiuum Solten / non per verbum meræ facultatis, Wollen † vñ mögen wir / re. dem genannten Burchart Meyer / seinen Erben / oder den Haltern dieses Brieffs, widergeben / vnd vnbetrawen entrichten / solche 700. Gold-

gülden in einem Hauffen / re. Ergo expresse cautum est, ne cuiusdam saltem quotæ retroemptio, aut precii solutio fiat particularis, vt quæ nõ minima interdum adfert incommoda, sed simul tota auff einen Hauffen fieri nec diuisionem recipere debeat, ne videlicet emptor in pacto & casu retrouenditionis in plures distingueretur personas. Licet enim plures sunt venditores: emptor tamen cum illis non, vt cum singulis diuisim, sed coniunctim ac si omnes vna saltem persona, vel vniuersitas quædam essent, cõtrahere voluit. Iniquum igitur esset, † in plures distringi eum, qui quasi cum v- 23 no tantum contraxit, vel certe cõtrahere voluit, *l. ne in plures, & l. si seruus, §. 1. de exercit. act. facit Ronchig. in l. 3. §. vbi duo, numero 95. & 110. de duobus Reis.* Et quia dicta obligationis verba, *Sollen wir in einem Hauffen solche siebenhundert Goldgülden entrichten / re.* quæ sunt clarissima, in fauorem emptoris, † quo ipsi in casum retroemptionis magis cautum esset, sunt prolata. Certe non in odium ipsius emptoris eiusque heredum, quin potius contra venditores sunt interpretanda, *l. quod fauore, Codic. de legib. l. veteribus, de pact. l. Labeo, de contrahenda empr.* Alias enim verba illa, *In einem Hauffen* essent ociosa, † & sine effectu operandi: quod in contractibus esse non debet. *gloss. in c. solita. verb. tanquam. de maior. & obedienc. & Bald. in rubr. C. de contrah. empr. q. 9.* Et si dicta verba, *In einem Hauffen* essent ommissa: tunc demum plurium venditorum simplex assertio, quod in casu retroemptionis emptori ad certam quantitatem tenerentur, facilius pro paribus viribus singulorum forte intelligeretur. *Ronchig. l. Reos, §. cum tabulis, n. 18. de duobus Reis. pagin. 751.* Particula namque † copulatiua, *Wir Henning / Burchardt vnd Eurch von Steinberg* obligationem in viriles partes diuideret, *l. 3. §. si quis ita, de eo quod certo loc. l. si mihi & Titio. de stipul.* Et intelligeretur quilibet; viriles partes promississe, nec forent Rei debendi, sed separatim suam vnusquisque obligationem sustineret, *d. l. Reos, §. 1. ff. de duob. Reis. Wesenb. in parat. eod. tit. num. 5.* Dicta contractus verba, *In einem Hauffen*: obstant viduæ, eiusque filio, quo minus pro rata saltem portione sua retroemere possit: & obstat iam reliquis duobus, *Schwan vnd Eurch von Steinberg* / auctoritas Rei iudicatæ, ne Appellanti nostræ in retroemptione, contra arbitrorum sententiam, sese coniungere possint.

Quinto, pro confirmatione priorum sententiarum facit ipsa æquitas. Quia enim venditores ab emptore precium acceperunt, vnica, non diuersis temporibus, particulari solutione, æquum certe est, vt in retroemptione, eadem totius, non partis incommoda tantum, reuictio atque solutio obseruetur.

Sexto: quamuis ex natura † contractus retro- 27 uenditionis fundi, veniant rei traditio, & solutio precii, quæ per partes fieri possunt viriles, adeoque per factum diuiduum continere intelliguntur, & sui † natura diuidua sunt: Tamen hoc nõ 28 litro casu sunt indiuidua, † ex voluntate con- 29 trahentium,

hentiur, vt quemadmodum retroemptor Curtis traditio, sic quoque solutio precii sit vndertheillich vñnd vñzertheilt. Quemadmodum quoque precium ab initio per emptorem totum statim est solutum: *Ronchig. in l. eandem. in princip. n. 68. pag. 482.* Vbi enim promissio simpliciter facta, & nihil de partibus est actum, censendum est, indiuiduum esse in obligatione: nō quidem natura, sed per accidēs: adeo vt pars rei recte præstari nequeat. *l. non diuiditur. in 2. respons. de verb. oblig.* alias enim fieret aduersus mentem contrahentis, qui de toto cogitauit, cuius existimationi, traditione, vel solutione partis, non satisfaceret, *Ronchig. dict. l. eandem. num. 84. pag. 489.*

Septimo facit, quia res vnica, & vnico precio vendita, particulari solutione scindi non debet iuxta *l. plane famil. herisc. & Dd. in l. quidam existimauerunt. si certum per. l. tutor. §. Lucius. de vsur.* adeoque partis & solutio oblata ab vno, aliquem habere non debet effectum: *Ronchig. in d. l. eandem. in princip. num. 73. pag. 484.*

Octauo facit: quia licet hic tres fuerint venditores Curtis, venditorum tamen pluralitas illa nihil potest vbi non id est actum, vt sint diuersæ venditiones diuersarum partium. Vbi enim venditio vna est, & vnus precii, licet sit à tribus facta, non tamen debet in casu dubio, per hoc deterior esse conditio emptoris, quam si esset facta ab vno tantum: vbi namque vnitas est precii, & contractus non scinditur per partes: *Ronchig. d. l. eandem. in princip. num. 91. pag. 491.*

Nono facit: quia si pars tantum d. Meyerhoffis retrovenderetur, tunc casæ rusticæ pars aliqua, ratione illius partis, non præstaret tantam utilitatem, quantam tota domus, respectu totius: Adeo que censi debet res indiuidua, secundum *Zaf. in l. 4. §. Cato. numer. 4. de verb. oblig.* Res enim & corporeæ inanimatæ, sunt quoque indiuiduæ, si accidenti aliquo indiuiduentur; puta, si ex hoc redderentur incommodæ, & inutiles, *Zaf. d. §. Cato. num. 7.*

Decimo: Si Appellanti viduæ d. Meyerhoffis particularis reuictio permitteretur: Tunc domino feudi, ratione vnus eiusdemque feudi; ipso inuito, plures ex diuersis familiis, diuersi vasalli obtruderentur, & feudi ius in partes scinderetur.

Vndecimo: quia si quis vult pignus liberare, tunc & non liberatur, nisi totum debitum sit persolutum, *Zaf. in l. in executione 85. numero 8. de verb. obligat.*

Duodecimo: quia quando emptor & eodem precio retrovendere promisit, prout hoc nostro casu est factum: Tunc non cogitur ad venditionem partis diuiduæ, quia esset in damno *Bart. in l. si quis aliam. 46. in princip. n. 4. de solut. Fab. de Mont. in tract. de empt. & vend. 7. princip. g. 2. vol. 1.*

Ex quibus omnibus consequi putat, Appellantem viduam, eiusque filium Iodocum à Steinhersq. / superstitibus Reis nostris, ipsorumque descendentes masculis, ad d. Curtis, nec totam, nec particularem retroemptionem admitti pos-

se: Ideoque priores sententias confirmat. Compensatis Expensis.

Aliud in eadem causa.

Procuratoria & formalia, vt inter referendum est demonstratum, satis videntur esse iusta. Quia non puto desertionem recte vel pretendi, vel colligi posse, ex mora introducendæ causæ; post sententiam primæ instantiæ, coram superiore Iudice, præposito videlicet, & Episcopo consequenter Hildesheimensi. Licet enim mora vel factum Iudicis & non noceat parti, quoad desertionem interpositæ appellationis (quod præcipue nostro casu nobis occurrit) & receptor in iure sententia sit: Imo vtile & necessarium, & vt Iudex de causæ expeditione, non semel tantum requiratur, sed sæpius protestatio fiat *c. statuimus. de suppl. neglig. prelat. Bald. in anth. item si per appellationem. Cod. de tempor. appell. Franch. in c. ex ratione. numero 46. de appellat.* Tamen adhuc præualere puto rationes collectas à Domino Referente: Inter reliquas vero ipsam prorogationem subsecutam, casu, quo prætedes desertio liquida esset. Regulariter enim & vna sufficit requisitio, ad constituendum quem in mora, *Franch. dicto loco. numero 46.* Quod vero nostro casu plures factæ sint requisitiones Appellantium, certo patet ex actis, vt per *Franch. ibid. in fin.*

Circa punctum deuolutionis etiam nolo rem exaggerare: verum quidem est, in compromisso renunciatum appellationi, quodque regulariter à & sententia arbitri appellari non possit, secundum opinionem communem Dd. vt refert *Alex. and. in l. nemo potest. de leg. 1. & Bartol. in tractat. quest. in materia arbitrorum numer. 17.* Licet diuersum sentiat in *l. 2. de arbitr.* Tamen supra allegata prorogatio, etiam hoc puncto deuolutionis, cum effectu attendi potest: cum & alias existente enormi læsione, & non obstante facta renunciatione, reductio ad arbitrium boni viri, & recursus ad superiorem permittitur, cui & appellatio parificatur. *c. 2. de arbitr.* Sed reductio & nulla cautela effugi potest, quando existit enormis læsio, per multa allegata per *Mench. de arbitr. iud. quest. lib. 2. cent. 1. casu 73. & libr. 1. quest. 70. numer. 21. 24. Gabr. lib. 2. concl. 3. per tot.* Omitto hic, quæ de nullitate compromissi dici possunt, & inter cetera, quod lege civili in ordinarium Iudicem & compromittere haud permittitur, cum arbiter esse non possit, *l. prator. de tutor. & Cur. dat. ab his. l. est seruum. §. si quis Iudex. de arbitr.* per multas rationes, collectas à *Lanfranco. Ioan. Baptist. præsertim Ant. Blanc. in suis tractatibus de compromiss. & arbitr. verb. Iudex ordinarius. 2. quest. num. 41.* Tamen secundum æquitatem Canonicam, & diuersum statutum reperitur, *c. ex parte. de arbitr. Late Blanch. d. loco. num. 47.* Idque nostro casu tanto facilius tolerari potest, cum res controuersa sit feudum Ecclesiæ, & sic diiudicationem ex Iure Canonico rectius admittat: at quia fieri quotidie experimur.

Quod tamen arbitet ad nullitatem processus, negari non potest, quod in secunda instantia nullitas

nullitates non exiguae commissae sint: Inter catera vero precipitando processum, & cognitionem causae, dum non audita defensione Appellati, nec admissio Appellante ad deductionem & probationem vltiorem, meritorum, siue materialium nec attento puncto submisso, deuolutionis videlicet, statim ex abrupto iuribus partium principaliter nondum iustificatis, nec liquidatis, imo fundandae iurisdictionis puncto, praemissa iudiciali declaratione nondum expedita, Iudex precipitanter pronunciauit. Prout nec in prima, nec in secunda instantia litis contestatio facta esse constat, quo ꝑ ipso processu viciatur, *Myns. obser. 1. cent. 1. Gail. obser. 76. per tot. lib. 1.* Haec, inquam, licet ita existant, tamē Camerae Iudicem in principali pronuntiare posse, pariter existimo, cum de causae veritate ex actis iam constare possit. Et receptum, satisque notum sit, quod haecenus ita obseruatum, praesertim vbi circa iurisdictionem nullitates nullae apparent, referendo me ad ea, quae ex iuris & constitutionis dispositione in simili, sapius hoc loco vsuueniunt, discussa sunt. *Hinc fundatam per omnia iurisdictionem Camerae censo.*

Materialia, siue merita causae, ex vno dependent dubio: An videlicet vnus, plurium Reorum credendi, vel habentium ius reemendi, in totum, vel ad partem, inuito venditore, retrahere possit, &c. Vtq; hic approbem sententiam Domini Referentis, me mouent rationes per eum propositae; Insuper etiam resolutio Doctorum, cui praecipui se subscribere, quod videlicet vnus creditorum, tale ius habentium, non possit suam partem, vel, prout loquuntur, pro parte redimere. Nam quādo conditio siue facultas, ꝑ quae consistit in faciendo, simpliciter vel mixtım, in dando vel faciendo ponitur in persona duorum, tunc non potest impleri per vnum eorum pro parte. *l. si ita fuerit, in princ. §. questio. de manumiss. testam. & notatur in l. si plures. C. de tit. refert Tiraq. de retract. post Bald. & alios in gloss. 1. §. 23. numero 9.* Assignat duas rationes, prima: ꝑ quā si aliud diceretur, quis inuitus compelleretur ad communionem, quae immensas contentiones parit. Altera ratio: ꝑ quā plurius valet, plurisque emitur totum in toto, quam pars, respectu rei: quam communem dicit *Alciat. & Socin.* claram eam esse conclusionem; inquit, contra quam non reperitur aliquis scribingentium tenere, vt refert *Tiraq. d. loco, numero 10.* vbi annectit, se nullos reperisse, qui contrarium assererent: nisi se profus fallat memoria, praeter *Obertum, Cremonem, Doctorem antiquum, & Firmium in repertorio.* Verbo: *Emptor retrouendens.* Et quidem ē diuerso non nego, pro qualitate negotii & circumstantiis Actorum & deductorum, validas & vrgentes rationes afferri posse, tam quod luitio diuisim & pro rata siue quota, quam etiam in totum nostro casu fieri possit. Quod enim iam de partis redemptione dixi ꝑ ei obitare videntur expressi iuris textus, quos refert *Tiraq. de retract. §. 1. glossa 6. num. 30.* Qui enim ꝑ promissit duobus aut pluribus, videtur promississe separatim & cuilibet pro virili. Et li-

cet incidat in communionem cum vno, ei tradendo partem, est tamen sibi imputandum, quod ita contraxit, & licet etiam reuendere sit factum, est tamen diuiduum per iura, vt *Tiraquel. ibid.* Imo prior opinio intelligi potest, quando ab initio non contractum est cum duobus aut pluribus, sed cū vno tantum, prout distinguit *l. cum fundus. de condit. & demonstrat. & refert Tiraq. iam d. loco, n. 31.*

Idque tantō magis nostro casu, quo clam altera parte, eaque non consentiente, primus contractus, quoad luitionem, mutatus est, non sine fraudis suspicione, quae in vtroque contrahente quodammodo deprehenditur, & quae tertio non nocere; nec alius ex eo commodum capere debet, cui & ipsa aequitas non parum suffragari videtur. Quod vero in totum redemptio fieri possit ab vno venditorum, sunt diuersae Doctorum sententiae. Inter eas verisimilior putatur à *Tiraquel. d. loco num. 37.* ea, qua existimatur, quod simpliciter cogatur emptor integram rem reuendere vni creditorum, vel haeredum offerenti integram precium, siue alter repudiet, siue nō: nam si repudiet, integrum ius manet apud alterum, iure accrescendi. Si non repudiet, seruatur ei ius illud, quia potest cogere socium, ꝑ qui totum redemit, vt ei partem suam reuedat, restituito pro portione precio. Pro qua sententia consuluit *Paul. Castrens. consilio 221. lib. 1. & consilio 74. libro 2. Socin. consilio 16. libr. 4. refert & alia Tiraq. d. loco. numero 37.* dicens, secundum hanc opinionem iudicatum fuisse in Curia Parisiensi, Anno 40. Sed quod nostro casu tota summa sit obligata & deposita, ex actis satis constat, prout & altera pars suum ius reluendi, pro medietate repudiasse dicitur, per assertam secundam conuentionem, sicque locum habeat nostro casu d. sententia, vt per *Boer. decisio 251. num. 2.* Iniquum enim esset, repudiatione vnus vendentium, alteri in totum, vel saltem pro sua parte facto alterius, ius suum praeripi, vt nunquam, vel difficulter, eo vnquam uti possit. Grauis itaque & dura mihi videtur esse primae instantiae sententia eiusque confirmatoria: ita, vt si pace dominorum fieri posset, potius praelibatam aequitatem iudicando sequerer, prioresque sententias reformatem, quoad quotam retrouenditionis petita, quam *Henningo* competiisse tempore venditionis, nullibi negatum aduerto, quam vt eam in totum confirmarem. Eumque pronuntiandi modum potius eligerem, cum praesupponam, secundae conuentionis, siue pacti probationem, per documentum in originali, parti esse exhibitam. Et ex actis liquidum sit, controuersam *Curtim*, eiusque prouentus & commoda, ante tempus primi contractus, & postmodum, semper à pluribus pro diuiso vsurpata & possessa fuisse: Ideoque in hac re controuersam eam qualitatem & naturam diuidui possessorum facile attendi posse, parumque referat, vnus vel diuersae familiae homines, fructus *Curtis* percipiant: Cum ea qualitas antiquitus ei rei controuersae sic insita fuerit: Et in hoc summo iudicio ꝑ magis attendatur veritas,

tas, quam rigor, adeo vt habita veritate, non quaeratur de modo, quo peruentum ad eius cognitionem, nec eatur ibidem per ambages. Id quod de Imperatore certum est, cum quo & Camera in hoc, ¶ concurrentem habet iurisdictionem, pulchre *Gail. observatio. 4.2. num. 1. 2. 3.* Siue igitur recurrendo ad superiorem, siue reducendo ad arbitrium boni viri, siue etiam Appellando, Iudici rei veritas suggeratur, eam ¶ in pronunciando merito sequi debet, cum, vt supra dictum, nulla cautela id effugi possit: Sub tali forte sententia forma, cuius similia extant in Seylero 11. Iunii Anno 61. fol. 526. 314. vbi super nullitate & iniquitate facti pronunciatum, videlicet: *It̄ erkannt / daß durch Richter necht vortiger Instanz nichtig vnd vbel procedirt vnd geurtheilt / Vberstüß vnd wol darvon appellirt vnd daß gedachte Appellaren / re. reuisionem jugefatten schuldig / re. mutatis mutandis, secundum petita.* Si vero propter non productum originale secundæ conuentionis probationis defectus existeret, adeo vt de eo pacto nondum recte constaret, an non tunc corruerent omnia fundamenta, quæ retroemptioni opponi possunt, & sic omnes primarii venditores von Steinberg / ad restitutionem admittendi forent, iure communis appellationis, vt quia causa est communis, & vna eademque omnium defensio, vniuersque appellatione ¶ proffit aliis non appellanibus, *tor. tit. C. si vnus ex pluribus appellanibus. l. si qui separatim. §. fin. de appell. Franc. c. directe. num. 7. & c. vna sententia. num. 3. 4. de Appellat. Gail. observatio. 123. n. 3.* Id quod Dominis perpendendum relinquo. In omnem tamen euentum puto compensandas expensas. Saluis votis Dominorum.

Votum aliud, in eadem causa.

D. Q. Formalia, vt Domini. Materialia diligenter discussa esse & iuribus deducta, vt potius velit dubitare, quam alterius sententiam amplecti. Et quamuis omnium interpretum, præterquã duorum, quos referens allegauit, sit sententia, quod vnus ex pluribus, offerendo precium, non possit pro parte retrouendere, per iura, vt Referentes: Tamen vt magis confirmetur in sententia correferentis, facit, quod hoc restringatur, si vnus offerat precium totum: Tunc enim quia emptor expositum recipit, quod loco alterius partis succedit, tenetur reuendere, vt per *Bertachin. vers. obligatus reuendere, vbi allegat Fulgos. in l. quod si nolit. §. idem Marcellus. de edil. edict. l. fistulas. §. quisundum. de contrah. empt. Chassan. in consuetud. Burgund. rub. quinta. §. primo, numero 38. vers. sic. quartum fuit.* In primis cum de renunciatione confociorum, ex nostris actis, si non per assertam secundam conuentionem, saltem per omissionem prosecutionis aliquo modo constare videatur. Quibus in terminis iura in contrarium adducta, intelligenda, interpretes asserunt, *Bertachin. dict. loco. Castrens. consilio 221. num. 58 primo.* Quod reuendendi ¶ est ias indiuiduum: quia continet rem tradi, quod est indiuiduum, *l. 59 stipulationes non diuiduntur.* Acquiritur ¶ ergo cui-

bet confociorum in solidum, *l. 2. de verb. oblig.* Vnde etiam in consequentiam, vni ¶ tantum competit reuocatio, reliquis etiam derectantibus. Vult in totum permittere reemptionem, & pronunciare, iuxta petitionem primi libelli. *Compensatis expensis.*

Aliud.

D. C. Putat etiam ex par ium prorogatione iurisdictionem fundatam. De nullitate sententia nihil pronunciandum. Materialia consistere solum in iure. Quare ex causis à Referente allegatis cum eodem concludit, & communi opinioni inhæret, ¶ à qua in iudicando non facile recedendum. Nempe reuisionem à vidua ad partem fieri non posse. Quod autem tantum pro parte reuisionem petat, constat ex libello huius instantiæ, & eius petitione. Ergo non totum precium offert, cum dimidiam partem tantum petat: Quare illa particularis oblatio reliquis non prodest, qui plane à reuisione destiterunt, & non dubito, quin reliqui duo, suam partem iterum receperint. Quare plusquam verisimile, vt quoque verba petitionis inferant, mentem viduæ fuisse, & adhuc esse, solummodo mediam precii offerre. Alius autem status causæ in prima instantia, & totum precium ab omnibus fuit oblatum: quare secundum petita huius instantiæ, putat pronunciandum, secundum communem, quod videlicet non cogatur retrouendere. Si vero ex actis constaret, quod vidua totum precium offerret, ac mens sua liquida esset, de toto precio offerendo. Etsi illa prosecutio appellationis viduæ quoque reliquis confociis proderet, qui appellationem non sunt prosecuti, tunc accederet sententiæ correferentis limitatiue: nimirum, quod emptor cogatur integrati rem reuendere vni creditorum vel hæredum, offerenti integrum precium, & quidem in solidum, non pro parte. *Compensatis expensis.*

Aliud.

D. L. in cognitione meritorum nps non esse fundatos in iurisdictione, sententiam, n. compromissariorum abiisse in rem iudicatam, nec appellari potuisse: Et sic nulliter iudicasse secundum Iudicem *l. 1. vbi Dd. Quæ sent. sine appell. rescind.* Nullitatem descendere respectu iurisdictionis. Ergo. *Gail. obs. 127. lib. 1.*

Aliud.

D. X. Iudicem secundæ instantiæ nulliter pronunciasse: Primo, quia ex abrupto, in puncto non submisso pronunciat. Quia simul & semel propter ¶ contrarietatem, super exceptione incompetentiæ & causæ principalis, pronunciare non potest. *cap. exhibit. 1. de Iudic. Felin in c. suborta. numero 5 de re iud.* Deinde cum contra Iudicem exceptio defectus iurisdictionis opponitur, reici illa tacite per processum ad vltiora non potest, sed requiritur pronunciatio expressa, *Roman. singul. 352. Felin dicto loco numero 6.* Licet id alter decisum videatur in *c. ex parte. la. 2. Panorm. in c. cum super de appell.* Verum his non obstantibus, nihilominus

X

sentio.

sentio, dictam sententiam labe nullitatis carere. Præsuppono enim, Episcopo, tanquam proximo & ordinario, iurisdictionem ipso iure competiisse: quod autem Appellati eam declinare potuerunt, id ex facto litigantium, videlicet ex pacto de non appellando processit, eaque res non ius publicum, sed ius litigatorum continet. Licet igitur hanc pacti exceptionem Iudex proximus per definitivam tacite simul reiecerit, tamen eo ipso non ius publicum, siue constitutionem, sed tantum
 63 ius partium lærit. Certum autem est, quod eam tantum sententiam, quæ contra ius constitutionum fertur, ipso iure nullam esse, quæ contra ius litigatorum fertur, valere, *text. l. 1. §. Item si contra que sent. sine appell. rescind. Dd. in l. ait pretor. §. 1. & in l. præses. de re iudic. glossa & Dd. in l. prolata. C. de sent.* Et ab illa appellare necesse non est: ab hac, ne Rei iudicæ autoritatem sortiatur, omnino est appellandum, *d. l. 1. §. cum contra. Capic. decis. 1. n. 16.* Deinde tantum illo casu, quando ipso iure iurisdictione
 64 non subsistit, per processum ad ulteriora, quod in incompetentiæ exceptio tacite reijci non potest: ac
 65 cum per exceptionem elidibilis est, quod tacita pronuntiatio sufficit: *Felin. d. loco. num. 5. vers. secundus casus.* Concurrit, quod etiam à sententia vere nulla appellari possit: quamvis ut id fiat, necessarium
 66 non sit. Atque hoc casu appellatio quod non tantum operatur effectum suspensivum, sed etiam rescissivum, quatenus de facto sententia processit, *Franc. c. dilecto numero 15. de appellat.*

Proinde nihil obstat, quo minus sententiam proximam valere, & appellationem ad Cameram devolutam dicamus. Ut tamen super competentia proximi Iudicis hic pronunciemus, testagari videntur ipsi appellati, qui nec ab illius sententia, per quam exceptio incompetentiæ tacite reiecta gravatos conqueruntur, sed potius recte eam confirmari petunt, quo ipso exceptioni incompetentiæ renunciassent videntur: Actus enim subsequentes contrarii præcedentibus, faciunt videri recessum à præcedentibus *l. 2. C. de his qua vi metus que. l. si mulier. ibi glossa verb. r.atum. eod.* Quoad merita causæ principalis, Appellanti viduæ ius retrotrahendi totum prædium feudale competere existimo, & subscribo sententiæ Domini Correferentis, in eo, quod vnus ex pluribus venditoribus, reliquis etiam repugnantibus, nedum conniuentibus, ex pacto reluere possit, quemadmodum & sententiam Domini Referentis, quod id pro parte fieri non possit, probo, & vtriusque argumentis acquiesco.

Nostro casu viduæ totum prædium merito ad iudicatur: quia oblatio & depositio totius precii facta est, adeoque vidua totum prædium ex pacto reuenditioni adiecto, restitui postulat. Ad cuius postulationis demonstrationem pondero, verba conclusionis libelli, in secunda instantia producti, videlicet, *daß Rei der angekindten Lösung / sonderlich so viel die Helfste belangt / Statt zuthun schuldig.* Quod dicit, *der angekindten Lösung / ea facta est*
 68 ratione totius prædii. Deinde verbum, quod *Sonder-*

lich / siue præsertim, vtrunque casum comprehendit, tam quoad totum, quam quoad partem: *gl. in l. quod si minor. §. restitutio. de minorib. Zabarell. in c. grauis numero 9. ibi addit. de sent. excommun.* Ad stipulatur, quod ex narratis petitio libelli intelligi debeat, in cuius libelli articulo 11. diserte est expressum *daß Rei den von Steinberg / den gantzen Meyerhoff abzutretten schuldig.* Præterea cum contenta libelli, ex natura actionis institutæ, ad iudicationem totius tantum inducant, si priora deficerent: vel per verba clausulæ salutaris, in hac instantia totum simul petitum recte diceremus. Non aduersatur, in hac instantia tantum dimidiam partem precii petitam: Respondet enim, petitionem postremam ex prioribus diiudicandam, ut releuetur huius instantiæ libellus, quod qui semper ad commodum libellantis est interpretandus, *l. qui intentionem. de iudic.* Deinde expendendum, cum demum per posteriora quod à prioribus præsumptiue recedi, cum
 70 posteriora prioribus sunt contraria, *d. l. 2. Cod. de his qua vi metus.* Pars autem quod toti contraria non
 71 est, sed in eo continetur, sicut summa minor in maiore. Addatur, quod diuersitas instantiarum consideratur tantum, quoad diuersitatem processuum: iura enim quod par iura per instantiarum varietatem non mutantur. Ad hæc quia mutatio petitionis, quod mutationem libelli inducit: Idcirco cum
 72 in vna causa diuersæ sint petitiones, prior, si libello conueniat quod super qualis etiam contestetur, attendi debet: quia tantum valere potest: cum post
 74 litis contestationem, mutatio libelli fieri non possit. *l. edita. C. de edend.*

Quod plus est: quamvis in sequente appellationis instantia, non deducta deduci, non probata probari possint, tamen aliud peti non potest: *Iafred. Lanfranc. decisio. 452. centur. 5. Hippolyt. de Marsil. singul. 240.* Itaque si huius instantiæ petitio, diuersa à prioribus censi debet, quod tamen mihi non videtur, dubium non est, quin protus sit viciosa, quin & natura pacti de retrouendendo inspecta, nostro casu petitio nostri libelli, ipso iure nullius est momenti. E contra secundæ instantiæ libellus maxime huic pacto conuenit. Sic quoties ab vna sententia duæ appellationes interponuntur, quod quarum vna subsistit, altera non: non interpositionis ordo consideratur, sed attenditur saltem illa, quæ suum sortitur effectum: *Ferrar. c. sua nobis. de appell. Myns. obseruat. 7. centur. 1.*

Denique in vniversum receptum: quoties in actu duo concurrunt, quod quorum vnum utile est, alterum inutile, valet actus, si vnum per se, ad tuendum actum, sufficit. *l. 1. §. sed Pomponius. quod cum falso tutor. Bartol. l. 1. de Edend.*

In oblationis & depositionis excussione nihil impedit, pecuniam non à sola vidua, sed à tribus primis Actoribus coniunctim oblatam & depositam. Oblatio enim quod vim solutionis habet, in qua
 77 non consideratur, à quo facta sit: sed an tantum facta sit, cum quilibet pro alio quod etiam ignorante &
 78 inuito, cum effectu liberationis, soluere possit. *l. soluer.*

79 *l. soluer. 53. l. solutione. de solut.* Accedit, quod Reorum plane non interfit, viduæ an sit pecunia, vel alterius. Quæ admodum igitur de iure ¶ alterius excipere nequidem pars potest. Ita Iudex omnino non potest, *l. vnica. ibi. Castr. num. 3. 4. C. vt qua defunt ad part. W. esemb. consilio 14. numero 68.* Sed nec releuat coniectura, quod consortes viduæ suam quotam, de prima deposita sorte receperunt: hoc enim Reis tantum præiudicare patet, qui pecuniam accipere expresse recusarunt. Quo casu vel sola realis oblatio sufficeret, idemque operatur, quod Realis, cum legitima depositione coniuncta. Eamque sententiam magis communiter receptam ostendit *Gab. lib. 3. tit. de solut. conclus. 8. num. 1.* Et vt vtrique iam d. obiectio plenius satisfiat, 80 accoumuletur, quod depositio ¶ periculum in creditorem transfert, & debitorem in bonæ fidei Iudicis (ad quæ casus noster pertinet) etiam ipso iure statim liberat. *l. in bona. de pecul. l. huiusmodi. §. qui hominem. de legat. 1.* Sed etiam exceptio precii non 81 reddit, ¶ appellatis superest, eamque etiam post sententiam in executione opponere possunt: *Gail. lib. 2. obseru. 17. num. 8.* Amplius non obstat secundæ conventionis beneficium: quia, vt de illius virib. (quæ quo ad Appellantem nostram ex iure feudali inanes sunt) taceam, non est probata, quia saltem copia producta.

Non obstat negatio Actorum ad 13. Elisium, quod videlicet Rei, primi emptores, nec filii, nec hæredes sunt: Quamuis enim stricto iure verum sit, in actu impugnatione partem se fundare non posse: Tamen Iudex ex officio potest. *Bartol. in l. post legatum, de his quib. vt indign. Gabr. lib. 5. de reg. iur. concl. 5. numero 58.* Deinde nec impugnatione talis parte obest, cum ab ea desit *Bellam. decis. 357. in fin.* Actores autem nostri passim, præsertim vero in libello, articul. 1. & 4. negant, Reos ex primo descendere emptore: nec etiam leuis autoritatis Iurisperiti reperiuntur, qui pactum de retrouendendo reale, non etiam personale existimant, *Socin. Senior consilio 80. vol. 3. Didac. Couar. lib. variar. resol. c. 8.* Idque etiam in genere non probet, tamen quoties hæredes primi emptoris deficiunt, vel facultatibus lapsi sunt: pactum illud in subsidium, etiam contra possessorem tenet, & ex eo vilis rei vendicatio competit, *Scephal. consilio 41. num. 5. libr. 1. Grauet. consil. 201.*

Postremo non aduersatur: sententiam Episcopi, quoad consortes viduæ, transiisse in rem iudicatam. Etenim mihi videtur, viduæ appellationem, sententiæ vim in totum suspendisse, & effectum appellationis etiam ad cõreos, quoad eorum commodum, pertinere. Cum enim ex pluribus confortibus vnus appellat, si modo reliqui taceant, nec sententiam expresse approbent, sententia in causa Appellationis pro Appellante lata, etiam illis prodest *l. 1. 2. C. si vnus ex plurib. l. si qui separatim. §. vlt. ibi Bart. num. 1. & Ang. numero 3. de appell. c. vna sententia. ibi Franc. eod.* Nec necesse est, consortes postmodum appellationem prosequi, cum alioquin sententiam etiam pro illis, propterea

quod essent in lite ferre oporteret. Imo eo ipso, quod Appellationi ab vno factæ, reliqui non contradicunt, simul appellasse, & in illius persona appellationem prosequi censentur *Franc. d. loco. vers. octauo requiritur* Concludit cum Dn. Q. Sic: Dafs durch Richter voriger Instanz vbel geurtheilt/ wol davon appellirt/ vnd dafs die Appellaten der angeklindien Lösung stätt zuthun/ vndnd geklagten Meyerhoff/ gegen Erhebung der 700. Goldgülden, erstes Kauffgelts/ wider abzutretten/ auch die davon auffgehabene Dausung/ à tempore depositi pie. ii. zu et staten schuld g sein/ c. *Compensatis Expensis.*

Aliud, in eadem causa.

D. L. Vt Dominus Referens. Licet enim renūciatum sub iuramento: Tamen considerat, quod in eodem, nostri arbitri appellantur Commissarii D. Præpositi: i. Hildesheimensis: Ita quod à D. Præposito, qui super litigiosis bonis iurisdictionem habet, fuerint dati, aut potius delegati: non autem solum consensu litigationem, tanquam priuatorum, fuerint assumpti: Ideo ab ipsorum sententiâ appellari potuit, *l. arbitro. qui satis. cog. las. l. nemo potest. numer. 66. de legat. 1.* Et quamuis dicitur, quod partes iurarint: Tamen non dicitur, quod reuera iurarint. Et si effectum, tamen cum sententiâ commissariariorum, ¶ sine veris probationibus, & sine causæ cognitione sit lara, ei stari non oportet, sed ipsorum arbitrium per superiorem emendari potest *c. 2. de re arbitri. l. ita demum. de arbitri.* Tacet interim, quod in compromisso non habetur, d. Annam viduam, de beneficio appellationis certioratam fuisse. Imo compromissum, ¶ super 83 rebus Minoris immobilibus, per tutorem factum sine decreto non subsistit, *Bald. in l. preses prouincia. numero 9. C. de Transact. l. non solum. & ibid. Bald. Cod. de prad. minor. sine decret. non alien. lason. in l. 2. numero 3. 4. de offic. eius, cui mand. est iuris.* Nam sicut Tutores ¶ transigere non possunt. I. a nec compromittunt: *Bald. in d. l. preses.* Quod adeo verum est, ¶ vt 85 hoc ipsum non solum in bonis procedat, vbi Minor habet verum dominium: sed & in quib. quasi dominium habet, *lason. d. l. 2. num. 5. per l. magis puro. de reb. eor. & c. vnde videtur, d. Compromissum ex parte viduæ non subsistit: quod dominis magis cogitandum relinquit. Licet, quoad ceteros litigantes, compromissum subsistat.*

Quod ad Principalem causam, sentit, quoad Actionem, cum Referente. Et hanc probatam. Et tamen Rei per secundum contractum probare volunt, reuocacionem locum nõ habere, quamdiu masculus superest: Tamen ille contactus apud acta nõ est probatus, cum nuda copia, ¶ sine originali, nihil probet: *auth. si quis in aliquo. de edend.* Quippe ex tenore eiusdem notorium, quondam Henning von Steinberg/ in secundam illam conventionem nunquam consensisse. Vnde ipsi, eiusque heredibus, talis conuentione non præiudicat: Imo sine expresso d. Henning consensu, ¶ ceteri 87 fratres istam alienationem in ex taneum facere nõ potuerunt, *c. vnico. §. Tirus filios. ibi Afflic. num. 5.*

si de feud. defunct. controu. fir int. dom. quod merito Appellans vidua, eiusque filius, ad reuocacionem sunt admittendi: An autem in totum, vel medietatem, dubitatur. Et hoc casu, si attendit primam conuentionem, satis constare, solutionem d. pecuniaz indiuiduam esse, quod pro parte solui non possit, vt per Referentem. Si vero secundam conuentionem, quam Rei pro se allegant, attendit, liquet, Reorum parentes à priori conuentione resiliisse, & personarum seu diuisionem fecisse, seu separationem. Quod eo intuitu, respectu personarum, & diuersæ obligationis, per quam separatio facta est talis numeratio iam diuidua censei possit: quod merito d. vidua pro medietate ad luitionē sic admittenda l. cui fundus. ibi Bartol. de cond. & demonstr. Bald. in d. l. 2. in fin. C. de pact. inter empt. & vend. per l. cui vsusfructus de vsufr. l. quod autem. §. 1. de in diem adiect. Aliis enim secundo contractu existente, vidua nunquam posset suam partem reuere: quod
88 esset iniquum. Cum renunciatio feudi † per vnam facta alteri, non noceat agnato, c. vnic. ibi Aflit. numer. 10. de eo qui fin. fac. agnat. de feud. pater. Et de eo videtur Correferens inuiti. Cæterum cum
89 considero, quod proximior agnatus † ad reuocacionem feudi alienati admittatur, d. iam c. vnic. Aflit. d. §. Titius filios numero 5. & pecunia in hoc casu nostro, in totum obligata sit vel fuerit, hinc censei cum D. X. Relictam viduam & filium in totum admittendam, vñnd daß Rei die Lösung zugestatten schuldig seyn. Cum perceptis fructibus à die depositionis pecuniaz. Expensas compenlat.

D. C. Concludit cum Q. X. & D. Quia videt nullitatem per Dominos saluari.

D. à E. Concludit cum D. L.

Sententia.

Die Sache Anna / wensland Henning vñ St. Witib / & Consortis, Appellantis, eins / wider Jobst Meyern / & consortes, in Actis benennit, Appellaten / anders Theils. Ist allem fürbr ngen nach zu Recht erkannt / daß durch Richter voriger Instanzien vbel gewrheilt / wol dauon appelliert / vñnd gedachte Appellaten der angeklundten Lösung statt zuthun / vñnd geflagten Meyerhoff / geg n der Erhebung der 700. Goldgülden / ersten Kauffgelt / den Appellanten wider abzutretten / auch die davon auffgehabene Ditung / von Zeit an angebotenen vñnd hin erlegten Kauffschillings / zuerstattten schuldig seyn. Als wir sie zu solchem allem hiemit condemnieren vñnd verdammen. Compensatis Expensis.

VOTVM XX.

In Cauſa principis E. L. M.

Contra E.

S V M M A R I A.

- 1 Litis pendentia, impedit litis ingressum.
- 2 Continentia causa absurde & inique non est diuidenda.

Primi mandati, die Eurenstetor belangend de Anno 57 zu Regensburg.

Vnica hic obiicitur exceptio, ad impediendum litis ingressum, † videlicet litis pendentia: quod nimirum ante multos Annos lis sit instituta inter easdem partes, eadem de re, in prima conuentione, & 2. reconuentione: Igitur decisionem huius negocii ibi esse expectandam, ne continentia † causa absurde & inique diuidatur, contra l. 2. nulli. interdum Naut. Caupon. Et sane qui nouerit causam primæ & secundæ con- & reconuentionis, negare non potest, in iisdem non pauca esse deducta, quæ ad hoc negocium plurimum faciant. Verum quia nuper in d. conuentione & reconuentione definitiue pronunciatum, nectamen ex sententiis latis colligi potest, hanc etiam litem, von den Schatzungen / determinatam esse, per eas sententias: facile intelligitur, eam exceptionem non esse probatam: quia lis ibi non pependit, vt ex euentu constat. Itaque non obstante ea exceptione, litis contestationem iniungendam esse Reis putat, prout Actoris procurator aliquoties petiit, & in eiusmodi causis mandatorum cum clausula, fieri conſuetam esse, tradit Gail. obseruat. 78. numero 6. lib. 1. vult etiam compensare expensas.

Omnium vota accesserunt sententiam Referentis, & ex inquisitione aliorum Actorum inuenit B. similiter processum in paribus causis.

VOTVM XXI.

In causa Nobilium D.

Contra H.

S V M M A R I A.

- 1 Spoliatus ante omnia restituendus.
- 2 Exceptio spoliij, cum sit dilatoria, ante litis contestationem opponitur. & num. 5. Estq, litis finita ibi. Limitatur, numer. 7. 8. & 9.
- 3 Inhibitio si vtriusque partibus sit, ab Actoribus non est commissum spolium: Nec spoliatis tunc competit restitutio. num. 4.
- 10 Appellantes in hoc casu, quare in pœnam remercè litigantium non sunt condemnandi.
- 11 Exceptio non competentis iudicis perpetuo obstat.
- 12 Appellatio debet fieri gradatim, & si sit, omisso medio, ea est nulla. Et nisi iterum intra decendium ad idoneum iudicem appelletur, erit deserta numer. 13.
- 14 In omnibus casibus quibus proximior est inhabilis (in genere) appellari potest ad mediate superiorem.

D. I. Referens. Videndum, an grauamen tale, vt recte appellatum? Quod est, se esse spoliatos, † ergo restituendos ante omnia, secundum iura vulgaria. Cum vero hæc sit dilatoria, † quæ ante litis contestationem opponi potest, Gail. obser. 75. num. 6. lib. 2. Sitque litis finita, Ludovic. ab Assisso. decis. 17. num. 3. part. 1. Ideo merito dici posset iudices male iudicasse. Sed putat, de iure verius pronuncian-

siunciantum, malè appellatum, bene pronun-
ciatum. Nam putat, Heimburgenses remedio ca.
redintegranda. 3. q. 1. *Gail. d. obs. n. 19.* Et licet Rei obie-
ecerint spoliū: Tamen quia à magistratu est
inhibitum vtrifq; † ideo ab Actoribus non com-
missum spoliū. *Gabr. lib. 5. nu. 27. de restit. spol.* Et
notoria est ea inhibitiō, ex confessione partium:
Ideo spoliatis † tunc restitutio non competit, *So-
cin. l. rem que nobis. nu. 20. C. de acquir. poss. Graust. consi.
302. n. 6.* Nec probata spoliatio, cum non sit spoli-
um: Concludit, bene iudicatum. Cumq; iam
Comites sint habiles, & non amplius in banno,
vult causam remittere ad ordinariū, cum expen-
sis. Vult etiam condemnare in pœnam temera-
riæ appellatiōis (quæ est 10. *Marck Silbers*) pro-
pter præiudiciū alterius causæ.

Saluis.

D.B. putat, petitionem ratione commissionis,
denegandam, cum ordinariè fieri possit, & iuxta
comp. om. ff. in summariis erit processus. Quo-
ad exceptiones contra appellatiōem: non præ-
sumi Comitem suspectum, videtur actū ex c. red-
integranda: Exceptiō de Syndico: *allegat. Wesemb.
consi. 35. nu. 17. part. 1.* vbi de Syndico constituendo
† agit Exceptiō spoliū † opponi debet ante litis con-
testationem, l. exceptionem. *Cod. de probat. l. fin. Cod.
de except. Fallit: † si Reus iussus litem contestari,
protestetur q̄ non velit recedere ab exceptioni-
bus: Abb. inc. ex conuersione. n. 6. de restit. spoliat. Ex-
cipiendo, † esse obiectum spoliū, quo casu lo-
cum non habet. *Hartm. c. 7. tit. 1. de possessione. Item,
8. si † agitur de proprietate & petitoria. Dam. s. r. gul.
9. 28. in fin. c. dilectus. de poss. propr. Item, † vt Porcius reg.
44. limit. 14. Imo eo casu potius turbatio dicitur.
Guid. consi. 62. num. 1. Hieron. de monte Prix. quest. 23.
num. 22. Concludit, bene iudicatum, cum expen-
sis. In pœnam, tamen temere litigantium
non potest condemnare, † quia te p̄tendunt
bonæ fidei possessores.**

D.L. putat causam non deuolutam, & sic non
competentem Iudicem Cameram: Quia potue-
runt ad Cameram appellare. Inhibitionem non
facere eum incompetentem. Deinde fuit Comes
in banno: Sed non tempore sententiæ, & sic Co-
mes competens fuit. Cum que ea exceptiō, † non
competentis iudicis, (quæ est obiecta contra Ca-
meram) perpetuo obstat, sitque idem, siue remit-
tatur, siue non, malitè retinere: Nec putat obsta-
re, quod de pœna mouetur: alias consensiret cum
Dominis.

D.S. Appellatiōem debere fieri gradatim † &
si fiat, omisso medio, eam esse nullam, satis con-
sta: (vide *Marant. fol. 636. Franc. c. dilecti. n. 2. de ap-
pell.*) ideoque desertam, † nisi intra decendum
iterum appelletur ad idoneum Iudicem. *Franc.
i. bid. n. 3. circa med.* Cum verò hoc casu Iudex de-
legans vel committens, præcipuum grauamen
iple (assertum s. ilicet spoliū) intulerit, ex quo
se fundat Appellans, & à quo grauamine princi-
paliter appellatum, non puto inconueniens,
quod non ad iptum grauantem, sed proximè su-

periores appellatum, ne videatur pronocatio
facta ab eodem ad eundem, per id, quod dicitur:
In omnibus casibus, † quibus proximior est inha-
bilis (i. genere) appellari posse ad mediata superi-
orem: *Abb. Franc. c. dilecti. la. 2. de appell. Marant. de
Appellat. n. 364.*

Deinde ad faciliorem causæ expeditionem fa-
cit: si præcedens sententia confirmetur, quam si
causa non deuoluta pronuncietur: Quia causam
nostram appellatam, quæ est interlocutoria, remitten-
da esset ad mediatum, & ibi discutenda, à qua
iterum posset appellari & tamen in principali in-
te: im nihil ageretur, per l. Imperatore. ff. de appell.
Franc. dict. loco. Cum itaque grauamina sint i. rele-
uantia, vt patet ex causis, antem deductis. ma-
lim, eis reiectis, in principali pronuciare, vt a. ias.

D.Q. Respicit, q̄ præcipue per Appellantes al-
legatur spoliū, quo non sunt grauati. Et ex f. i. i. i.
cio possit pronuciari v. Q. Licet non sit peti-
tione, demit manden Partheyen auß den Sachen
helt: Nec sit tanti momenti, vt hic retineamus.

Sententia.

In Sachen re. Ist D. Kammingern sein in der
Supplication re. be. d. d. eben begere abgeschlagen
vnd von Anp. wegen die am 18. Augusti Anno
73. s. in brachte grau. mina, als vnerheblich nicht / son-
der die Sach für beschloffen angenommen / darauff
allein furbringen nach zu Recht erkannt / woi ge-
vtheit vbel davon appelliert / cum expensis.

VOTVM XXII.

In causa K. contra X.

SUMMARIA.

- 1 Actio ex conditione certi generali, ex omni causa & contractu competit.
- 2 Actio ex constituto, dicitur constitutoria, ad si litum non soluti. Et hoc inter mercatores frequens est.
- 3 Exceptiones omnes, principali competentes, etiam si de iussori & constituenti dantur.
- 4 Quod quis promittit pro alio, in dubio videtur promittere vt fideiussor.
- 5 Bartoli distinctio in l. si stipulatus. S. possum vtiliter, in fin. de verb. oblig. inter fideiussorem & constituentem quæ.
- 6 Promissio condicionalis, non est fideiussio.
- 7 Ius idem statuunt Dd. in quocunque constituyente debitorum alienum, quod in fideiussoribus qui se principales debitores constituunt.
- 8 Protestatio vel testatio fideiussori, per debitorem facta quod creditori non soluat, eum non releuat nisi veritas ostendatur, & proberur.
- 9 Iudex ex officio in casu, quo quis vltra dimidium lesus est, rescindere debet contractum.
- 10 Executio non suspenditur per exceptionem indignitatis altiore requirentem.
- 11 Discussio debitoris principalis in constituto non habet locum. Limitatur ibi n. 12. 13. 14.
- 15 Denuntiatio principalis, ne soluat fideiussor, ipsum non excusat.

X 8

16 Prae-

- 16 Præceptum in debitis liquidis sufficit.
 17 Appellatum ex quibus tacite sententiam reformari no-
 luisse, apparet, & n. 18.
 19 Debitor, etiam per interpellationem extraiudicalem
 constituitur in mora.
 20 Debitum vno loco constitui potest, vt vno loco solua-
 tur, idem de tempore.
 21 Ratione temporis non minus, quam loci interest con-
 trahentium.
 22 In constituto plus est, ratione temporis & loci.
 23 A sententiâ quando simpliciter appellatur, in totum
 videtur appellatum, alias esset frustratoria.
 24 Actiones duæ rectè accumulari possunt, maxime verò
 cum tertiâ interueniat.
 25 Fideiussor tenetur etiam ad interesse, ex sua mora; si
 tamen ipse Reus etiam in mora fuerit.
 26 Damnum & interesse saepe quoque fit condemna-
 tio, sine reformatione.
 27 Exceptio excussionis in hoc casu, quare nostrum Re-
 um vt fideiussorem non releuet, & num. 28. 29. 30.
 & 31.
 32 In iudiciis non facile habetur ratio interesse, lucris
 cessantis.
 33 Lucrum vnum, & non duo peti possunt; nec est au-
 diendus, qui petit interesse, ob rem sibi male tradi-
 tam & solutam.

REferens: Actum dici potest conditione
 certi generali, † quæ ex omni causa & con-
 tractu competit, l. certi conditio si certum petat. actio
 nem probatam, non elisam: quia sine excussione
 potuit statim peti solutio; verum quia de solen-
 nibus stipulationibus, & earum ordine dubitari
 potest, & Reus super constituto se fundat, possit
 fortè secundum sententiam *Butrigarii*, quam *Ias.*
 in puncto iuris dicit sustentabilem, in §. personam,
Instit. de action. n. 22. actio dari ex constituto. Posito
 igitur, actum ex constituto, † quæ dicitur consti-
 tutoria; ad residuum non soluti: tamen solum-
 modo extraiudicialiter. quod inter mercatores
 frequens est, sed sufficere, debitum ex causa na-
 turæ, vt *Rofred. de const. pecun.* in puncto requisito,
 quæ enumerat. Actio probata per literas, & con-
 fessionem partis, item partis solutione, l. si fideiuf-
 sum, de iud. ibi *Dd.* vnde hoc, & cætera requisita
 probata concludit.

An elisa?

Primum fundamentum Rei, quæ tanquam fidei-
 ussor se obligarit, & conditionaliter, quodque
 omnes exceptiones, † principali competentes,
 etiam fideiussori & constituenti dentur: quod po-
 steriori certi iuris est, glo. in l. fideiussor oblig. §. fideiuf-
 sor de fideiussor. l. ex persona. eod. l. defensiones, C. de except.
Ferrar. in form libell. contra plures Reos debendi n. 4. Et
 in specie, quod constituens habeat hoc benefici-
 um, text. gl. in aurb. de fideiussor. in princ. De priori au-
 tem, licet *Alex. notet. ex glo. in l. Titia, §. pen. de verb. obl.*
 4 verb. quæ apud. *Boer. decis. 314. n. 5. part. 2.* Quod † id.
 quod quis promittit pro alio, in dubio videat
 5 promittere, vt fideiussor; tamen *Bart. † in l. si stipu-*
 latus, §. possum vt iliter, in fin. eod. tit. facit differentiã

An simpliciter, quod Titius debet, constituerit.
 Et quod talis non sit fideiussor, sed potius obliga-
 tus deper se, & conditionaliter, hoc est, si alius
 non soluerit, vel quanto minus, vt l. decem. eod. tit.
 eo quod non illius, sed suo nomine promittit in-
 demnitatem pro alio, & ita conditionalis † pro-
 missio, non fideiussio sit, *Arerim. in l. huiusmodi sti-*
 pulationes, col. 1. eod. tit. post. *Bart. ibid.* vt autem sit,
 parũ refert suo iudicio, cum nõ apposita sint hic
 verba, als *Selbschuldner* / & magis nomine *Är-*
weins vt pro illo solutio promissa videatur. Imò
 volunt *Dd.* † quod in quocunq; constituyente de-
 bitum alienum, idem iuris sit, quod in fideiussor-
 7 tibus, qui constituunt se principales debitores.
Ferrar. d. loco, verb. beneficio nouarum, n. 3. Papa decis.
570. n. 6. Gail. obs. 28. lib. 2.

Alterum fundamentum est, quod debitore
 protestante, & denunciante fideiussori, ne solue-
 ret creditori, quia tutus esset aliqua exceptione,
 teneri tunc fideiussorem obcedere, etiam si tales
 exceptiones nondum liquidæ essent. Scripsisse
 autem principalem Reo appellanti, primo, quod
 tantũ 123. coronatos soluere teneatur. Secundo,
 quod Reus omnino nihil soluere debeat, ex quo
 ipsemet *Zitv.* soluerit, vsque ad 35. coronatos.
 Tertio, vtriq; scripsisse, quod ultra dimidium
 fuerit deceptus. Ideoque *scriniorum* restitutio-
 nem in loco contractus, & si Actor illa recipere
 recusat, liti se obtulerit. Vnde debitum non na-
 tura liquidum, sed ante omnia liquidandum. Ve-
 rum (secundum *Bart. in l. non solum §. morte, n. 25. de*
oper. nou. nunt.) licet protestatio ipsius principalis
 profit: tamen non releuat fideiussorem, † talis
 protestatio vel testatio, nisi veritas ostendatur,
 & probetur: quod non factum. Nec dubiũ, quin
 Reus fuisset absolendus, si ea probasset, *Inst. quib.*
mod. toll. oblig. Inst. præsertim si ultra dimidium sit
læsus: quia † iud. ex officio hoc casu rescindere
 debet. Et quamuis in causis summaris, admitta-
 tur illiquidum, quæ requirit altiore indaginem,
 exceptio, si in continenti probari possit: tamen
 non factum, *Affl. decis. 91.* Ideoq; non attendenda,
 cum executio † non suspendatur per eam exce-
 10 ptionem. *Gail. obs. 113. n. 10. lib. 1.*

Ad tertium principale fundamentum excu-
 tiendum: Quod in constituto † non habeat lo-
 cum discussio. *Porc. d. loco Zas. §. de constituto, n. 20. de*
action. Sed & hic † principalis est abtens, *Aufred. ad 12*
decis. 166. Myns. obs. 15. cent. 2. Item, † non est princi-
 13 palis conueniendus de facili, *Pap. sing. 716. decis. To-*
los. 96. Item, † quia principalis verisimiliter verstor
 14 ben vnd verdorben / & sic mors allegata per ipsum
 Appellantem obstat. *Petrus Duenn. reg. 335. lim. 12.*

Quartò, male opponitur, Actore Antvverpiæ
 serinia sua iterũ accepisse. Quia igitur Reus con-
 fessus est debitum, & suam obligationem, neq;
 solutio residui villo modo probata: imò & denun-
 15 ciatio principalis, † ne soluar, ipsum nõ excuset, l. 15
vtrũ præsentè, de constit. pecun. Minimè igitur elisam
 actione. In debitis † liquidis præceptu sufficere, 16
Bart. l. 1. ad fin. de confess. Zas. consil. 21. lib. 2. n. 4.

Con-

Concludit, quod ad summam capitalem, bene iudicatum, male appellatum. Quoad expensas, damna & interesse, videtur primo intuitu in harendū d. sententiæ, ubi licet compensatæ sint, & nulla facta mentio damnorum: Actor tamen gratias agen- so, acquieuit eidem; nec in Camera illam reformari petiit. Verum, quia per Reum est appellatum à d. sententia, & appellationem prosecutus, quæ communis est, *Marant. 6. part. de appellat. n. 271. Vest. lib. 7. c. 3. num. 29.* Et appellatus statim in primo recessu petiit pronunciari, & ut in actis (quod etiam de petitione libelli intelligi potest) impugnando appellationem tam frustratoriam, & implorando officium Iudicis: imò postea in exceptionibus & vltioribus responsionibus & expensas, damna & interesse, præterea & in pœnam temerè litigantium condemnari petiit, videtur in eo tacitè sententiam reformari petiisse, & ius suum ex communi beneficio prosequi voluisse. Neque obstat petitio circa litis contestationem, quia sicut ab illa non recedit, ita nunc etiam vltius expensas, damna & interesse sibi adiudicari petit. Quia ergo in obligatione tempus & locus solutionis expressa sunt, Reus propter moram, & in qua constituitur, etiam per interpellationē extrajudicalem, per *d. regul. Duenn. 181.* ad interesse merito videtur condemnandus: attento præsentim, quod asserit Actor, se tantundem mutuo ab aliis sumpsisse, ut fidem seruaret (quod tamen in executione liquidari poterit) *Ruin. cons. 104. vol. 4.* Certum enim est, quò debitorum & vno loco possit constitui, ut alio loco soluat, *leg. eum qui Ephesi. de constit. pecun. Idē de tempore, l. si duo, §. 1. cod. tit. ubi de arbitriis actionib.* quibus ita peti potest. Non enim minus, & ratione temporis, quam loci, interest alicuius, *l. minus, de in lit. iur.* Et in constituto & potest plus esse, ratione temporis & loci. Et sic erit actio arbitraria, propter illas circumstantias, per gloss. d. l. eum qui gloss. & *Dd. in l. vnica, C. vbi tonuent. qui cert. loc. dar. promiss.* Et est actio stricti iuris, non obstante, quod dicit *Marant. de arbitr. allegat. Zas. §. præterea, de action. Fab. & las. ibid.* Communem opinionem esse, quod Iudex teneatur condemnare, nec sit arbitratium. Cum itaque hic Reus obligationi & promissioni suæ, nec tempore nec loco satisfecerit destinato, adeoque culpa vel mora sua Actori anam præbuerit, conueniendum eum alibi, vel conditione certi, ex stipulatione, vel de constituta arbitraria, putat, ipsum ad interesse, siue damna condemnandum, cum moram nusquam purgant, *arg. d. l. vnic.* Quo forte etiam Comes respexit, admit-tendo interesse, cum Reum ad locum, vigore obligationis, condemnauit, quasi ita nihil Actoris amplius interfit. Quod suo tamen iudicio, ratione moræ, non sufficit, nec illa sic purgata dicatur: quia etiam Actor post moram iam contractam valuerit non amplius loco conueno petentiam soluere: quod tamen expeditione eius adeo liquidum non est, sicque sileat arbitrium Iudicis: potuit tamen expediri ad id, quod sua

interest, non solum debito loco. *Menoch. lib. 1. q. 5. n. 5.* De expensis minus dubii esse. Reformandam itaque censet sententiam Comitum, quoad expensas & interesse: & pronunciandum, male iudicatum: cum expensis.

D. Q. Correferens: De damnis, & interesse, ut proximè dicit. Procedunt, quatenus actio ratione loci & temporis arbitraria est, & sic, quatenus veniunt ex ipsa natura actionis, per allegata iura. At si præterea personam Actoris consideremus, qui suo artificio solitus est lucrari, sed diu litigando vacauit ab officio & labore suo: istius quoque damni ex persona sua habenda erit ratio, in condemnatione damnorum, cum illud repetere possit, vna cum expensis. *Bart. in l. si procurator, in si. rem rat. hab. l. 1. n. 1. ff. de alien. iud. mut. caus. sac. las. leg. propriandum, §. siue autem alterutra, n. 14. Cod. de iud. Gal. obs. 15. n. 16. lib. 1.* Quare Appellante eum ad damna ca condemnat. A quo autem tempore illud fieri debeat, dubitari potest. Et tutius quidem videtur, quod in præsentim casu solummodò ad ea, quæ in prima instantia perpessa, condemnatio fieri debeat, sibi que imputet, quod in hac instantia sententiam reformari non petierit.

His tamen non obstantibus, æquius, & iuri magis consentaneū putat, quod indistincte adiudicentur, à tempore moræ: sicque in eo sententia reformetur, ut per *Franc. in c. si. duobus in princ. n. 4. de appel. & Rot. decis. 365. in nouis.* Quia quando & simpliciter appellatur à sententia, in totū vide. ut appellatum, alias esset frustratoria.

De expensis adhuc dubitar, prioris instantiæ, cum sint compensatæ: quia secus in alio puncto, cum Iudex nihil in eo pronunciarit: velit tamen etiam, quoad eas, damnare, ut æqualitas in vtroque seruetur.

Alu. d.

D. Q. G. F. Correferens: Magis conueniens esse, actionem dari ex constituta pecunia, quam ex stipulatu certam: quia de ea non satis constat, nec intelligit, quomodo iam sint in vsu. Non putat nocere superfluum cautelam, quod nudo pacto in constituto requisito, adiecta sit & hypo. hec obligatio, & posse rectè & eas cumulari duas actiones, maxime cū tertius interueniat. *las. & Gomez. in §. in personam. nu. 19. vers. mihi vero placet Burri-garri opinio, Instit. de action.* Probata actio per obligationem & confessionem.

An elisa.

Præcipue excipitur, prius principalem debitorem esse excutiendum, *Auth. presente. C. de fideiuss.* sed eam non habere locum, absente principali, ibidem probatur. Cui accedit, quod prior Iudex præstituit tempus, principalem præsentari, ut per eam *authent.* sed nihil præstitum. Reliquas in facto consistere: nec probatas. Concludit eum Referente, probatam actionem, non elisam: ideo priorem sententiam confirmandam, cum expensis. Quoad & interesse, licet hic id non veniat, ex natura actionis, cum vraq; sit stricti iuris: tamen quia per adiectionē loci vel temporis in obligatione

gatto-

gatione huiusmodi actionis fiunt arbitrariae, l. 2. de eo quod certo loco. Dd. in d. §. praterea. vbi Ang. n. 24. Inst. de act. Olden. claus. 4. actio. 8. nu. 13. Et interesse ab Actore tam in prima, quam in secunda instantia petitum: putat, Reum ad illud quoque praestandum, propter suam moram, condemnari posse, per text. & glos. in l. 2. C. fruct. & vsur. glosa & Dd. in c. 25. conquestus, extra eod. tit. Quia si fideiussor etiam tenetur ad interesse, ex sua mora, vt per Dd. in l. centum, de eo quod certo loco. vbi Bart. n. 5. Alberic. n. 6. & in l. mora Rei, de verb. oblig. si tamen ipse etiam Reus in mora fuerit, l. testamento, §. fin. de fideiuss. Vestal. d. l. centum, vers. qua inspectione. Quod si velit domini parcere Reo, qui alias damna fenfit, & non velit in damna, sed solummodo ad interesse condemnare, sibi non displicebit: nec putat necessarium, vt sententia prior reformetur: saepe enim fieri, vt damnorum & interesse fiat condemnatio, sine reformatione.

Aliud.

In formalibus processibus acquiesco cum dominis Referentibus. Ad principale debitum & obligationem quod atinet, id liquidum puto, probatione & confessione: hocque recte constituta pecunia actione petitum esse.

Præcipua pars exceptionum Rei, consistit in materia excussionis. Et licet ea exceptio, vt Zasius opinatur, etiam in constituto, sibi locum vindicet, hocque loco constitutus parificetur fideiussori (quod mihi vix credibile est) tamen hoc ipsum, si nostrum Reum, vt fideiussorem, non relicturabit, vt ante me relatum: Inter cætera si verò, quia conuentus est principaliter obligatus: Itē, si agitur de æquitate & bona fide: Item, si liquidum certum, non esse soluendo: Item, si quando principalis non est in loco, nec de breui reuersurus, & sua substantia ignoratur: De quibus, & aliis, latè per Hippolyt. de Marsil. in tract. de fideiussor. n. 7. & n. 62. Wesemb. cons. 10 & cons. 14. in princip. late Gabr. lib. 3. conclus. 1. verb. de fideiussor. per totum. Cum igitur hic nec persona principalis, nec eius bona, etiam post terminum ad hoc assignatum, conspiciantur, parum releuabit hæc exceptio Reum.

Accessoria debiti, & instituta actionis, plus habent serupuli. Ne tamen actum agam, sentio breuius cum dominis, Reum siue Appellantem condemnando ad interesse: cum non sumus in terminis nudi pacti, sed contractus hic confinis obligationi ex stipulatu, & chirographariae conditioni, habeatque adiectionem temporis & loci: successerit etiam contractui bonæ fidei, emptionis videlicet & venditionis, vt nouatio inde elici possit, vt latè per dominos ante me deducitur. Quia tamē in iudiciis non facile habetur ratio interesse, lucri cessantis, præsertim in hoc tribunali, prout Gall. multis præiudiciis confirmatum esse dicit, obs. 6. li. 2. n. 2. per iura ibid. allegata. & veniant in eo petendo, & probando plura attendenda: Ne itaque Reus & Appellans, duplici modo grauetur, & Actor geminam compensationem, loco interesse, recipiat: cum vnum lucrum, si & non

duo, peti possint: nec sit audiendus, qui petit interesse, ob rem sibi malè traditam & solutam. Et iterum, quod si rem habuisset, vltius lucratus fuisset Strach. in tract. de contract. mercatur. nu. 4. mihi sol. 132. & Zas. l. si pluribus, §. quod si rem, n. 7. de legat. n. putatim: cum interesse æstimatio in arbitrio iudicis consistat, & ex æquo & bono, & non ex nimia rigorositate debeat considerari, Mathefil. in l. vnica, n. 6. C. de sent. qua pro eo quod inter. Nec adstringetur præcisè, vt intendit las. in §. praterea. Inst. de act. putatim, inquam sufficere, si Reus ad præstationem inte esse in genere condemnatur, eo taxato, ad vulgatam summam 5. pro 100. idque à tempore moræ, ex literis obligationis computando. Sed expensas, non, nisi huius instantiæ attendentem: cum expressè compensari sint à priori iudice, & pariter expensè Appellatus ei acquieuerit & acceptarit sententiam. Indè nec ego opus existimarem reformationem prioris sententiæ.

Saluis.

D. Ibf. Concludit simpliciter cum Referente, quod viderit Doctores allegatos: etiam quoad damna & interesse, vñndt wi dt zusammen ge, chla gen / sinff per hundert / vñnd also specificirt.

D. Lf. Causam principalem esse planam: concludit cum Referentibus. Sed quoad interesse, putat teneri ad duplex interesse, precii non soluti, & lucri cessantis, debitorem fuisse morosum. Imò sumus hic in casu, vbi tertio se constituit, qui neque rem venditam, neque vsum rei venditæ (quem fructum esse putat) vnquam percepit. Vnde magis supra dicta iuris dispositio cessabit. Ex quo etiam principalis scripsit, se vitra dimidium iusti precii esse deceptum, Myns. obs. 56. cent. 4. constituentem non teneri ad interesse. Reliquum, scilicet lucri cessantis, ad damna vult referre, & ad illa solum pronuntiare. Concludit cum dominis: cum expensis & damnis in hac instantia.

Sententia.

In Sachen / re. ist alle Vorbringen nach zu Rechte Verkannt. Daß durch Richter voriger Instanz wol gebrtheit / vbel davon appelliert / cum expensis am Cammergericht auffgeloffen nach rechtlicher Maßstung zuentrichtert vñndt zu bezahlet / auch daß Interesse sinff vom hundert / von Zeit an interponirtet Appellation / re. Similis sententia legitur etiam in Saylero.

V O T V M XXIII.

In causa N. B. contra B. G.

S Y M M A R I A.

- 1 Actio iniuriarum pratoria, cum actione L. Aquilia saltem vtili, ad consequenda damna, ex illata iniuria nata cumulari possunt.
- 2 In actione iniuriarum, etiam damna veniunt, & sub clausula illa, pro quanto nollet iniuriatus calem contumeliam pati, comprehenduntur.
- 3 Testis vnus sermo non auditur, nec Papa, nec Imperator contra statueret potest. Nec preces contrauenire possunt.
- 4 Mulieris testimonium vnus valet.

5 Diffi-

- 5 Difficultas probationis arguitur ex actibus, qui sunt, remotis testibus, clandestine, & in domo.
- 6 In his quæ sunt difficilis probationis, leuiore etiam probationes sufficiunt.
- 7 Deposito vnus testis, qui non coniunctus partibus, nec commodum ex depositione sentit, vel cui nulla macula insigi potest, satis idoneus videtur.
- 8 Mulieres regulariter in omni causa, exceptis testamentis, testari possunt.
- 9 Mulier pro teste in criminalibus iure Canonico non admittitur, secus vero de iure civili, presertim vbi veritas aliter haberi non potest.
- 10 Testem non remouet paupertas si alias est honeste uita. Neque rei scilicet occasionem producenti dederit, si non est particeps litis, nec inde commodum sentit. n. 11.
- 12 Testi vni uersimilia deponenti, & imperfectæ probationi fides habetur.
- 13 Nemo suum iactare presumitur.
- 14 Presumitur filium habere eandem uoluntatem & affectionem, ut pater, quia filii sunt propagationes parentum.
- 15 Inimicitia in tota familia usq; ad quartum gradum presumitur.
- 16 Presumptiones persuadentes cum vno teste, de ueritate concludunt, & iudici plenam probationem faciunt. (bat.)
- 17 Testis vnus, cum adsunt plures presumptiones, satis pro
- 18 Ex presumptionibus pluribus quis potest damnari. Itemque plures imperfectæ presumptiones possunt coniungi.
- 19 Testis vnus, cum presumptione iungitur ad faciendam plenam probationem.
- 20 Probationis materia, in arbitrio iudicis (an plene probatum sit, nec ne) consistit.
- 21 Iniuriatus cum iurat, pro quanto mallet iniuriã non esse passus, sub ea clausula damnum quoque recte comprehenditur.
- 22 Iniuriarum æstimatio qualiter facienda.
- 23 Mulier vnica omni exceptione non maior & pauper, licet per se semiplenam probationem non faciat, inducit tamen quandam probationem.
- 24 Indicium, quod est minus semiplena probatione, licet non sufficiat, tamen accedentibus pluribus administriculis, sufficit ad condemnandum.
- 25 Indicia plura collecta, & in vnam resonantiam tendentia inducunt probabiliter ueritatem.
- 26 Appellans, proponendo exceptiones incompatibiles & contrarias, appellationi renunciare videtur.
- 27 Probationes semiplena & de per se insufficientes in criminalibus ad faciendum plenam probationem iunguntur.
- 28 Indicia plura ad condemnationem etiã corporalem, saltim extraordinariam iungi possunt, vbi causa decidenda est per Principem, vel suprema eius consilia.

Iurisdictio fundata, in processu nullum vicium, formalia iusta. Actum actione iniuriarum, et prætoriam: cum qua uidetur cumulata actio L. Aquilia, saltem utilis, ad consequenda damna, ex

illata iniuria nata, prout cumulari possunt. l. sed et si quemcumque. §. iniuriam. ad l. Aquil. Myns. obser. 25. cent. 1. & respons. 51. n. 7. Respons. 83. Verum cum hac in causa, tantum accessorie, damna cum expensis, & sic ex officio Iudicis petita, dubitari potest, an hic etiam principaliter actio pro damnis datis instituta dici queat: Cum uero Actor in articulo 19. 20. 57. damna & impedimenta in sua arte exercenda allegarit, & in conclusione primæ instantiæ dicat, daß er durch Pei Beschreibung / in zehen Jahr seines Handwercks / weil ihm kein Gesell zuziehen wöllen entraten müssen / dardurch in höhern Verlust / dann der begerten 2000. fl. geraten. In de satis intelligi, d. 2000. flor. non tantum ad æstimationem contumeliæ, sed etiam damni perita esse. Et quidem in actione iniuriarum, etiam damna venire, & sub clausula illa, pro quanto nollet iniuriatus talem contumeliam pati comprehendit sentit. gl. in l. qui seruum. §. exercere. ff. de act. & oblig. Bartol. in litem apud Labeonem §. si quis seru. de iniur. n. 1. vbi dicit, haberi per quandam consequentiam, considerationem domini. Aug. in l. dominum, Codic. de iniur. & in dict. §. si quis seruo. post med. Alberic. ibid. Verum in nostro casu, actionem damni, etiam in d. sententia computasse, satis constare ex uerbis conclusionis. Concludit, actione prætoriam actum, in qua etiam damni dari ratio haberi debeat, per supra d. iura. Porro licet in libello uideatur deesse tempus & dies, ut Alex. cons. 212. lib. 2. Clar. lib. 5. §. iniuria. tamen putat, eius omissione non vitari libellum: cum ab aduersa parte de hoc non sit oppositum, nec petitum, Gail. obs. 64. n. 5. 6. lib. 1. Clar. d. lib. 5. §. fin. q. 12. n. 13. uers. intellige tamen. Plat. de in lit. iur. §. 50. n. 46. Itē, cum Actor fuerit absens, ut Boss. in tit. de inquisit. nu. 92.

An actio probata?

Verba quidem esse iniuriosa, & animo iniuriandi prolata, patum dubitatur, sed tantum in eo laboramus, An Reus dixerit ea uerba? Nam illa uerba iniuriosa esse, & Actori iniuriosa ex testimonio dictis, satis apparet, & maxime ultimi, ad 32. articulum. Et nisi hæc uerba ad infamiam Actoris pertraherentur, & ab omnibus ita intelligerentur, nunquam totum collegium consulisset, ut puer auocaretur à magistro: nec tutor tam serid scriptisset puero: uerum cum hoc non disputet Reus, sed simpliciter neget uerba, & hic ad probandum dicta uerba, non nisi vnam testem habeamus, quæ se ipsam à Reo audiuisse deponat: & quidē feminam, non masculum: uidetur sane Actor in sua probatione deficere, & sic iure carere. Bald. cons. 67. n. 3. vol. 3. Grauet. cons. 48. n. 4. Quia si vnus testis sermo non auditur, L. iurista 3. randi, de testib. c. cum à nobis, de testib. Quia nec Papa nec Imperator contra statuere possit, l. admodum uendi, n. 71. Croc. de testib. part. 6. n. 16. Imò nec partes possunt contravenire. Viuius in commun. opin. Accedit, quod testimonium si mulieris minus ualet, c. 4. famina. uers. testis, de uerb. signif. glos. in l. qui testame- to, §. mulier. uerb. non poterit, de test. Corn. cons. 3. q. 11. uers. domina, vol. 1. Verum cum qualitatem, euen- tum

tum & circumstantias considerat, in ea est opinione, ut non obstantibus supra dictis, probationem Actoris, ad informandum Iudicem, & ad permouendum eius animum ad credendum, sufficientem esse existimet. Primo enim, cum nemo alius interfuerit eo tempore, quo Reus Actorem apud viduam Margaretham diffamarit: Eo fit, ut ex natura huius negotii difficilis dicatur probatio. Difficultas enim arguitur ex actibus, qui fiunt, remotis testibus, clandestinè, & in domo, ut *Grauet. de antiq. part. 1. §. 4. limitatur. n. 34.* At in his, quæ sunt difficilis probationis, leuiore etiam probationes sufficiunt, argumento *leg. non omnis, §. à Barbaris, de re milit. cap. veniens. la. 2. de testib.* quia est contenta his probationibus, quæ haberi possunt. *Alex. conf. 24. n. 6. lib. 1. Nat. conf. 235. n. 1. Ias. in l. si quis ex argët. de edéd. Alex. conf. 69. n. 1. 2. vol. 1. Alex. conf. 115. vol. 4. Grau. conf. 27. 1. part. con. 52. Idē conf. 24. vo. 2. Nat. ta conf. 124. Grau. conf. 207. n. 9. vbi dicit: probationes, quæ in domo fiunt, & difficilioris probationis, &c.* Sed hic accedit coniecturis etiam depositio testis vnus, ut sibi videtur, satis idonea, quæ non coniuncta partibus, nec commodum sentit ex depositione, vel cui nulla alia macula infigi potest, & sic omni exceptione maior, *Ias. d. l. admonendi, n. 166.* Regulariter enim, si mulieres in omni causa, exceptis testamentis, testantur *lex eo, de testib. d. l. qui testamentis, §. qui mulieres, de testam.* Et licet in criminalibus mulier et de iure Canonico non admittatur: seculus tamen de iure ciuili, præsertim quando veritas aliter haberi non potest. Nec obstat, quod pauper sit et si alias est honestæ vitæ *c. si qui ibi gloss. verb. paupertate, de testib. Alex. conf. 65. in fin. vol. 1. & conf. 149. vol. 5.* Nec obstat, quod dicitur, ipsam dedisse occasionem Actori: et nam non est participes litis, nec inde commodum sentit. Porro verisimilia deponit, et quo casu creditur etiam singulari, & imperfectæ probationi fides habetur, *Graue. d. §. quinto limitatur, n. 35. de antiq. Dec. conf. 596. n. 7. 8.* Verisimile esse patet, quia detrimentum & onus potius, quam commodum, per auocationem filii sentit. Sed nemo et præsumitur iactare suum. Deinde accedit constantia mulieris, in presentia Rei, fatentis, contra quod nihil attemptauit: Item das Handwerc ei credit, vnd den Jungen befohlen abzuforde n.

Quoad personam Rei, præsumitur contra eum, propter capitalem inimicitiam inter patrem & fratrem Rei. Contra Actorem exitio capitalis, quia per iniuriosa verba id conicitur. Sed præsumitur, et filium habere eandem voluntatem & affectionem, ut patet, *Bal. l. liberi. n. 4. in fi. C. de oper. libert.* quia filii sunt propagationes parentum. *Graue. conf. 13. n. 5. & 31. n. 4. in criminal. part. 1.* Item præsumitur in toto familia inimicitia, vsq; ad quartum gradum, *Bal. in c. si vasallus, la. 1. n. 2. de feud. contr. int. dom. & agn. Grau. conf. 12. nu. 3. in criminal.* Infert: præsumi odium & inimicitiam in Reo, non tamen, quod secutus odium patris, vlcisci se, & damnum Actoris inferre voluerit. Cum itaq; Actoris probatio, non vnus tantum testis de depositione, sed

etiam deductis supra pluribus præsumptionibus nitatur: non videt, qua ratione in probationibus defecisse actorem, rectè dici possit. Persuadentes enim et præsumptiones cum vno teste, de veritate, concludunt Iudici, & plenam probationem faciunt. *Bart. in d. l. 1. §. idem Cornelio, de quest. Bal. conf. 136. n. 5. lib. 2.* Et licet vnus sit testis, et cui sine adminiculis de iure non sit fides habenda: amen, cum adsint plures præsumptiones, satis probat. *Cepoll. conf. 38. nu. 9. vers. quartum est, in ciuil.* Et quod vnus testis dictum attendi debeat, si cum eo plures præsumptiones concurrant. *Socin. lun. conf. 61. n. 8. & 62. n. 6. vol. 1. Cast. conf. 250. n. 5. part. 2.* Item, et ex pluribus præsumptionibus possit damnari: Item plures imperfectas posse coniungi: Et quod vnus testis et cum præsumptione iungatur ad faciendam plenam probationem, *Gabr. lib. 1. tit. de probat. concl. 1. n. 62. 64.* Quibus adiungi potest, quod materia probationis, et in arbitrio Iudicis (videlicet, an plene probatum sit, nec ne?) consilii sit, *l. 3. §. 1. de test. Menoch. casu 90. nu. 1. & seqq. lib. 1. cent. 2. Gail. obs. 94. num. 11. lib. 2. Dec. conf. 650. in princ. hoc confirmat Menoch. d. loco. Gramm. conf. 78. nu. 8.* Atqui dato, quod hæc omnia ad probationem iniuriæ non sufficerent: quæ tamen non credit: tamen ex fundamento rei iudicatæ, Actorem in hoc puncto obtinere existimat. Sic enim habent acta. Quod visis omnibus actis, &c. das M. auff bestimmbte Zeit die Eynred thun soll/ re. vnde appellatum ad Cameram, sed non prosecutus appellacione, donec fatalia elapsa sunt, videlicet Reminiscere: producendo exceptiones, non contra Bestimmung/ sed contra probationem Actoris in causa principali. At Reo replicando negauit, huic locum esse, quia pro se habeat sententiam, vnd lase sich das Eynsreuen / als zu spat beschehen / nit irren. Petendo, nisi Reus excipiat statim, iuxta sententiam, ut secundum suam Bestimmung pronuncietur. Inde iudex denuo interloquitur, (ut in protocollo, die Reminiscere) verum nec ab hac sententia appellatum, nec ipsi satis factum. Sed cum ad præfixum terminum Reus denuo, causam principalem, & insufficientem probationem Actoris vgeret, Iudex statim, nulla habita vltiori deliberatione, definitiue, cum expressione tali, pronunciauit. Inde satis patere, sententias priores fuisse præiudiciales, & non aliam fuisse expectandam, quam condemnatoriam: prout in simili fit, quando ratione estimationis, iuramentum per præambulū defertur, absolutio amplius non expectatur, sed condemnatoria certa est. Et sic obseruari in curia Rotu vilenfi, ex actis verisimile esse. Accedit igitur superioribus argumentis pro Actore, etiam hæc rei iudicatæ exceptio, quæ & procurator Actoris expressè obicit. *Bart. decis. 43.* Vnde accumulatis omnibus supra deductis, probationibus, præsumptionibus & adminiculis, putat, actionem satis probatam, & ideo priores Iudices rectè pro Actore pronunciaisse. Nec de damno vltiorem probationem requirendam existimat: cum hoc plerumq; talè diffamationem necessario sequatur, vni

quoci-

quotidiana docet experientia. Estq; idem per §. 7. testem aliquo modo in genere probatum: & si quid deest probationi in specie, id iuramento Actori, per sententiã præambulã deferendo, superplebitur. Nam cum iniuriatus iurat, † pro quanto mallet iniuriam non esse passus: recte sub ea clausula damnum quoque comprehendi, *Bart. in d.l. item apud Labeonem. §. si quis seruo, de iniur. n. 1.*

Quid pronunciandum?

22 Iniuriarum æstimatio debet fieri, † per iniuratum, cum eius iuramento, contra iniuriantem, facta tamen prius taxatione per Iudicẽ, iuxta qualitatem & conditionem personæ iniuriatæ, & alias circumstantias. *Gail. obs. 102. nu. 6. 7. 8. lib. 2. Per. Tac. rub. 158. nu. 14. Blat. de in lit. iur. §. 46. n. 1.* Itaq; per præambulam putat Actori tale iuramentũ æstimatorium iniungendum: & quia Actor ob malitiosam diffamationem, iam pluris quam decem annos an seinem *Handwerck mercklich gehindert* & aliàs excellens sit architectus, vt sæpe vocatur *der Keyserlichen Mayestat Bawmeister zu Enshheim* non q̄ grauitè sit læsus, non immoderatè taxatas iniurias per priores Iudices: & ideo super eadem summa iuramentũ iniungerem. Quod si verò aliquid mutandũ in ea domini cõsueverint, cũ ipsis conuenit: post præstitum verò iuramentum, non admissis grauaminib⁹, censet definitiue pronunciandum, bene iudicatũ, & malè appellatum, cum expensis: nisi domini aliquid mutare velint in taxatione: tunc enim reformanda erit prior sententia, & expensæ compensandæ. Et vt appareat, Appellantis honori aliquam rationem habitam esse, sententia in procuratorẽ ferri possit, vt *Gail. obs. 102. n. 5. lib. 2. & Myns. resp. 704. nu. 11. & 12. item resp. 83. n. 24.*

Aliud votum.

D. Cortererens. Placet mihi domini Referentis sententiã per omnia: licet mulier, † vnica testis nostra, non sit omni exceptione maior: tum q̄ mulier, tum q̄ pauper, & ideo per se semiplenã probationem non faciat, *Beninten. contl. 62. nu. 14. Tiraq. in ll. connub. l. 9. n. 73.* Inducit tamen quandã probationem, & alia per dominum Referentem doctè collecta, indicia simul iuncta, hic plenam probationem faciunt, *Bart. in l. 2. §. atas, de excus. tur.* licet indicium, † q̄ est minus semiplena probatione, minus sufficiat, tamen accedentib⁹ pluribus adminiculis, sufficit: quia plura collecta, † & in vnam resonantiã tendentia, inducunt probabiliter veritatem. *Bald. in l. sciant, C. de probat. verumne Appellans infamis reddatur, in procuratorẽ sententiam conciperet.* *Saluo.*

Aliud.

D. Lf. Potuisse expectare aliam sententiã post interlocutoriam: Et ideo post definitiuã sequentem rectè appellatum. Probatum quidem, ipsum dixisse ea verba ad mulierem, sed an animo iniuriandi, dubitat. *Aliud*

D. N. Sententiã in priori instantia latã, videntur distinguerẽ punctum probatæ iniuriæ, siue principalis quæstionis, à puncto æstimatæ iniu-

riæ: vt prior punctus possit habere exceptionem rei iudicatæ: tum q̄ appellatũ, & non secuta prosecutio: tum q̄ Iudex, eo non attento, ad vltiora processerit. Imò & ipse Appellans, † proponendo 25 exceptiones incompatibiles & contrarias appellationi, recesserit, & ei renunciauerit, quia videtur ad Iudicẽ à quo, rediisse. *Franc. c. cum teneamur, n. 4. 5. de appell. c. sollicitudinem, n. 9. 13.* Et sunt eæ sententiæ præiudiciales causæ principali: Si enim alia, quam condemnatoria sententia, reliqua fuisset, Iudex malè declarasset cognitionẽ super iniuriæ taxam. Nulla itaq; ratione absolutoria expectanda fuit: argumento ab antecedente ad consequens, & econtra. Et à tacitis ad expressa. Facit in simili, præambula delationis iuramenti, quæ certum præiudiciũ continet; & est *tex. in l. si inter, §. dato iuramento, de iureiur.* vbi dicitur, aliud nõ quæri, quam an iuratum sit, remissa quæstione, An debeat? His tamen obstat, q̄ hoc casu vltima demum sententia expressè condemnatoria secuta est, vt ex forma eius patet: quo casu puto sufficere, si postmodum appelletur, licet ante sit ommissa appellatio, prout in simili recipiuntur in Camera, non attento, quod à delatione, intra decem dies non fuerit appellatum. Præiudicia allegat *Myns. obs. 39.* per ea, quæ notant *Id. in l. generaliter, Cod. de reb. cred. & d. §. dato.* Concludo igitur, vtrunque punctum deuolutum esse ad Cameram, & insuper, iurisdictionem fundatam.

Actionem probatam hisce modis, vt latè deduxit dominus Referens, quod & ego approbo: Moueor insuper, q̄ etiam in criminalibus semiplenè, † & de per se insufficientes probationes 26 iunguntur, ad faciendam plenam probationem, præsertim vbi agitur de pœna pecuniaria imponenda. Et vbi causã † est decidenda per Principẽ, 27 vel eius suprẽmã cõnsilia: tunc enim plura indicia iungi possunt ad condemnationem etiam corporalem, saltem extraordinariam: ita refert & sentit *Clar. lib. 5. §. si. q. 63. num. 9. post Grammat. decis. 11. & 29. n. 13.* Idq; tantò magis in hac nostra facti specie, per argumentũ à minori ad maius: si id, q̄ minus inesse videtur, inest & id, quod magis. Inde concludo cum dominis Referentibus, bene iudicatum, in puncto principali, iniuriæ illatæ: & si quo modo fieri potest, in procuratorem ferendã sententiam. Sed in puncto der *Bestimmung* siue taxæ, sententiam reformandã. Et quidem ad minorem summam, ex pluribus causis, passim in negõcio considerandis, tam ex qualitate litigantium, quam verborum, ex quibus iniuria causata dicitur, vbi tanta grauitas & magnitudo non existit, vt recompensã in magnam, & Reo vix possibilem soluendo summam imponi debeat. Nec video satis liquidatã damna asserta: quin potius præsumendũ, Actorem non adeo impeditum, quin potuerit exercere suum artificium, ideoq; ad tolerabiliorem summam taxam moderarem, in eoque sententiam reformarem. Expensas compensarem, si fieri possit. Sed cum dominis. Quo ad summam cum domino Bgg. concludit.

D.L. Licet semper in dubio sit prior in ab-
soluendo: hoc tamen casu secutus sententiã do-
mini Referentis, propter adminicula ab eodem
deducta, Reum similiter condemnandũ putat:
quia verò per adminicularem probationem Ap-
pellatus obtinet, parcat honori Appellantis. Re-
formando in eo priorem sententiam, eam in pro-
curatorem concipiendo, adeoque etiam taxatio-
ni factæ per priores Iudices, vellet aliquid detra-
here, facit 300. fl. suo voto taxam. D. Bqq. Saluo
Dominorum iudicio, vult taxare dritthalbhundert
Gulden/vna cum expensis vtriusque instantiæ.

Sententia preamb.

In Sachen D. Johann Grünbergers/ a's An-
walden vnd Herrn des Kriegs/von wegen Mat-
thes Bernharden/ genant Weissensfels/ Appellan-
ten/wider/ Antonium Frumman/ Appellaten/ ist zu
Recht erkannt: schwere gedachter Appellat durch sich
selbsten/ oder durch seinen vollmächtigen Anwalden/
in drey Monaten/ so ihm von Ampts wegen darzu an-
gesetzt/ ein Eynd zu Gott vnd auff das heylig Euangeli-
um, daß er lieber 300. fl. Rheinisch von dem seinen
verlieren/ oder so viel entperen/ dann die in actis ange-
zogene Schmach vnd Schäden dulden oder leiden
wolt/ daß solches gehört werden/ vnd darauff ergehen
soll/ was recht ist.

Definitiva post prestitum iuramentum.

In der Appellation Sachen D. Johann Grün-
bergers/ als Anwalden vnd Herrn des Kriegs/ von
wegen Matthes Bernharden/ genant Weissensfels/
Appellanten/ eins wider Anthoni Frumman Appel-
laten/ anders Theils/ seynd die den 5. Sept. An. &c.
N. eynkommene grauamina nit/ sonder die Sach
von Ampts wegen für beschloffen angenommen/
darauff vnd allem Fürbringen/ auch erstatttem Eynd
nach zu Recht erkannt/ daß die B. theil voriger In-
stanz zu reformiren sey/ als wir die hiemit reformiren/
nemlich der Gestalt/ daß gemeldter D. Grünberger
gedachtem Appellaten zugesügter Schmach vnd
Schäden halben/ 300. fl. Rheinisch/ darzu die Ge-
richts Kosten/ in beyden Instantien auffgelauffen/
nach rechtlicher Ermäßigung zu entrichten vnd zu
bezahlen schuldig/ als wir ihn auch darzu condemniren
vnd verdammen.

F O T V M XXIII.

In causa L. contra Episcopum L.

S V M M A R I A .

- 1 Mandata sub & obreptie impetrata sunt nulla, ne-
que tenent, neque in consideratione esse debent, et-
iam si iuri fuerint consentanea.
- 2 Mandata auocatoria, per que causa à iudicibus ordi-
nariis auocantur, sunt odiosa, & cum aliqua iudi-
cis ordinarii à quo, ignominia coniuncta.
- 3 Mendacium nocet priuilegio.
- 4 Mandata vel rescripta per sub & obreptionem impe-
trata, non tantum nullius ponderis atque momenti
sunt, sed & omnia, que inde consequuntur, etiam si
sententiæ fuerint.
- 5 Corrupto antecedente & fundamento, necessario quo
que corrumpitur consequens.

- 6 Mendacium vel falsa persuasio quando dat causam
contractui, non vllò modo valet, quod inde secu-
rum est.
- 7 In iudiciis mitius quàm in contractibus agitur.
- 8 Præceptum iudicis, cui per rerum naturam parere
non potest, nullius est momenti.
- 9 Iudex ignorans si aliquid impossibile præceperit, valet
quidem præceptum mero iure, ope vero exceptionis,
vel per restitutionem in integrum rescinditur.
- 10 Executio iudicati non tantum solet suspendi, sed solu-
ri dari repetitio, si falsis instrumentis circumuenta
esset religio iudicantis.
- 11 Instrumentis falsis si quis se conuictum probare po-
terit, ex integro, etiam si non prouocauerit, de cau-
sa audiendus est, saltem per restitutionem in inte-
grum.
- 12 Tempore intermedio à circumuentione si quid fa-
ctum, non attenditur, sed in odium circumue-
nientis retrahitur iuris dispositio & effectus,
ad initium, & tempus ipsius circumuentionis.
- 13 Mentiendi improbitas nemini prodesse debet, vt cun-
que aliquandiu celata fuerit.
- 14 Legatione pro ciuitate si quis functus est, aquisitum
est, vt restituatur, sine procuratorem habuerit, sine
non.
- 15 Aduocato carere, est carere magna parte defensionis
debita.
- 16 Is qui praesidi obreperit, nihil agit. & n. 28.
- 17 Is, qui veritatem precibus non adiecit, subscriptione
vti non potest.
- 18 Ex initio falsi commissi, iusta possessio non paratur.
- 19 In iudiciis maxime initium spectandum est.
- 20 Res scelere quaesita, etiam heredi, qui tamen plerum-
que fraudis & doli, per defunctum commissi, nescius
est, auferenda.
- 21 Mandata extra intentionem mandantis operari vel
extendi non debent.
- 22 Procurator vtrum sit soluendo, nec ne, aliquando in
iure & rei natura consistit, & aliquando in facto.
n. 23. & 24.
- 25 Iudex non supplet ea, que sunt facti, nisi nota sint ipsi,
tanquam iudici, vt puta, quia scripta.
- 26 Aduersus procuratorem si soluendo fuerit, quando do-
minus regressum habet.
- 27 Procurator quando in mala fide esse censeatur.
- 29 Dilationes & prorogationes omnes sunt abbrevian-
de, magisq; odiose, quam fauorabiles.
- 30 Dilationes & prorogationes nulla, nisi cum causæ co-
gnitione, concedi debent.
- 31 Mandatarius ex mandato semel suscepto non tantum
de dolo & culpa leui, sed etiam leuissima tene-
tur.
- 32 Pœne condemnatio recte fit, etiam si calumniöse sit a-
ctum; Et sola contumacia attenditur in pœna. nu.
33.
- 34 Pœna pecuniaria dicitur multa, & non priuatum
ius, sed magistratum respicit.
- 35 Mandatum continet duo, respectiue partitionem, aut
causæ allegationem.
- 36 Rei grauiorem contumaciam committunt in non pa-
rendo

- rendo iudicis precepto, quam in eo, quod non producant causam, vel prorogationem non petant.
- 37 Sententiam vtramque iuste latam vnde appareat. & n. 38. cum seq. seq.
- 38 Legitime quod factum, non facile retractari debet.
- 39 Princeps non potest alicui auferre ius suum.
- 40 Consilium mutare in preiudicium alterius, nemini licet.
- 41 Restitutio causa principalis licet regulariter omnia redintegret, etiam medio tempore facta, si dependentiam ab ea habeant: tamen non rescindit ea, qua suum perfectum esse sunt adsecuta.
- 42 Per gratiam non debet vni concedi, quod alteri auferatur.
- 44 Remedium extraordinarium, presertim in preiudicium alterius quaesitum, non habet locum, quando ordinarium competit.
- 45 Fides mala & supina negligentia dolo equiparatur.
- 46 Negligentia arguitur in eo, qui cum remediis opportunis ad actum vni posset, & id non facit.
- 47 Ignorantia affectat a non longe abest a dolo.
- 48 Negligens facere id, quod ratione officij tenetur, dicitur in dolo esse.
- 49 Procuratores regulariter tenentur de neglectis.
- 50 Negligentiam alicuius commendare, nihil aliud est in effectu, quam manifestam negligentiam & culpam approbare, & sic alterius negligentiam, suam propriam facere.
- 51 Causa proxima & immediata attendi debet.
- 52 Mora, in hoc casu, duplici causa purgari potuit, vt n. 53. 54. 55. 58. 59. 60. 61. 62. & 63.
- 56 Contumacia presupponit citationem.
- 57 Citatio in mandato corrumpit, quando stat in falso presupposito iurisdictionis, ex causa detentata iustitia.
- 59 Exceptio sub & obreptionis non tantum principale, sed & arctius mandatum cassat, & subsecutas sententias.
- 60 Exceptio sub & obreptionis opponi potest ad impediendam executionem, ne quis lucraretur ex mendacio.
- 63 Contumacia nunquam ita puniri potest, vt quis causa cadat, sed est arbitraria.
- 64 Contumacia purgari potest per distinctionem.
- 65 Causa est efficax occasio, qua deficiente, deficit quoque occasio natum.
- 66 Occasio denotat causam remotiorem, accessoriam & mediatam.
- 67 Lesio est proxima causa restitutionis. & non minoris et as.
- 68 Conditio siue causa, si tempore acquisito adsit, licet ea postea deesset sufficit. & num. 69.
- 70 Heredibus scriptis, etiam post mortem testatoris bonorum possessio semel nata competit.
- 71 Causa remota quando cessat & remanet proxima, tunc impedimentum non aufertur. & n. 72.
- 73 Cessante contumacia, cessat pena pro tempore futuro.

Obseruandum, sententiam exequendam duobus locis false translata: quia addit verba (de bonis d. Henrici detenta) Et hoc probat exemplar Gallicum: inde apparet, bene exceptum 19. Iunii Anno 76. artic. 26. Se descendisse in sententiam

Dominorum 20. Decemb. Anno 75. latam, ob tardius productum scriptum, & quia nondum constabat de sub- & obreptione, sicut nunc, nec causa allegatae erant tardius producti scripti. Post modum vero Wilhelm, produxit vltiores exceptiones, cum actis sigillatis, quae recognouit Actor: vbi deducitur impossibilitas, vsq; ad art. 63. Tarditatem vero in producendis causis excusant, eo quod tempestiue quidem illas transmiserint, sed nuncium impeditum fuisse. Quare allegata Mysingeri decisione 62. cent. 2. petunt; se oblata etiam cautione de iudicio fisci, iudicari soluendo, & expensas rerardati processus, aduersus declarationem poenae restituui, & iuri esse conforme: c. i. de dolo & contum. l. sancimus. ibi Bald. C. de iud. ordin. tit. 46. part. 3. in articulo, 65. vsque 71. Secundo: Idque tanto facilius permitendum, cum arctius mandatum contineat clausulam, adducendi causas, & c. vtroque puncto. E. his subiecti in petitione Reorum, artic. 69. declarari, mandatum sub- & obreptionis, nulliterque impetratum, male vexare Reos, & Actorem, ratione temeritatis & malitiae punire. Quae quidem petitio finalis & conclusiua est, in qua nulla fit restitutionis mentio, sed magis ad absolutionem & cassationem tendit: ita vt videri possit in artic. 69. perfunctorie tantum restitutio petita esse. Atque in sola petitione absolutionis, propter sub- & obreptionem, tanquam posteriori, & postremo loco dictis exceptionibus annexa Reos conqueuissit, & a priori illa in d. artic. 69. velut obiter facta, ipsos resiliisse, per Dd. l. pacta nouissima. C. de pact. vbi Ias. n. 3. Henning. God. consil. 109. de prescriptione pignoris primo.

Atque inde est, quod ipse Dominus Referens in sententia 14. Iunii lata, suo voto nullam volebat restitutionis expressam mentionem fieri, sed simplicissime inhaerere sententiae 20. Decemb. latae. Neq; enim id solum, quod nuncium per negocia remoratum diceret citati, prout sufficienti causa restitutionis, ad poenam iam declaratam computabat; Etiam si maxime fuisset restitutio conclusiue & finaliter petita, quod factum non est. Neque enim, dum vlla alia causa, non obseruati preiudicialiter acceptati termini, adferebantur. Ira eius sententiae, pro tunc propositis, ipsum nondum pergeat. Vtrum tamen qui sententia aliter lata est, & Reus restitutio expresse denegata, tam ratione executionis, quam poenae iam declaratae. Et tres mentes ad parendum, in vtroque puncto iniuncti, cum combinatione solita, vel poena, vt ibi. Wilhelm. 6. Septemb. dedit petitionem pro prorogatione termini: Brentz generalia contra. Caeterum ad hanc submissionem nunquam interlocutum est. Sed 28. Nouemb. Wilhelm dedit vltiores exceptiones, cum annexa petitione vltiore, pro restitutione in integrum, quatenus opus esset, vt in art. 86. in quibus exceptionibus, art. 67. negat vsquam in reru natura esse, id quod exequi petitur: & quinque proxime sequentibus articulis asserunt, aliam quidem latam sententiam, sed illam transactione sopitam esse, atque in super eadem, ex parte Rei, nimirum

Dionysii, satisfactum esse. Et vtra, ad 55. artic. exclusiue, deducit causæ principalis iniquitatem, & in exequendo possibilitatem. Moram vero & in causis producendis tarditatem, excusat in art. 56. cum duobus seqq. propter termini, §. Septem. Anno 75. acceptati breuitatem, lociq; distantiam, multiplices occupationes Reipublicæ causa. Grauiissimum morbum quoq; Aduocati, cui præsentis, & alias Germanicarum causarum cura & patrocinium commissa erat, in artic. 59. vsque ad 65. Allegant quoq; motus bellicos, & occupationem in componendo dissidio militari, exorto in ciuitate Traiectensi superiori, quam sibi dicit cum Rege Hispaniarum, pro indiuiso communem esse. Item art. 65. 66. 68. Comitua prouincialia celebrata, ad conficiendam pecuniam pro exsolutione decreti subsidii pro cõseruatione limitum Imperii. Scabinos quoq; Leodienses, per id tempus occupatissimos fuisse, Reipublicæ causa, & publicæ municipalis functionis ergo: artic. 69. 70. Et tamen offerunt, se velle probare, quod inter tot Reipublicæ causas, susceptas occupationes, ante 28. Octob. literas & exceptiones procuratori perferendas nuncio ordinario, vrbis Aquensis consignauerint, sperantes, quod ante terminum exhiberi poterant, sed mora nuncii factum, quo minus in termino produci potuerunt. Et adducunt, Actorem falso instrumento vsum esse, & sententiã ab ipso, ad circumueniendum Iudicẽ, confictam esse. Item quod si præcise cogerebantur, mandatis executis obtemperare. Tunc Actor idem bis consequeretur, nimirum & rem & precium: neque posse se tradere rem, de qua nulla vnquam sententia lata fuit, & ad officium Iudicis pertinere, ne prætextu styli, propter aliquot dierum lapsum, à iustis exceptionibus decidant. Et eadem fere, quantum ad causam principalem attinet, repetunt: in cõfutatione sua 9. Maii, Anno 78. producta sub n. 16. Sub cuius cõfutationis finem negant, quod ex aduerso obiectum erat, causas restitutionis, & nullitatis, nouissime productas, nequaquam easdem esse; cum causis prius exhibitis, sed tam in iure, quam in facto, longe diuersas: Et quod ad instantiam Actoris, inchoata coram inferiori iustitia, executio ad noitiã Reorum tunc demum perueniret, cum Iohann. Schurff. Substitutus Episcopi Leodiensis Syndicus, Mense Nouembri, proxime præteriti Anni 77. eam promoueret, idque suo iuramento affirmare offerunt.

His ita præmissis, quamuis ex supplicationibus ab Actore in Camera exhibitis, atque illis, adiuncta ex Gallico in latinum translata sententia prætensa, accedentibus actis, per Citatos productis, quorum sigilla Procurator Actoris recognouit, satis mihi constare videatur, promotoriales, & mandata executoria per Actorem sub- & obreptiue impetrata tacitis illis, quæ si expressisset, nullo modo dictos processus impetrasset. Neque enim vnquam illi iustitia vel executio eius sententiæ, quæ reuera lata non fuit a Iudice competente, denegata fuit: ita vt dubium videri possit, vtrum

in iurisdictione fundati: *ex tit. 26. part. 2. ordin. Vbi ad hoc requiritur, quod iustitia debet esse notorie denegata, vel protracta: Attamen quatum ad iurisdictionem attinet, hæctenus putat satis sustineri posse decretos processus, vt per Bart. & Dd. omnes, in l. ex quacunque. in 1. lectur. n. 6. vers. nota, quantum ad iurisd. si quis in ius voc. non ser. Mynsing. consilio 26. num. 5. Gail. lib. 1. obs. 14. in princip. Nam nostro casu, si narrata vera essent, non dubium, quin ex d. tit. 26. in iurisdictione fundati essemus, maxime si non subtrahisset Iudicem loci, sub cuius iurisdictione bona, in quæ ipsi possessio vel immissio decreta fuit, sita sunt, se pro executione decretæ immisionis adiuuasse, adeoque illa parua præcepta ab illo obtinuisse.*

Ad mandata litigantium quod attinet, Actor contituit viua voce, coram Notariis Mohr & Winpffhelen, vt constat ex proto collo; & quadoque etiam præsens, & absque dubio sciens prudẽ patitur procuratorem suum Brenslin pro se agere: *Cassio. ad regul. Cancell. de procurat.* (est post decision. Bellam.) *decisio. 3. m. 5. col. 342.* Citorum mandata duo sunt: quorum alterum, scilicet Scabiorum, sufficiens est, etiam ad petendam restitutionem. Cæterum de mādato Episcopi dubitari possit, vtrum in iudicio restitutorio sufficiat? putat & hoc tamen sustineri posse, vt per *Schenck. notat. de procur. li. 1. progymnasmat. post Panorm. in c. coram. de restitut. in integr.* In quam sententiam eo procliuior est, quod restitutio non videtur principaliter, sed velut incidenter, & quatenus opus est, peti maxime cum inter Scabios & Episcopum, tanta sit coniunctio & rationis paritas, vt quicquid tandem decernatur, diuerso iure censi non possint, sed vnus victoria vel casus, alteri quoque in hac causa prodesse, vel non, debet.

His ita præmissis, ex actis & facto quæritur, Primo, an vteriores illæ exceptiones 28. Nouembris, Anno 77. & additionales 27. Febr. Anno 78. vna cum cõfutatione 9. Maii eod. Anno productæ, ad probandum admitti debeant, nec ne. Secundo: vtrum tertius interueniens mandata executionem impedire possit?

Ad primam quæstionem quod attinet, cum videam excipi de sub- & obreptione, tam promotorialium, quam executorialis mandati, quæ per obtrusionem cuiusdam chartæ, gallica lingua cõscriptæ, quæ id non continet, quod Actor in sua supplicatione asseuerauit, quodque in copia latina falso, aut peruerse saltem, redditum, atque etiam additum, siue subiectum est, in qua quoque omissum dicitur, quod ad impetrandos processus omnino, vel certe candidius translatum esse oportuit. Putat, officii nostri esse, admissis dictis exhibitis, de veritate precum inquirere, vt si fraus interuenisset, & Actorem falso translata sententia, aut aliis falsis allegationibus, religionem iudicantis circumuenisset, manifestis probationibus fuerit ostensum, de omni negotio ostendamus, eisdemque circumstantiis omnibus mature ponderatis, tandem statuamus, vtrum Reos, aduersus emanata

mandata, atque eorum intuitu, latas sententias in integrum restituere velimus: An potius impetratos processus in irritum reuocare, & cassos, atque irritos pronunciare. Quod equidem, saluo aliorum iudicio, facere malit: Ex rationibus sequentibus.

- 1 Certum enim, quod mandata, † sub- & obreptione impetrata, nulla sint, si non ipso iure, certe ope exceptionis, quæ hic opponitur. Quodque subreptione impetrata, neq; teneant, neq; in consideratione esse debeant, etiam si iuri fuerint consentanea, & sanctus sit ille, qui impetrauit, maxime si fuerint auocatoria mandata, † per quæ causæ à iudicibus ordinariis auocantur, vt in nostra causa, ex tit. 26. ordin. propter allegatam denegationem iustitiæ factum est. Est enim talis auocatio odiosa, & cum aliqua Iudicis ordinarij à quo, ignominia coniuncta *l. et si ll. ibi Dd. C. si contra ius vel vit. publ. vbi Bald. ait, mendacium, † nocere priuilegio, & not. las. in l. prescriptione numer. 33. C. eod. Hippol. de Marfil. sing. 284. in princip. & singul. 431. numer. 1. Casiod. ad reg. Cancell. de appellat. decis. 2. numero 6. idem de rescript. decis. 1. per tot. colum. 324. Corn. consilio 227. numero 4. volum. 2.* Neque tantum ipsa scripta vel
- 4 mandata, † per sub- & obreptionem impetrata, nullius ponderis atque momenti sunt, sed & omnia, quæ inde consequuntur, etiam si sententiæ fuerint: *c. constitutus. de rescript. & cap. fin. de prebend.* Quorum illud in specie, & verbis disertis, in literis executoriis, quæ quia obreptione erant impetrata, iubet Pontifex omnia irrita decerni, quæ tale mandatum & literas subsecuta fuerant. Cum quibus iuribus concordant *c. cum dilecta. c. ad audientiam. c. postulasti. c. super literis. eod. tit. de rescript. cum similibus Gratianus apud Vestrum, libr. 3. c. 9. numero 14. quæ refert & sequitur Soares, in verb. Rescriptum, in commun. opin. numero 58.* Neque id absque ratione ita constitutum: Quia † corrupto antecedenti, & fundamento necessario quoque corrumpitur consequens: *Mynsing. consilio 6. numero 32.* Et optime pro hac sententiâ mihi facere videtur textus in *l. fin. ff. de constit. pecun.* Inde probatur, quod quâdo mendacium, † vel falsa persuasio dat causam contractui, non valet villo modo, quod inde secutum est, vsque adeo, vt, quod eo nomine solutum sit, hoc repeti possit, vt patet ex fine iam *d. l. fin. pro quo potest quoque induci d. c. fin. de prebend. & l. cum Lex. in simili ratione, cum dicit, quia per hoc deuenitur ad illam, & c. ff. de fideiussor.* Quæ licet in contractibus loquuntur, non absurde tamen etiam ad iudicia extenditur, cum nec in illis, non subsistente principali obligatione, transfusio fiat in pœnalem, adeoq; mitius † in iudiciis, quam contractibus agatur: *Bald. in l. si decesserit, col. 2. ff. qui satisd. cogant. per textum in leg. si post tres. si quis caution.* Id quod nostro casu tanto expeditius esse puto: nimirum mandata sub- & obreptione impetrata, nulla esse, neque illis Actorem ad suum compendium vti posse: Quia citati asserunt in exceptionibus, eius tenoris & efficacis sententiam, qualem iusti sunt exequi, nullam latam fuisse, vel

in rerum natura non extitisse, neque etiam bona in quæ petiit Actor immisionem, sub immediata sua iurisdictione sita esse. Et propterea non tantum iuris ratione, sed etiam per ipsam rerum naturam fieri non potuisse, vt vel mandatis, vel sententiis nostris, in puncto principali, per quas ad multæ condemnationem deuentum est, parerent. Etenim notissimi iuris est, præceptum Iudicis, † cui per rerum naturam pareri non potest, nullius esse momenti: Et à tali sententiâ sine causa appellari, *l. fin. quæ sent. sine appell. rescind. vbi glosa notat, in hoc, iuris & naturæ impossibilitatem æq; riparari: Et faciūt, quæ notant Bald. & Ang. in d. l. si decesserit: Felin. in cap. 1. accipimus. num. 2. de test. & Castrens. in d. l. si decesserit.* Vbi notat: Si Iudex ignorans, † aliquid præceperit, quod sit impossibile, valere quidem præceptum mero iure: attamen ope exceptionis, vel per restitutionem in integrum, vt ipse ait, rescindi. Posita igitur, & stante nullitate processuum, ab Actore per omnes sub- & obreptionis species impetratorum, vt supra deductum, & ex actis apparet, nimirum tacendo vera, & falsa exprimendo: Item peruertendo: & c. volo, si probabuntur articuli, siue exceptiones, vniuersum processum cassum & irritum pronunciare, nec vlla ratione attendere vel considerare, quæ ad reproductionem sub- & obreptione impetratorum promotorialium & mandatorum subsecuta sunt, per *d. l. falsam. ibi: in irritum non deuocatur: ducto argumento per locum à contrario sensu, & l. fin. C. si ex fals. instrum. iud. fides.* Neque ab hac sententiâ me deterret, quod auctoritas sententiarum latarum prius per nos, quam de causa peracta & supposititia latina sententiâ, supplicationi adiuncta, plene factis informati essemus. Prius quoque, quam de falsitate, & suppositione falsæ sententiæ, aliisque sub- & obreptionis speciebus, tam prægnanter Rei excepissent: Quia non tantum iudicati executio † solet suspendi, sed soluti dari repetitio, si falsis instrumentis circumuentam esse religionem iudicantis (crimine postea falsi illato) manifestis probationibus fuerit ostensum, per *l. fin. Cod. si ex fals. instrum. iud. fuer.*

Non obstat, quod dicitur, saltem primam sententiam, quoad pœnam, siue multam, huic conclusioni obstare: eo quod videtur ea, in rem iudicatam abiisse: quia nulla reuissio contra illam, per Reos, intra legitimum tempus petiitum est: Quia respondeo etiam illos, qui non † provocauerunt, si in instrumentis falsis conuictos se probare possunt, ex integro de causa audiendos esse, saltem per restitutionem in integrum, vt est textus rotundus in *l. 2. ibi gl. Bald. & Salic. C. si ex falsis instrum.* Quibus iuribus etiam procuratorem se tueri posse putat: Cum quoad odium legale & quoad nimiam meritis improbitatem, ita castigatur, vt penitus cedere debeat impetratis, eadem illius atq; principaliter ratio sit, per quos ad illâ deuenit, vt dicit textus in *d. l. cum lex.* Et sane si quis aliter statuatur, cõsequetur, quod Actori contra manifestas iuris scriptas

& æquis

& æquitatis rationes, proderit circumuenisse iudicis religionem: quod nullo modo admittendū est, per expressam decisionem textus, in sui ratione, quæ generalis est, in l. 1. C. si tutor vel Curat ex fals. excus. fuer. Ex quo textu constat etiam non attendi, si quid ¶ intermedio tempore à circumuentione factum sit, sed in odium circumuentionis retrahi iuris dispositionem & effectum, ad initium & tempus ipsius circumuentionis. Et merito sane: Neq; enim ¶ cuiquam prodesse debet mentendi improbitas, utcumq; aliquandiu celata fuerit, argum. l. in confirmando. ibi. vel antea celata. de confirm. tut. vel curat. His itaque expressis iuribus & rationibus, magis putat, processum totum cassandum, quam vlla restitutione opus esse. Attamen, si quis etiam velit illam ingredi viam, non grauibitur, se Comitē ei fore. Quia & illa de iure verius esse putat, ut restitui possint. Primo, per text: in d. l. 2. C. si ex fals. instrum. iud. ibi. ex integro audiuntur. vbi glossa in verb. audiuntur. & in l. fin. verb. repetitio. eod. tit. Secundo, per ea, quæ notat Mynsing. obseru. 62. cent. 2. de nuncio, tardius adferente processus: Attento eo, quod Rei in postremis exceptionibus asserant, se iureiurando velle probare, quod ita tempestiue literas & exceptiones tradiderint (vel ut ipsi loquuntur, consignauerint nuncio) ut si nulla fuisset ipsi remora iniecta, facile intra debitum tempus huc venire potuisset. Quod cum asserant ipsi Rei, non putat adeo anxie ponderandum: (quod tamen in puncto restitutionis, si forte quis propter tacitam clausulam: si preces veritate nitantur: processus aliquo modo valere putabit.) Quod de absentia Reipub. causa proposuerunt, id per vniuersum Imperium notorium est quodammodo: ipseque Imperator in literis ad nos datis eos excusat. Quod si quis tamen & hæc considerare velit, non præter rationem, meo quidem iudicio fecerit, per textum in l. 1. l. 4. l. 8. qui & ex quib. caus. maior. Considerata præcipue angustia temporis, quod præiudicialiter concessum fuit, ipsiusque loci distantia, per textum expressum in l. non enim negligentia. in fine, ibi: sed temporis angustia non potuerunt litem contestari: iam d. tit. Et ut breuiter dicam: si quis ¶ legatione pro ciuitate functus est, æquissimum est, eum restitui, & sæpissime constitutum est, eum adiuari debere, siue habuit procuratorem, siue non, per textum rotundum, in l. 26. §. quoties. vers. & sapiissime. eod. tit. de cuius conciliatione cum l. & Reipubl. & l. 1. C. & ff. eod. non putat huius loci, vel operæ precium esse, ut anxie disputetur, cum supra dictum sit, Reos etiam grauissimis occupationibus posthabitis (ut ne quid de morbo Aduocati dicatur) debitam in expediendis & transmittendis exceptionibus adhibuisse diligentiam, & ante 25. Octobris exceptiones huc perferendas, se nuncio tradidisse, atque ita in. vel 12. diebus, antequam acceptata dies venisset, intra quos utique nuncius ex Leodio huc peruenire potuisset, consignauerit. Quod si non esset, ponderaret pro restitutione, & sane concederet illam, saltem ad probandum, propter allegatum lethalem Ad-

uocati morbum: Quia carere Aduocato, ¶ est ca- 15
rere magna parte defensionis debitor: Felin. c. 1. numero 1. vers. dubito. extra, vt lit. non contest. Maxime cum probabile sit, Leodii non esse adeo benignam Copiam Aduocatorum, qui processus & stylum Cameræ perspectum habent. Et proculdubio istius, aliorumque omnium per Imperium causarum patronus, de W esterod, aliis omnibus, si qui forte sunt alii, Leodii sit melius instructus: Quare & hanc, ex clausula generali: Si qua mihi iusta causa videbitur, iustam restitutionis causam putat, si non essent exceptiones in tempore expedite: Felin. vers. secus dicas, in d. c. 1. Illud sane, si quis forte putat, propter sub: & obreptionem Actoris (quod equidem non existimat) iura Reorum ipso iure non omnino integra esse, sed illis vulneratis, remedium restitutionis adhibendum esse: Etiam contra multam iam dictam omnino ponderandum est: Quod citati ab initio iudici obtemperauerunt, neque iurisdictionem eius spreuerunt, sed per procuratorem suum obediēter comparuerunt, ac de impossibilitate petitionis, saltem generaliter, & vt dicunt Doctores, in specie Dialectica exceperunt: Atque ita eatenus saltem mandato iudicis obsecuti fuerunt, præstiturōque termino satisfecerunt: Bald. in l. 1. §. huius studij. in princip. 2. col. de iust. & iur. Ex quibus omnibus putat, restitutionem in integrum indulgeri posse, si opus esset. Veruntamen huic sententiæ de restituendo, duo maxime videntur obstare. Primo: quod ea ratione videtur Actoris ius quæsitum auferri. Secundo: Quia videtur, quod restitutio, veluti extraordinarium remedium, non habeat locum, propter ordinarium, videlicet regressum aduersus procuratorem, vt puta, qui soluendo est, arg. l. ex hoc edicto. §. plane. de eo, per quem fact. erit l. propterandum. in fin. C. de iudic. cum similib. Hartman. Pistor. quest. 36. per tot.

Ceterum respondeo: ad primam obiectionem vel difficultatem, iā supra aliqua ex parte responsum esse, quando dixi, non debere cuiquam prodesse religionem iudicantis circumuenisse: precatorem medacem debere carere impetratis. Quod utique non esset, si admitteremus in casu præsentis Actorem ex sententiis, vigore reproductorum obreptitæ impetratorum mandatorum latis, decem Marcas auri, præter litis expensas, posse lucrari, Et addo superioribus, aperti iuris esse, eū ¶ qui 16
præiudi obreperit, nil agere: Quæ verba Emphasis habent. Item, eum, ¶ qui veritatem precibus 17
nō adiecit, subscriptione uti nō posse. Imo si quis eo nomine accusatus fuerit, eum quoq; temeratoris, hæc est, vt glossa interpretatur, fallarii pœnā luere deberet. si quis obreperit pro fili. ad l. Corn. de fals. Et si ex initio falsi ¶ commissi, iusta possessio 18
non paratur, vt est textus expressus, in l. ex initio. vbi gloss. in verb. initio. ibi: siue etiam iudex. C. iam d. tit. de fals. Quis dixerit, ius, siue proprietatem decem marcarum auri, ex initio falsi commissi, siue sub: & obreptionis, Actoris quæri potuisse: In iudiciis ¶ vero maxime initium spectandum 19
est, &

est, & considerandum, qua ratione Actor, præter communem iuris ordinem, limina huius iudicij adaperuerit, *Bellam. concl. 64. n. 3. tex. in l. 3. §. scio, de minorib.* Et faciunt huc communia iura, quibus
 20 disponitur, rem scelere quæsitam, † etiam hæredi, qui tamen plerunque fraudis & doli, per defectum commissi, nescius est, auferendam esse, *l. 4. l. 12. ad l. Corn. de fals. l. 5. de. calumn. vbi est elegans text. cum similib.* Negat igitur, Actor ex initio sub & obreptionis vllum ius quari potuisse. Neque quisquam dixerit, non fuisse intentionem iudicantis, vt scilicet, etiam si preces veritate non niterentur, nihilo tamen minus Reos arctari deberent: Extra vero intentionem mandantis †
 21 mandata non debent operari, vel extendi, *argum. d. c. fin. de præbend. & dignit.* Et sane mandata illa, sub & obreptione impetrata, sunt subsecutarum sententiarum, adeoque iurisdictionis nostræ fundamenta, & causa, sine qua non.

Ad secundam, de regressu aduersus procuratorem, respondeo, vtrum videlicet regressum habeant, vel non? Id magna ex parte inde pendere, vtrum sit soluendo, nec ne? per iura supra allegata; quibus ad *do Bal. in auth. hodie, col. 1. c. de appell. decis. Capell. Tholos. num. 101. fol. 491.* Hoc vero nimirum, vtrum sit soluendo procurator, † nec ne? dico aliquando in iure, & rei natura consistere, & aliquando in facto. In iure, & rei natura consistit, † si causa fuerit beneficiæ, matrimonialis, status, infamæ, aut alterius rei, quæ non recipit interesse, aut æstimationem pecuniariam. Quo casu restitutio statim, etiã absque vltiore discussione concedi potest, *Salcy. in d. auth. hodie.*

24 Quando vero in facto mero consistit, † vt hic quantum ad pœnam siue multam pecuniariam; tunc per discussionem explorandum est, soluendo sit, nec ne, procurator, *Bald. in d. authent. hodie. vers. sed quomodo sciam, d. column. 1. & sequitur apostilator ad d. decis. Tholos. 101.* Cum vero in nostro casu, vtrum procurator soluendo sit, vel non, in mero facto consistat, & citra discussionem id nobis, tanquam iudicibus, non liqueat, neque aduersa pars ea de re in actis quidquam opponat, putat, non esse nostrum; id in facto supplere, atque ita mendaci precatore quodammodo patro-

25 cinari, cum Iudex non suppleat ea, † quæ sunt facti, nisi nota sint ipsi, tanquam Iudici, vt puta, quia scripta in attestacionibus, *per text. in c. bonæ memoria, ibi gloss. la 1. & Joh. And. in addit. de postul. prelat.* Præterea hoc non est perpetuum, quod quandoque, procurator, qui dūtaxat in omittendo eo, quod neq; lex, neque Iudex iubet, veluti est appellare, aut prorogationem petere, negligens est, dominus aduersus eum, † si soluendo fuerit, regressum habeat: sed ita demum, si mala fide hoc fecerit, vt apparet ex illis, quæ notat *Bal. in d. auth. hodie, in 1. col. vers. subdistingue, de appellat.* Sed hoc, bona vel mala fide ne omiserit prorogationem petere? rursus in facto consistit, & absque discussione nobis liquere non potest. Et sane mihi magis esse videtur, vt nostro casu, bona quã mala fide omissum esse præsumamus, cum nemo

malus præsumatur, tūc Rei cōmendant diligentiam ipsius, in denunciando terminum ipsi præstitutum. Et quis scit, num ipsi certa spes, tempestiue transmittendarum exceptionum, facta fuerit: facit, quod *not. Bal. in d. auth. hodie, procuratorem † ita demum in mala fide esse censerit, si, cum 27 potuit denunciare domino, vt appellaret, & non denunciauit, vnde, ducto argumento per loeum à contrario sensu, non male arguetur, Doctorem Wildhelmum, qui tempestiue suis principalibus, vt ipse profitetur, acceptatū terminum denunciauit, non esse in mala, sed bona fide. Non male quadrat huc, quod scripsit *Pet. de Beninten. concl. 26 n. 6. fol. 668.* Sed dixerit hic aliquis, solutiones istas non subsistere, & separatam esse causam pœnæ, à causa principali. Quod equidem nō diffitetur, attamen respondet, ad iuris effectum quod attinet, eandem esse rationem. Quandoquidem interrogatus, quid in præsentia contumacia procuratorem (de principalibus enim res est expedita) constituerit: respondebit procul dubio, ob emanata mandata. Quæ, si qua ratione impetrata sint, rursus interrogabis. Respondebitur procul dubio ex his, quæ relata sunt, quod sub & obreptione. Vnde succedit infallibilis conclusio, ex iure scripto, † eū qui præfidi obrepsit, nil egisse, 28 *l. si quis obrepsit, ad l. Cor. de fals.* Quod ad nimirū, ipsum nil egisse, nemo sane dixerit, si propter vigorem mandatorum, receptum terminum, & elapsum, decem marcæ auri ipsi adiudicabuntur. Sed statuamus, absq; præiudicio veritatis, præcepta emanata non per circumventionem iudicantis impetrata (ipse tamen multum ambigit) vtrum procurator præcise, sub præiudicio non tantum conclusionis, in puncto partitionis, sed tam grauis multæ, quæ non est de natura intrinseca causæ sed plane extrinsecum quoddam, vt *l. 1. si quis ius dic. non obtemp.* prorogationē petere deberit. Illud enim appositum iuris est, quod † omnes 29 dilationes & prorogationes sint accidendæ, seu abbreviandæ, & magis odiosæ, quæ favorabiles, vnde nulla, † nisi cum causæ cognitione, cōcedi debet. 30 Causa vero nō poterit cognosci, nisi fuerit allegata: allegari vero non potest, aut certe non debet, nisi à principali, quæ fuerit subministrata. At dicat aliquis, quotidie contrariū, & procuratores cōminisci causas, etiam à principalibus non allegatas. Respondet: Id verū potius esse in pulchro corpore huius iudicij, quæ virtute: & multa tolerari facta, quæ fieri non debebant: Et statuamus, telā illam admitti & tolerari potius quam commendari, inde tamen non consequi, qui omittit, quod præcise facere tenebatur, in dolo, vel in culpa esse. Vnde cōcidant allegationes illæ, quæ possent in eam sententiam adduci: quod mandatarius, † ex 31 mandato semel suscepto, non tantum de dolo, & de culpa, eaq; non leui saltem sed etiam leuissima teneatur. Nam, vt iam dixi, non est in culpa procurator, qui non cōminiscitur & affingit à principali suo sibi non subministratam prorogationis causam. Nec ab hac sententia eum dimoret generalis illa clausula *faciendi omnia, quæ possit principalis:**

cipalis, si praeſto eſſet. Reſpond. enim, quod nec ipſe principalis, vlla de cauſa probabili prorogationem petere poſſet. Cōcluſiue igitur putat, Actori, ad tam praeſignates exceptiones iuiungendū eſſe, vt agat in ſpecie. Et ſi nihil contra ſub & obreptionem, & allegatam falſitatem, ſiue peruerſitatem ſententiæ adduxerit, illico pronuciandū eſſe, proceſſum caſſum & irritum eſſe, vel, ſi cui magis arriferit, rem reuocandam in integrum, & admittēdas eſſe illas exceptiones ad probandum, & poſtea eas examinandas. Et ita iuſtum & æquū putat, nulla potētia, vel paupertate partium motus. Saluo dominorum iudicio, quia aliter non intelligat cauſam.

Aliud.

D. Gf. Cum domino Referente, vult audire Actorem, cum præfixione certi termini: Bil die beide Puncten zuſammen nemen / ſub comminatione concluſionis: & deinde vult caſſare proceſſus & omnia ſubſecuta, quando nihil releuanter opponitur. Cum expenſis.

Aliud.

D. N. Quoad principalem cauſam cum Referente: ſed quoad pœnam commiſſam, aliter, & in hæret ſententiis prioribus. Diſtinguit inter cauſam ipſam, & punctum pœnæ. Pœnæ cōdemnationis t̄ recte ſit, etiam ſi calumnioſe ſit actū. *Duar. lib. 1. aminerſ. diſp. th. 50. verſ. datur autē vt exiſtimo. ibi. niſi forte, per l. 1. §. in eum. circa fin. ne quis eum, qui in ius*
 33 *ret. & c. Cū ſola t̄ contumacia attēdatur in pœna, d. l. 1. Nō obſtat, quod pœna diuidatur inter magiſtratum, & partem, tamē mulcta eſt, t̄ & non priuatū ius, ſed magiſtratum reſpicit Oldend. d. loc. ſi quis ius dicit. in claſſib. Nec obſtat, Camerā non fuſiſſe fundatā, propter ſub & obreptionē. Reſpondet: Continet Madaū duo, t̄ reſpectiue, partitionem, aut cauſæ allegationem. Dato, non potuiſſe pareri, cauſæ tamē allegari potuiſſent: At hoc omiſſum, merito declaratio faciendā, l. ſi quis ex aliena. ff. de iud. Marant. part. 6. de citat. nu. 39. E. hoc loco etiam locū habet lex, quia ius quaſitum parti, non ex cauſa eius, ſed ex contumacia Rei, Oldend. claſſ. i. act. 2. Inde colligit, grauiorē cōmiſiſſe contumaciā Reos, t̄ in non parēdo Iudicis præcepto, in executione quā vel saltē in eo, quod non produxerūt cauſas, vel prorogationē non petierunt.*

Vtramq; ſententiam, tanquam iuſte latam, vbique defendi poſſe putat. Ideo nō caſſandum, nec reſtituendum. Primo, t̄ quia ius parti quaſitum. Nec obſtat mendacium, quia reſpōdet, hoc verum eſſe in ipſa cauſa, ſecus, quoad pœnā commiſſam, cuius cauſa eſt immediata, contumacia (non obreptio) vel Reorū, vel procuratoris. Inde videtur diuerſam eſſe ibi rationē. Secundo, t̄ quod legitime factū. non facile retractari, c. quod ſemel de reg. iur. l. in ambiguis. ibi Dec. de reg. iur. n. 2. Bel-
 37 *lamer. concl. 742. n. 10. prope finem. Tertio Princeps t̄ nō potest alicui auferre ius ſuū: Ergo nec per indirectam, & via reſtitutionis. Quarto: t̄ Nemini licet conſilium mutare, in præiudiciū alterius, l. poſt mortem, de adopt. maxime hoc in Principe, l. 1. 2. ne fiſc. rem, quam vendit. euinc. lib. 11. Quinto: t̄ Licet*

reſtitutio cauſæ principalis regulariter redintēgret omnia, etiā medio tempore facta, ſi dependentiam ab ea habeant; tamen non reſcindit ea, quæ iam ſuum perfectum eſſe ſunt adſecuta. Vnde contractus interim facti, rati ac firmi manent, vt eſt text. in l. fin. vbi Bald. & Salyc. C. de ſent. paſ. quem allegat Bellam. concl. 742. numero 9. verſicul. 7. & concluſion. 743. n. 6. At punctus pœnæ commiſſæ, necdum dependentiam à cauſa mandati executionis nullam habet, ſed de per ſe habet robur & effectum, & per ſententias eſt conſecutus: Ergo per reſtitutionem etiā cauſæ principalis, reſcindi non poteſt. Sexto: t̄ Quia non debet vni concedi per gratiam, quod alteri auferatur, l. fin. Cod. de ſtat. & imagin. argum. l. aſidue, C. de pignori. Septimo: t̄ Quia reſtitutio iam per ſententiam denegata, 43
 t. 52. ord. l. 3. Vnde nō videt, qua ratione poſſimus ſine ſuſpicionē cōtra ſentētiās & ordinationem iam pronuciare, c. final. de reſtitutione in integrum. Cum itaq; alia ratio nō ſit in procuratore, quam prius allegatum, non poteſt locum dare reſtitutioni. Octauo: t̄ Quod extraordinariū remedium, 44
 præſertim in præiudiciū alterius quaſitum, locum non habet, quando ordinariū competit. Fran. c. ex ratione, do appell. Sed poteſt cōſequi à procuratore, quæ quidē actio cōpetit domino, quādo etiā leuiſſima culpa exiſtit, Dd. in l. à procuratore C. mandati. ibi gl. Ergo reſtitutio recte denegata. Non obſtat, quod dicitur, procuratorem non ſoluendo, quia iam dudum à dominis diſcuſſum hoc dubium: Ergo nō bene iam reuocamus, cum Rei aliquid oppoſuerunt.

Nec obſtat, q̄ dicitur, non habuiſſe malam fidem: Ergo & c. Reſpondet, nullum iuris fundamentum eſſe, propter quod præſumere liceat, petitionē prorogationis à D. Wildhelm bona fide omiſſam: cū iudicio ſuo & ius commune, & ordinatione, & iuramentum, & mandatum procuratorium, adeoque officium ipſius, talem præſumptionem excludant: quæ omnia ipſi iniungunt, vt fideliter agat pro partibus. Quis igitur, quaſo, dubitare poteſt, culpa vel negligentia potius, q̄ bona fide, omiſſam prorogationis petitionē: cū nulla præſumptio eſſe poſſit, Doctorem Wildhelmū, vti praxeos & ſtyli peritum, ignoraſſe, ex purificatione termini maximum damnum partis, niſi petat prorogationem, ſecuturum fore, quod præcauere debuiffet, & potuiſſet? Mala t̄ igitur fides, & ſupina negligentia, quæ dolo æquiparatur. *Spec. de reſt. in integr. §. quis autem verſ. vt autem, n. 29. circa medium, potius quam fides bona, aut iuris, quod profiretur, ignorantia, in procuratore præſumi poteſt. Negligentia t̄ enim arguitur in eo, qui cum remediis oportunitis ad actum vti potuiſſet. id non fecit. Socin Sen. conf. 273. lib. 2. Niſi forte affectatā t̄ ignorantia quandā, que non longe abeſt à dolo, concedamus. glosſa in c. eos verb. affectata de tēp. ord. in 6. Gail. l. 2. obſ. 48. Facit, q̄ negligens t̄ facere id, quod ratione officii tenebatur, dicatur in dolo eſſe. Anchor. conf. 58. n. 18. Socin. ſen. conf. 2. act. 1. vol. 1. Grauet. conſil. 32. numer. 4. Adeo, vt ſi nō dolo vel mala fide id factum dicat,*

proba-

probatio eius rei ipsi incumbat, gl. c. *quamvis de reg. iur. Gail. d. loco numero 18.* præsertim si negligentia in omittendo; habeat factum aliquod adiunctum puta, contemptum Iudicis. *Grauer. dict. consil.* Et concludunt Doctores in genere: quod teneantur ꝑ procuratores tam de neglectis, quã &c. l. *si tibi Cod. de testam. tut. Soc. in d. con. 2 numero 4. 5. volumin. 1.* In huiusmodi enim dicitur culpa versari. Putat; bonam fidem non præsumi posse, nec excusari posse procuratorem, in nõ perendo prorogationem, ex tam nociua omissione. Nihil ad rem facit, quod commendarunt Reius diligentiam. Respondet enim ei locum dari non posse, cum nihil aliud sit hoc, ꝑ in effectu, quam manifestam negligentiam & culpam approbare, & sic alterius negligentiam, suam propriam facere, per text. in. c. *1. in fin. vt lit. non contest. vbi elegans glossa in verb. procuratores. Grauer. d. cons. 132. nu. 131.* Concludit petitam restitutionem in puncto pœnæ denegandam; & prioribus sententiis inherendum. Addit: Etiam cassato mandato posse consistere punctum pœnæ, quia separata sint, vt innuunt verba: allegat *Bart. & Dec. in l. cum principalis. de reg. iur.*

Præterea etiam negari potest, punctum pœnæ esse accessorium puncto mandati: nam pœna, vt æque principalis, per se, à seipsa subsistere potest, nec cessat eius validitas. *Dec. in l. cum principalis, de regulis iuris. cum habeat causam ex contumacia & contemptu Iudicis, l. quecumque, de action. & oblig. Bellam. d. decis. 742. num. 7.* Causa enim ꝑ proxima attendi debet, & immediata, *l. penult. ff. de condit. ob turp. caus. Iacob. de Beluis. c. domino guerram. His finit. lex in vrb. feud. Bellam. d. concl. num. 7. & conclus. 743. vers. item, quia res non est amplius integra.* Concludit finaliter in puncto pœnæ, vt supra. In puncto vero principali, Handlung dem Actori in specie iniungendam. Quod si nihil attulerit, denuo se declarabit.

Aliud.

D. C. Vult cassare mandatum, quia Dn. Referens tam aperta iura & fundamenta deduxit, & probauit, vt sibi acquiescendum eis conueniat. Sed tamen pauca quedam; pro confirmanda sua sententia vult dicere, & omittere dicta ab aliis. Concludit: Si actor nihil, quod releuat, ageret, vult cassare totum processum, cum expensis.

Aliud.

D. Xb. Quæstio est vtrum cassatio, vel restitutio, processus & sententiæ complectatur declaratorias & denegatorias? pro parte negatiua facit doctrina d. *Bellameræ vt supra;* quæ fundata in *l. final. Cod. de sent. pass.* Fatetur negligentiam per procuratorem commissam; quæ separata Iudicis animaduersione veniat corrigenda: Inde vero non sequi, pœnam ipsam; obreptio mādato insertam; inuiolabiliter tenere: Primo, propter æquitatem; *l. c. post edictum, de iud. Bellam. decision. 745.* Et poterat mora ꝑ purgari duplici causa, *l. etsi post tres, si quis post caus. ibi Alex. las. Bart. in l. si in sulam, de verb. oblig.* Quia ꝑ ius partis non fuerit læ-

sum. Secūdo: Et habuit mandatum tacitam conditionem: *Si preces veritate nitantur. Gail. lib. 1. obs. 14. nu. 2. 3.* donec constet de veritate. Tertio: ꝑ Præiudiciale tēpus quod habuit Wildhelm, innixum esse falsæ causæ, ideo non subsistit, & pœna erat in suspēso, ordinationis, vel arbitraria. Quarto: Contumaciam procuratoris pœna mandati non potuisse puniri: Quia ꝑ contumacia præsupponit citationem, *num. 1. 6.* Sed nostro casu, citatio in ꝑ mādato corruit, quia stat in falso præsupposito iurisdictionis, ex causa denegatæ iustitiæ. Non obstat d. *l. si quis ex aliena.* quia non competit hoc casu iurisdictione generaliter sed ex speciali causa, quæ si falsa est, corruunt omnia subsequuta. Nam sic post tres conformes sententias opponi potest *Gabr. libro 2. conclusion. de execution. rei iudicat. conclusion. prima limitat. 5.* Repetit huc vt referens attingit de mandatis, auocantibus causas ab ordinario. Quinto: ꝑ Terminus obtentus non erat peremptorius, nec arctatorius, tanquam deficiente fundamento iurisdictionis: ideo postquam fuit oppositum non de lapsō terminō curandum erat sed de viribus mandati; vnde dependet vis termini. Sexto: ꝑ Exceptio sub, & obreptionis, non tantum principale, sed & arctius mandatum cassat, & subsequutas sententias, & quicquid factum est, occasione mandati, *c. constitutus. de rescrip. u. c. fin. de præbend.* Septimo: ꝑ Ea exceptio opponi potest, ad impediendam executionem, ne quis lucretur ex mendacio, & alteri iniungam conditionem inferat: *Gabr. d. loco. limitat. 9. nu. 17.* prout notoria nullitas. *Gabr. n. 8.* Octauo: ꝑ Condemnatoria, quando actio non competit, est nulla *Gabr. de sentent. lib. 2. conclus. 8.* Nono: ꝑ item quando sententia se expresse fundat super nullo, vt hic *Vant. de nullit. ex processu. à numero 18. vsque 31.* Decimo: ꝑ Contumacia nunquam ita puniri potest, vt quis causa cadat: Sed est in arbitrio Iudicis. *Memo. h. de arbit. iud. quæst. 280. Gail. lib. 1. obs. 60. numero 6. Zaf. l. contumacia. de re iudic.* Plurimum inter est, vtrum pœna contumacis sumatur ex meritis causæ principalis: An vero alioquin ex ordinatione vel arbitrio Iudicis infligatur: Potest enim ꝑ purgari contumacia per distinctionem, vt c. *1. 4. de dolo & consu.*

Ad cōtraria respondet: Doctrinam *Bellameræ* loqui de actibus, iure subsistentibus. Item, loqui de contractibus & actibus extraiudicialibus: Secus in iudicialibus, vbi fundamentum impugnatur. Negat, hoc casu pœnam commissam separatim & seorsim subsistentem. Sed iudicem præsumpsisse ex narratis grandem pœnam. Causa itaque ob & subreptionis iustificata non posse pœnam ex iustitia causæ Principalis, & protractæ iustitiæ locum habere: sed solum in mora proponendæ defensionis, vel prorogationis.

Aliud in eadem causa.

Per rationes à Domino Referente iam expressis & in puncto exceptionum deductas, eius sententiam amplector: ita; vt actori specialiter ad eas agēdi, terminus præfigatur: An vero simul

Z 2 compræ

comprehendi & includi debeat, vel possit, & sic exceptiones sub & obreptionis, postmodum obiecta etiam quoad pœnam contumaciæ, effectum habeat? Quo loco præcipue negocij difficultas iam consiliis. Breuibus aperiendo meam sententiam, puto, negatiuam partem iure magis fundatam, nobis magis conuenientem & tutiorem (quantum ego intelligo, quia non diffiteor me posse errare) Et pro confirmatione horum, præsuppono ex his, quæ latè per D.N. allegata & deducta sunt, priores sententiâs, vt puta tam euentualem, quam declaratoriam, nec non proximâ, restitutionis denegatoriam, rite latas & validas esse. Hinc infero: causas, quæ prius pro excusanda contumacia allegatæ sunt, & quibus non attentis, eum causæ cognitione denegata est restitutio, neq; nunc locum habere posse. Rationes ante me sunt assignatæ: quibus acquiesco: In primis vero propter expressum ius, quo prohibetur, ex iisdem causis iterum peti restitutio. *l. 1. si. C. si sapius in integr. rest. pet. accedit ord. Cam. tit. 52. lib. 3.* Et nõ nulliter sententia feratur cõtra sententiâ: Idq; siue fiat directe, siue p obliquû, tacite, vel expresse, ita vt cassato mādato arctiori, eius effectus trahi non possit ad declaratione pœnæ iam commissæ. Alia enim, & diuersa est causa propria, siue proxima vtriusque, & quælibet causarum, suum peculiare habet causatum, licet originalis, & prima, siue ipsa occasio, ex mandato videlicet executoriali, sit vna & eadem. Quod vero sublata occasione, non extinguatur omnis effectus inde secutus, tenet *Bald. in c. solita, in fin. de maior. & obed. vbi vult per textum in l. finali, de rescindenda venditione.* causam ¶ esse efficacem occasionem, qua deficiente, non deficere occasionatum. Hinc dicitur quod occasio ¶ denotat causam remotiorem, accessoriâ & mediatam. *Spec. Bart. las. Alex. vt refert Tiraq. tract. cessante causa sol. 25.*

Secundo: Cumque hoc accessorium, punctus scilicet pœnæ commissæ, aliam & quidem per se subsistentem habeat causam, videlicet cõtumaciam specificam; iterum sequitur, licet principalis, vel originaria causa tollatur, tamẽ quæ inde secuta sunt, non extingui, propter rationis (vt dictum) diuersitatem. *Bal. in l. non dubium, num. 23. C. de ll per text. in lita stipulatus, de ver. obligat. in princ. Alex. cons. 4. n. 8 & 9. l. 1. & cons. 32. n. 7 & 1. 2. Dd in c. cum principalis causa. n. 3. & seq. de reg. iur. Don. à Fina in conclus. & regul. verb. principale. ponit quinque limitationes relatiue.*

Tertia: Sed & remota siue mediata causa, talis non est, vt ea sublata, etiam effectus extinguatur *gl. in l. si cum mulier, §. 1. verb. utilis, de act. rer. amotar. & gl. in l. 1. verb. te filio, C. de pact. Dyn. c. priuilegiû, n. 4. de reg. iur. in. 6.* ponit exemplam in minore, qui in integrû restitui petit, qui licet probet se minorem, non restituitur, nisi probet de læsione: quia læsio ¶ est proxima causa restitutionis, sicut hic est Contumacia, non Mandatum.

Quarto: Cui accedit, quod eo tẽpore, quo cõmissa est cõtumacia, iudicis præceptû vigeat, efficax & validum erat, & sic causa, quæ Rcos ar-

etabat ad obtemperandum existeret. Quo casu effectus etiã durat, licet causa, siue occasio postmodum desierit, *l. si quis heredem. C. de inst. & substit. vbi sufficit, ¶ conditionem momento temporis adfuisse quo adesse debuit, Bald. in l. generaliter. n. 5. C. de Episc. & Cler. ibi sufficit, si tempore requisito causa adsit, licet post ea ea cesset.*

Quinto: ¶ causæ existentia, si per eam alicui ius quærat, efficit vt ius quæsitum retineatur, licet causa ipsa postea deficiat, siue desinat per textum in *l. non putauit Prator. §. sed si post mortem. de bon poss. cont. tab. vbi post mortem ¶ etiam testatoris. hæredibus scriptis bonorû possessionem semel natam competere, textus dicit. Idem in l. si post mortem eod. tit. & Bald. in l. filiam. ff. de senator. vbi dicit: Quando ¶ causa remota cessat, & remanet ¶ proxima, tunc non auferri impedimentum.*

Sexto: ¶ Præsertim quando effectus iam est consummatus, perfectus, & in esse productus, *l. fin. C. vnde liberi. vbi repudians hæreditatem paternam, postea nec aui, delatam patri, consequi potest. las. in l. inter stipulantem. §. Sacram. n. 9. de verb. obligatione.*

Septimo: Et quando contumacia transit in specificum & peculiare delictum: Quia tunc pœna pro ea semel imposita nõ cessat, etiam si postea contumacia desinat. *Felin. in c. ex literis. n. 10. dicit: Si contumacia transit in specificum delictum, tunc pœnam pro ipso impositam intelligi perpetuam, ibid. & Panorm. extra. de consili.*

Octauo: Præsertim vbi contumacia fuisse momentanea, hoc est, vt solet dici, quæ momentaneo & vno tempore committitur, vt in *l. placet. ff. de acquir. hered. §. fin. inst. de hered. qual. & diff. Vbi agnatio quæritur eo tempore quo quis nascitur: Secus, vbi est tempus successiuum, vt in tutela, quæ consistit in successione temporis, & requirit totum tempus pubertatis: Primo enim casu momentaneæ contumaciæ, & eius multæ, non cessat eius effectus: *Panorm. in d. c. ex literis. n. 10. ibi: Si autem pœna erat momentanea, quia cõdemnavit in pœna, seu multauit, tunc est perpetua. & ibidem Felin. in specie idque maxime, quando impletus est effectus, vt volunt iura, & supra attigi.**

Nono: Denique cum pœna contumaciæ respiciat tempus præteritum, & nõ futurum, ideo eius effectus tanto minus cessat, *Bald. in addit. l. 1. ff. de offic. eius, cui mand. est. iuris. circa finem, ibi: cessante ¶ contumacia, cessat pœna, pro tempore futuro: & las. ibid. num. 61.* Idque præsertim, concurrentibus, & simul existentibus iam dictis: alias enim hoc fundamentum non satis firmum esse possit, si forte de expensis solummodo intelligatur, sine quibus nõ auditur pars, purgata cõtumacia vt scilicet præteritæ refundantur. Sed tamen adhuc obstant duæ proximæ rationes, quæ concludunt sufficienter. Possent plura ad propositum in argumentum adduci, ex materia restitutionis in integrû, & materia attentatorum, vt quando attentata reuocantur, bonitate causæ nõ atenta, *Pan. inc. bona memoria. ibi & alij. de appell.*

Deci-

Decimo: Tandem ex his, quæ antea allegata sunt aliisq; nonnullis rationibus & iuribus, etiam vsu receptum in hoc iudicio arbitror: quod commissæ, & declarata iam pœna contumaciæ, ob non factam, nec doctam partitionem, in termino ad hoc destinato, licet postmodum simul, cum causalibus (vt solet fieri) objiciatur exceptio sub & obreptionis: Imo, licet, tales exceptiones, vt puta subiectionis, & similes, demum ita probentur, vt mandatum cassandum veniat: per hoc tamen ipsa pœna contumaciæ, iam commissæ & declarata, fiscoque & parti soluta, non reuocatur. Ita vt vix auditum, fiscum, vel partem, tali casu cassati mandati, restituisse Reo pœnam cõtumaciæ, aut ab eis vnquam id exactum: Et per consequens, cassato mandato. simul cassata fuisse ea, quæ eius occasione, & per contumaciæ, specificum effectum sortita sunt. His (inquam) ad partem negatiuam, vt dixi, inuius trahor.

Inde concludo: Quoad punctum pœnæ simplicis mandati, prioribus sententiis inhæredunt: Sed in puncto arctioris mandati præfigendum ex officio terminum Actori, vt in specie agat ad exceptiones sub & obreptionis, sub comminatione cõclusionis, in eo pũcto. Et tunc oportunius dabitur occasio deliberandi, de modo pronuntiandi, an videlicet cassandum Mandatum, vel petita restitutio facienda, vel partitio, ad emanatas arctiores executoriales, pro sufficienti acceptanda. Quis & ego vnũ ex his fieri debere puto. Postremum tamen accommodatius erit si nullo ex actis constiterit, executionem factam, quæ nus per possibilitatem fieri potuit. Et sic in pũcto arctiorum, Restitutio erit superflua, per ea, quæ in priori meo voto dixi. Nec cassatione opus, cum mandato satis factum sit, & paritum mandato, quantum fieri potuit. Saluis dominorum votis.

Aliud.

In puncto declarationis vete dubitari posse, Vtramque enim sententiam, absque metu reuisionis, defendi posse: Malit tamẽ æquiorẽ, vteriorẽ & benigniorẽ illã amplecti, vt processus & pœna cassentur. Nullũ enim ius parti quæriri potuit: Nisi contra iuris regulas dicamus; obmendacium, aliquem lucrum sentire debere. Omnia ergo q̄ ex dolo veniunt, cassanda, l. 1. de act. tut. l. 2. verb. co. actus. de iudi. Et hac exceptione ipse Procurator se iuuare potest, cum contumacia hæc ficta, & negligẽtia Procuratoris, oriatur ex mendacio, & dolo præsupposito. Quoad iudicem, pœnam ex contumacia & dolo, saluam manere, non quoad partem, propter mendacium. Cum vero Imperator remiserit, non esse de hoc dubitandum. Tamen D. Wilhelmum, ratione negligentia, vult punire in quinquaginta aureos, ex officio, vel nach Ermessung inulctandam.

Sententia.

In Sachen/te. In D. Wilhelmien der Bruchel Den 4. Iunij &c. ergangen/in puncto des declaratiens Pœnsals/ für gewanter Einred vnterhur-

dert/nachmal ein Gnügen zu thun/zu allem Überflus. Vnd daß in puncto arctiorum executorialium D. Brenstin/Was sich auff vltiores exceptiones den 28. Nouemb. An. 77. einkommen/in specie zu handeln gelirt/ allenthalben Zeit drey Monat von Amptswegen angefetzt/mit dem Anhang wo sie solchem also respectiue nicht nachkommen/ werden/das es als dann bey der ermelten Bruchel endlich bleiben vnd die Sach gedachis Puncten halben/ für beschlossen angenommen seyn soll.

V O T V M XXXV.

In causa DD. contra Cœnobium D.

S Y M M A R I A.

- 1 Libellus seu grauamina quãdo causam appellationis parũ concernunt, vel illã iustificãnt. statim sunt reijcienda: licet in principali instã causam habeat. n. 2.
- 3 Litigantiũ animus & intentio ex petitione & litis contestatione rectissime colligitur.
- 4 Litigantium ius, etiam appellationis causa decisa, adhuc in incerto versatur.
- 5 Appellationis cause limites, cum appellatorum interfit sine eorum expresso consensu & prorogatione egredi minime licet, & quare.
- 6 Actus agentũ vltra eorum intentionẽ non operatur.
- 7 Nullitas si partium iura sunt clara, non attenditur.
- 8 Constitutio fracte p. u. is. quando competat.
- 9 Pœna non debet esse maior delicto.
- 10 Actionis genus in hoc casu, quare difficile appareat.
- 11 Ius piscandi in hoc nostro casu controuertitur quoad numerum. item lo. am n. 12. & excessum. 15. Sed quo ad locum dupliciter. Sci licet iuxta Britãq vniũ Anweisung n. 13. Vel secundum Aug. n. sã et n. num. 14.
- 16 Rei vendicatio non competit super re incorporali.
- 17 Iura piscandi sunt seruitutes reales.
- 18 Præscriptio temporis immemoralis non solum exceptionem tribuit, sed & actionem. Habetque locum contra Ecclesiam, num. 19. Et huius requisita quã. nu. 20. & 24.
- 21 Ius vel seruitus piscandi discontinuam habet causam, cui tempore immemoralis, licet præscribens non habeat titulum, præscribitur. & numero 68.
- 22 Ius piscandi in hoc nostro casu dupliciter in Cramoue consideratur.
- 23 Ius negatiuum quãdo possit præscribi.
- 24 Testes affirmantes præualent negantibus.
- 25 Testibus deponentibus extare memoriã facilius creditur. Itemq; deponentibus de propria scientia, quam auditu. num. 26. Item potius creditur his qui de sensu & dispatientia deponunt. num. 27.
- 28 Probationes in specie, præualent probationibus in genere.
- 29 Testi in specie deponenti, magis creditur, quam qui in genere deponit.
- 30 Libelli mutatio non permittitur post litem contestatã.
- 31 Longi temporis requisita, vt bona fides articulari & probari debet.
- 32 Temporis cursus solus, absque titulo vero vel putativo, ad præscribendum non sufficit.

- 33 Consuetudo vel praescriptio, nisi suos debitos habeat Comites, non inducitur. Nec titulum pro suo, in genere allegatum sufficere putatur. numero 34.
- 35 Praescriptio longissimi temporis contra Ecclesiam allegatur, & proponitur in illam non in modum exceptionis vel defensionis, sed actionis.
- 36 In praescriptione 40. Annorum, contra Ecclesiam, requiritur etiam bona fides, nisi quis habeat praesumptionem cum titulo.
- 37 In praescriptione contra Ecclesiam quando procedit, quod dicitur, titulum requiri.
- 38 In praescriptione tanti temporis, cuius initij memoria non extat in contrarium, bona fides & longissimum tempus non sufficiunt, nisi allegetur & probetur talis praescriptio.
- 39 De praescriptionis effectu, an scilicet actio ex ea competat, ut constat, videndum erit de bona fide.
- 40 Praescriptioni bona fidei ut locus sit, oportet allegare titulum.
- 41 Bona fides ex titulo aliquo elici vel praesumi non potest, sed debet allegari & probari.
- 42 Mala fides, si constat de antiquiore possessione praesumitur in possidente.
- 43 Praesumptio iuris qualibet ex facto insurgens allegari debet, prout & bona fides, & maxime si contra Ecclesiam tendat.
- 44 Bona fides ubi desideratur, etiam si praescriptio subsistat, tamen nullam tribuit actionem, sed exceptionem.
- 45 Iurisdictio etiam propter causa continentiam fundatur.
- 46 In actis quod non inuenitur non interuenisse dicitur.
- 47 Acta tota nisi describantur, non praesumitur pro rectitudine processus & eius iustitia.
- 48 Iudex propter non conscripta acta, in causa tam graui in expensas litis, & interesse parti, vel multa fisco applicandam, condemnandus venit.
- 49 Contra Contumaciter emanentem triplici via proceditur.
- 50 Citatus, si ob breuitatem termini comparere non possit, excusatur.
- 51 Lis in prima instantia non contestata, neque in contumaciam pro contestata acceptata, tunc de causa ista nec cognitio fieri, nec probatio institui, nec sententia ferri potest. Sin secus fieret, processus redderetur nullus. nu. 52.
- 53 Sententia contra ordinem iudicarium lata, nulla dicenda erit: Et dicitur causa sine cognitione prolata. num. 54.
- 55 Iudex super nullitate, & ipsis meritis causa principalis pronunciare, id est, sententiam nullam, & partem non fouentem iustitiam, condemnare potest.
- 56 In appellationis puncto & causa principali, litem fuisse contestatam sufficit, licet super articulis dependentibus & emergentibus quibusdam non contestetur.
- 57 Articuli si dependent a principali, & non sunt separandi, sufficit litis contestationem coram iudice, qui de principali cognouit, fieri.
- 58 Iurisdictio inde prorogari videtur, si aduersa pars non contradicit, sed simpliciter responderet, & patitur insuper testes examinari.
- 59 Conclusio est postremus actus iudicij.
- 60 Litis contestatio inducitur per responsiones.
- 61 Actor est is, qui prius prouocauit.
- 62 Libellus ineptus quibus modis sustinendus est.
- 63 Possessio ubi non, ibi nec & alia existere possunt.
- 64 Principis assertioni non creditur, in praedictum.
- 66 Praescriptionis requisita ad centum annos. (tertij.)
- 67 Bona fides de iure Canonico requiritur & non titulus.
- 68 Praescriptio 100 annorum contra Romanam Ecclesiam requiritur, alias 40. anni sufficiunt.
- 69 Probatio & allegatio tituli in hoc casu necessaria est, vel oportet tempus immemorabile probari.
- 70 Bona fides in dubio praesumitur, nisi contrarium probetur.
- 71 Aequitas & ratio suadet, interpretationem faciendam, ut appellatio teneat ne hoc beneficium appellanti auferatur.
- 72 Circa iurisdictionem in hoc casu fundandam, triplex iudicandi via consideranda venit. & numero 73. 74. & 75.
- 76 Iudex causa appellationis regulariter non cognoscit, nisi de eo, de quo cognouit Iudex causa principalis.
- 77 Appellatio non deuoluit nisi id quod deductum in iudicio pendere reperitur.
- 78 Iudicis officium in appellatione est, tantum pronuciare bene, vel male iudicatum.
- 79 Appellatio naturam litis non mutat.
- 80 Libellus qualis est in causa principali, talis est in causa appellationis.
- 81 Iudex pronuciando, bene vel male appellatum, simul etiam condemnare potest non condemnatum, si natura litis & causa hoc ipsum ex officio.
- 82 Iudex appellationis succedit iudici primo, ita ut omnia, quae primus iudex facere potuit, & debuit, ipse potest & debet.
- 83 Iudex in his, quae sibi, ut iudici manifeste constant, propriam sententiam id est ius litigantibus reddere potest.
- 84 Actio finium regundorum inter arbitrias connumeratur.
- 85 Iudici ut supplere possit quando dicatur notum esse.
- 86 Appellatio a definitiva tripli. em operatur effectum, & deuoluit totam causam principalem, n. 87. & 88.
- 89 Medium in hac appellationis causa, per quod peruenitur ad eum finem, non est curandum.
- 90 Iudex in dubio debet pronuciare, quod appellatio causam deuoluat.
- 91 Iudicium finium regundorum cur duplex.
- 92 In actione hac huius casus dua extremitates terminorum sine finium inuestiganda, & q. n. 93. & 94.
- 95 De confessione appellationum in hoc casu dupliciter constat & num. 96.
- 97 Sanctitas quorum est equalis, eorum celebratur equalis festiuitas.
- 98 Alterum latus versus Dobertin habet aliquid difficultatis, & hoc loco duo occurrunt. ut numero 97. & 98.

- 99 Presumptio libertatis, quæ iuris est, dicitur liquida probatio, & sufficiens.
- 100 Afferens seruitutem ex præscriptione, eam probare debet.
- 101 Seruitus vsus, vel vsusfructus, cum sit mixta, & causam habeat discontinuam, non minori, quam immemoriali tempore præscribi potest: ad quod quasi possessio requiritur.
- 102 Ad præscriptionem seruitutis vsus vel vsusfructus, requiritur quasi possessio, quæ consistit in scientia & patientia domini, contra quem præscribitur.
- 103 In præscriptione vsus vel vsusfr. discontinuam habentis causam, prospiciendum est de qualitate actus, an iure seruitutis, vel alio modo contigerit.
- 104 Iudex debet esse discretus, vt vel ex varijs circumstantijs, iure approbatis, præsumat, possessionem tanquam ex iure suo existere, vel coget probari, quod dominus patiebatur eum vti iure suo sciens.
- 105 Quæ iure familiaritatis, vel facultatis sunt quasi possessionem nunquam inducunt sic neque præscriptionem efficiunt.
- 106 Mala fides præsumitur per solum vsum in rebus alienis, nisi aliquid, ex quo bona fides colligi possit, probetur.
- 107 Ex permissione simplici, vel actu mera facultatis, quantocunque tempore, non oritur aliquod ius, vel præscriptio, contra permittentes.
- 108 Præsumitur in dubio vsus familiaritatis, & non possessionis.
- 109 Iudex circa modum in iudicando primo videat, quis possideat, & quantum: deinde videat circa proprietatem, & vnicuique adsignet, quod suum est, & terminos figat.
- 110 Possessionis vetustas est attendenda, dum de iure alterius non constat.
- 111 Sententia limites libelli, & quæ in iudicium deducta sunt excedere non debet.
- 112 Nullitas & iniustitia euidens & perspicua, sententiam nullam reddit.
- 113 Finis negotij alterius cause exordium fieri non debet.
- 114 Litem ex litis primæ materia surgere nefas est.
- 115 Lites ex litibus non sunt serenda, nec modus litium est multiplicandus: Imo earum materia & sones rescindenda, num. 116. Bonique officio iudicis incumbit, vt lites minuat & pro virili dirimat. numero 117. atque subditos laboribus, molestijsq; expensarum leuet. num. 118.
- 119 Litium finem esse conuenit.
- 120 Prator, quos iurisdictione sua componere potest, ad arma & rixas procedere non paritur.
- 121 Iurisdictionis defectus sententiam nullam solet efficere.
- 122 Iudicatum non potest dici ab eo, qui iudicandi ius non habet.
- 123 Clausularum salutarium (ius & iustitiam administrari. Item omni meliori modo.) vis, virtus & effectus quis, & num. 124.
- 125 Iudici quoties ex actis Rei veritas eliquet, illi permittitur, vt tam in iure, quam in factis suppleat.
- 126 Libellus quacunq; tantum ratione interpretari po-

- test, vt sustineatur, est elaborandum, etiam si verba prorsus forent improprianda & maxime quoties de cause iustitia apparet. numero 127.
- 128 Actum quemlibet interpretatione inuare contemnit.
- 129 Libelli tota vis, licet in conclusione vel petitione, tanquam in cardine versetur, & ex eis actio regulariter sit metienda, tamen clausularum salutarium subnixi adminiculis, potius ius partis ex actis resultantis, præ oculis habere quam libelli petitionem superstitiosam alligari debemus.
- 130 Camera est summi Principis consistorium: Et potius rem ipsam introspicere, quam iuris scripti solennibus adherescere debet. num. 131.
- 132 Reconuentio in secunda instantia non habet locum: Quod tamen limitatione temperatur, nisi scilicet iurisdictionem partes prorogarint, numero 133.
- 134 Iudex appellationis ex quo succedit iudici à quo, cum omnibus pertinentijs & qualitatibus debet succedere, vt sic subrogatum naturam subrogati redeat.
- 135 Consensus tacitus in iudicijs idem, quod expressus, operari solet.
- 136 Respondendo nude quasi excipitur, nihil excipi videtur vbi nihil de ipso docetur.
- 137 Iuris solennitatibus sublatis, solæ probationes solent respici.
- 138 Litis contestatio potest omitti, & actus, qui mediate eam sequitur, litis contestationis vim obtinet.

D. Referens T. Formalia iusta: Appellatum à die scientiæ. Idque liquidum esse ex actis. Superfluū esse disputare, an causa sit appellabilis, quia constat, ex *l. si quis in tantam*. actum, quod iudicium mixtum est, & petitoriū habet: *Res. Fred. in rub. de constitut. nu. 71.*

De iurisdictione, an & quatenus fūdāta: Monēt, quod in prima instantia, merita causæ non tractata; nec actio instituta intuitu eorum sed ex *l. si quis in tantam*. actū. Quod Doberti in defensionibus expresse fatetur, & sententia satis declarat. Sed iuxta intentatam actionem d. *l. si quis* formata est: à qua huc appellatum fuit. Eoque D. non solum in libelli sui petitione, sed & circa litis contestationem respexit. Id quod ab aduersa parte quoque factum est: Vt forte recte dici queat, libellum, seu grauamina, statim reicienda fuisse: quod illa causam appellationis parum concernerent vel illam iustificarent. refert se ad *l. per hanc. C. de tempor. appell. Et ibi Dd. & Salic. numero 3. Gail. obseru. 118. nu. 78* Bene enim fieri potest, vt appellans in principali iustam causam habeat, & nihilominus in processu d. *l. si quis* recte fuerit condemnatus.

Aut igitur in terminis causæ appellationis nos continebimus, & dubium non est, nos fundatos: Aut circa causæ principalis merita pronuncia bimus, & tunc aut solum, aut vna cum causa appellationis. Illud vix licebit, vt solum pronūciemus, quoniam causæ appellationis renunciatum esse non reperitur: de hoc vero dubium est: quia de nulla constat prorogatione. In quo me ad petitione

tiones, & litis cōtestationes refero. Hæc vero circa iurisdictionis prorogationem principaliter in
 3 consideratione haberi debent: Cum inde ꝑ animus & intentio litigantium rectissime colligatur, indeque dicatur, vltra petita non pronunciandum: cum nil vltra quoque in iudicium deductum censeatur: Idque etiam, quia partes in suis articulis, acta prioris instantiæ, & processum eius deducunt præcipue: & D. nullitatem illius instantiæ, admodum vrget, quod factum non fuisset, si recedere ab illa voluissent. Et licet merita quoq; ibi principalia tangantur, adde insuper probationes institutæ sint, & styli sit, vt desuper in Camera pronuncietur, quando de illis constat. Idque hic maxime fieri debeat, vt scilicet ius partiũ definiatur, ne frustra diutius sumptibus, vexentur: Præcipue verò, quod decisa ꝑ etiam
 4 causa appellationis, partiũ ius adhuc in incerto versetur, non tam quod factum, quam quid in hisce terminis recte fieri debeat, videndum est: Cum non obscure appareat, Appellantem, qui in prima instantia fuit Reus, eundem etiam hic haberi, qui in prima instantia. Et, quæ de meritis causæ principalis proposuit, ad huc finem referre voluisse, vt eluderet intencionem aduersarii, & sic potius defendere voluisse: cum nullibi constet, quod in principali causa pronunciari peti-
 5 tum. Illud etiam si appareret, tamen quoniam appellationum maxime interest, ꝑ limites causæ appellationis non egredi, certe sine illorum expresso consensu, & prorogatione illud minime licere, vt sic locum habere non putem, quod supra dictum. ne scrupulosius illa assumantur. Prout & nullitates non attendendæ: Quia hoc in suis terminis locum habet. Ac circa iurisdictionem, & si quid simile, nullitatem hic committere forte consultum non erit. Et possunt Domini recordari, quam illud sedulo, in multo minoribus terminis, in causa *Falckenstein* cōtra *Walstein* fuerit attentum. Ex quibus facilis etiam responsio patet, ad id, quod de clausula salutari dici potest, de cuius virtute *Gail. obseru. 108. libro 1. n. 7.* Et sic à fortiori, si licet supplere, magis circa ea, quæ deducta sunt, in pronunciando sequendum. Et si aliud quoque vrgere videatur: Quia illud verum existimat, circa illa, quæ in iudicium deducta sunt, aut illis cohærent, & vbi iurisdictionem fundatam habemus, vt maxime circa ea, quæ in seruandæ ac decidendæ causæ meritis necessaria sunt, officiu suum exercere latius queat, sicque aliquo subsistente: alias dicendum, Actus
 6 agentium, ꝑ vltra intencionem non operari & non entis, nullas esse qualitates. Aliter enim hoc quoque absurdum sequetur, quod cumulatio permittatur actionum, in vno eodemque libello, quarum vna ad aliam, non solum est præiudicialis, sed & per diuersa merita, ad diuersos insuper tendunt fines. Existimat igitur, in causa Principali, pronunciari vix posse: prout illa quoque nullas, vt dictum, habet petitiones, vt actio aliqua formari, vel quid in iudicium deductum

sit, aut super quo pronuciandum intelligi possit. Cui accedere potest, quod de *Werder & Dresfinger* infra dicitur. Quia vero Domini tunc temporis non obstare hoc putarunt, & rati, procedendum in referendo. Ideo in hoc etiam vult suam sententiam aperire.

Et quidem, quoad acta primæ instantiæ, vnde sententia à qua confirmanda vel infirmanda venit, putat, statim apparere, illa mutila & manca, & nullũ processum habitum, nec vllã actionem institutã: vt nimirũ sit, quod Camera pro completionem Actorum nihil decreuerit, cum *Kaden* fecerit mentionem. De nullitate igitur processus illius notorie statim, citra controuersiam constare putat: nec desuper immorandum, & licet nullitas in hoc iudicio maxime obstare non solet, quo minus in causa pronuncietur, & dato, omne illud dissimulandum sit, quod *Vant. de nullit. ex defect. process. numero 5. 6. 7.* tradit: Et attento insuper, quod nihil illorum in hac instantia emendatum sit: Tamen hoc fieri solet, quoties de meritis constat: modo apparet ex appellatorum confessione, ex *l. si quis in tantam* actum, cuius requisita, & quid in illo probandũ, ex d. l. & *Rosfred. dict. loco.* At vero de illis, vt nec aliqua Appellantis, vel Rei defensione, nihil habetur. Et licet ibi etlich *Vertrag* sint: Tamen causam non instrunt: nec sententiam, quæ lata est, concludenter inferunt: Dato etiam, quod de validitate ipsorum constaret. Nullitatem non attendo, ꝑ si iura partium clara sint: *Mynsing. cent. 1.* Et licet in hac instantia, causa, vel ius piscationis, latius deductum sit: Tamen illud omne, causam Principalem magis, quam appellationem informat, vt supra quoque dictum.

Constat vero, causam appellationis longe aliam esse, à causa Principali: cum illa in excessu consistat: hæc vero ius piscationis concernat, & constat: hæc vero ius piscationis concernat, & constat: inter alia ad d. l. *si quis* requiri, vt de possessione doceatur: & constat, dictam actionem, ratione excessus, qui intuitu des *Schmalzugs* factus est, institutam: At vero, quod in possessione d. *Schmalzugs* fuerit, in prima instantia nil docet. Sed nec de inuasiōe, aut debitis suis circumstantiis & qualitibus doctum, vel hic, vel alibi. Nec etiam concludenter illud assertũ, maxime, quod de *NN.* ponitur. Dato etiam, quod de d. actibus recte constaret, tamen dubitari posset, an inuasiō recte inferri posset, quo verbo d. l. vitur: Et non requiri dolum, vult *glossa*: Tamen putat, requiri latam culpam. Sed dici posset, quod de violentia constet, ex *Vertrag* sententiis vnd *Antwetsing*: Item ex scripto ad *Cramon*: Ita vt princeps merito, veritatẽ facti, sit secutus. Sed non putat, eam causam pro summaria haberi posse, sed requirere indaginem altiorẽ: Transactionem non receptam sed contradictam, ideo per eam possessionem non datam. *Die vbrigen Schreiben sein in effectum nicht kommen*: quia in propria causa factæ. Et constat, d. constitutionem ꝑ non habere locum, quando quis habet iustam, defendendipossessionem, causam, sed quando habet
 ani-

animum, alienam rem inuadendi. *Barol. d. loc. num. 17. & Ang. s. fin. institut. vi bon. rapt.* Et habet iniquitatem sententia, etiam ratione desj Schmalzugs/ 9 estque pœna † maior delicto, in priuatione totali: quod nō fieri debet. Et cum Cramon partiummet confessione, illius partis desj Sees/ & Appellatorum fundos coniungit, dominium non habeat, in æstimationem Rei, vel possessionis, non amissionem, debuit condemnari, *d. l. si quis.*

Quantum igitur ad causam appellationis, id est, *l. si quis, at in eputat,* nulliter pronuncian- dum esse. Si tamen Domini illam causam, ex hic deductis, quoad merita, rectius informatam purabunt. Atque ideo circa illa, non obstante nullitate, pronunciare volunt, non refragabitur, vt dicatur, male iudicatum. Quemadmodum causa Appellatio- nis, ad Principalem, fuit praiudicialis. Et quidem multo vberius illa, pro parte Appellatorum, fuit decisa, si Iudex à quo, bene pronunciaffet, & sen- tentia hic confirmaretur. Eodem modo, cum di- citur, male iudicatum, illa causa Principalis in liberis terminis consistit. Et quia vero vt ex actis constat illa inter partes controuertitur, & ius v- triusque partis in hac instantia, vtcunque dedu- ctum est, ita vt definiti illa aliquo modo queat. Siquidem illa igitur, quæ supra de nostra iurisdic- tione, quoad causam Principalem, annotata sunt, Dominis non obstant, quo minus in hac quo- que pronuncient, sic se resoluūt: Primo de actio- ne videndum; eo casu difficile erit videre de ge- nere actionis: Cum petitiones, † quæ articulis an- nexæ sunt, respiciat causam Appellationis, & nul- la expresse reperiatur, quæ causam Principalem, id est, ius piscationis concernat. Vix etiam appa- ret, quis Actor vel Reus cum Cramon illic Rei partes sustinuerit, & quæ ab illo hic proponun- tur: pro defensione magis, respectu causæ appella- tionis, quam in modum agendi, deducta videri possunt. In quo tamen, vt certius aliquid dici queat, videndum prius, quid maxime versetur in controuersia, ac super quibus pronunciarī possit.

Præcipua vero sunt, *Watenzug Schmalzug Wer- der/ & Bresting.* De prioribus duobus citra scrupulum pronunciarī potest. De posterioribus, scrupulus est, vt *infra dicitur.* Et quantum ad *Wadten/* ius quidem illud piscandi non controuertitur, in se quidem: Nam partium confessione, So haberi Cramon vñd *Doberlin auff der See mit deni Wadten zu Fischen.* Et Cramon, vt ex 22. 23. defensionali patet, nihil vltra, quoad hoc ius piscan- di, affectat, dam so weit sein Land gehet. Idque quod ex aduerso simpliciter non negatur, vt in defen- sionali 4. apparet. Qui etiam ex responsione ad 8. 9. 10. positionalem, amplius etiam confiteri, scilicet, *dasj Cramo auch eins Theils auff Holz See zuziehen hab.* *Controuertitur vero hoc ius, numero, loco, & excessu.*

ii Quoad numerum, † licet illud ex documen- tis primi Rotuli dubium esse queat, an sint 12. vel 24. quia tamen obscurum, nec contrarium doctū est: quia etiam quod sint 24. *Watenzug/* extat con-

fessio ad 8. 9. & 10. positionalem, quæ & postea ex aduerso fuit accepta: & appellatorum articuli, quibus contrarium probare conati, sunt reiecti. Et parum etiam videtur referre, quot fuerint, cum constet, non controuerti, *dasj Cramon an se nem Land nicht solt mit Wadten zuziehen haben.* 12

Quoad locum, † duplex respectus haberi po- test, scilicet, vel iuxta *Vertrag:* vt ex responsione ad 22. defensionalem, & *Anweisung/* vel secundum *Augenschein.* Quod ad *Vertrag* attinet, † fit ibi mentio, qualiter d. *See* in tres partes diuidi debe- at, prout etiam distinctis nominibus notatur: Et qualiter in praiudicium Cramons/ illæ partes sint ampliata. Quæ vero de dictis, *Vertrag vñd An- weisung* sit sententia sua, *supra dixit.* Deinde ex di- ctis testium nihil inferri potest certi, quo vel di- uersitas nominum, vel eiusmodi limites, quales quidem appellati designant, probentur. Et dato, quod de distinctis nominibus constaret, tamen ex illis eiusmodi diuisio d. *Sees/* necessario non infertur. 13

Quoad *Augenschein/* † vel locum nihil habet controuersia: quia vtrunque datus *Augenschein/* in hoc concordant. Ex quibus idcirco hoc ipsa diffiniendum erit; In quo etiam hoc notandum, (non attentis testium dictis, qui nihil certi depo- nunt) quod etiam vtrunque constet, † eiusmodi terminos, proprietatem quoque dicti *Sees/* & ius piscationis, partiummet consensu & confessio- ne inferant. Videantur ad hoc, responsio Cra- mons ad primum defensionalem. Item, articuli contradefensionales 3. 4. 5. 7. 23. 24. Cui etiam concordant; testium quorundam dicta, vt quar- ti, ad 24. contradefens. item, ad primum defens. Et patet ex interrogatorio 2. ad 1. defensionalem, & pulchre ex instrumento 1. secundi articuli. Et quod Cramon non vltra affectat *eygenthumblich/* quam, *So viel an seinem Feld steht/* est interroga- torium generale 32. in secundo Rotulo. 14

Concluderet igitur, iuxta *Augenschein/* in hoc pronuncian- dum scilicet, *dasj Cramon auff seiner Seiten desj Sees/* oder so weit der See sich an sein Land stretchet (aber nicht mit der Bresting) *Verinög Augenscheins/* wie breuchlich/ vñd von Alters her- kommen/ vñd weiters nicht, auff desj Klosters Antheil/ mit den Wadten zuziehen. Quoad *Schmalzug/* constat, illud præcipuum esse, quod in tota causa con- trouertitur. Quo casu rursus difficile, genus actio- nis constituere. Et quidem si eam partem dicti *Sees* respiciamus, so ans *Wisserunsch Feld stößt.* Quia Cramon ibi turbatus non est, & in suo illud libere vsurpare potest: nec ex aduerso, quoad hanc partem, aliquid controuertitur, (nisi forte per ex- pressum, *de quo supra*) idcirco non videt, qualis in hisce terminis actio dari possit? Sed dicendum, hoc extra controuersiam esse.

Si vero alteram partem, quæ ad monasterium pertinet, in consideratione habeamus: Tum, quia Cramon turbationem nullam narrat, quin imo ipse hoc nomine accusatus fuerit: ideo nul- lum interdictum ei dari potest. Deinde, quia (ut

per iure piscandi, sicque de re incorporali, controuersia est. Ideo nec rei vendicatio quadrabit. Quia vero ibi proprietas ad appellatos pertinet, hicque ius, siue seruitus asseritur, confessoria dari poterit.

Non obstat, quod de turbatione nihil allegatur, & quod imo Cramon in possessione eius iuris sit. Nam per appellatorum contradictionem, qui sibi etiam hoc expresse dicunt competere, quodque ibi piscati sint, satis Cramon turbari videtur. *l. sicuti. §. sciendum. si seruit. vendic. Zas. singul. intell. lib. 1. capitul. 11.* Huiusmodi iura, quae etiam est piscandi, seruitutes esse, & quidem reales, asserit, quo se remittit. Ad hanc probandam, Cramon praescriptione quae temporis immemorialis nititur. Ceterum, ea praescriptio non solum exceptionem tribuit, sed & actionem leg. *si quis emptiones. Cod. de praescript. 30. annor. Myns. obseruat. 30. centur. 1.*

19 Et locum quae habet etiam contra Ecclesiam. Re-

20 quisita quae huius praescriptionis sunt apud *Myns. obs. 53. cent. 4.*

21 Versatur vero in iure, quae vel seruitute, causam discontinuam habente, cui tempore immemoriali praescribitur, *Fab. C. de pact. num. 16.* Licet praescribens non haberet titulum, *Dd. inc. peruenit. de cens. c. si diligenti. de praescript.* Et quidem in tali iure, quod exerceri non potest, nisi ab habente ius, vel qui per eiusmodi actum illud sibi acquirere velit.

22 Ceterum hoc ius quae dupliciter a Cramone consideratur. Primo, quod scilicet in parte desu Klosters Sehe den Schmalzug sine impedimento habeat. Deinde quod exclusiue, scilicet solus, & quod das Kloster illud exercere non possit. Quoad prius, satis constat, quod Cramon non de sua tantum parte, sed de toto Sehe loquatur: vt ex 3. positionali, & 17. contradefensionali, satis potest constare. *Et in hoc militatur.*

23 Quoad posterius, quia ius negatiuum concernit, & illud quae non praescribitur, nec etiam consuetudine acquiritur, nec etiam tempore immemoriali, nisi praecesserit prohibitio, & patientia aduersarii: *Chass. tit. de forest. §. 2. numero 10.* Ita quod prohibitioni quis acquiescat: & tunc poterit per longissimum tempus praescribi. *Videndum de priore.*

24 Sunt autem requisita quae immemorialis praescriptionis, illa, quae habentur apud *Myns. §. 4. loco.* Et videtur etiam *Faber supra allegato loco* exigere bonam fidem, de iure Canonico. Sed quia non obiectum hoc, ideo non inhæret. Ponit vero Cramon in artic. 3. 4. posit. Quod den Schmalzug vltimemorialiter, super toto lacu exercuerit, & quod ab habitantibus nunquam aliter auditum. Ita fere in 19. & 20. contra defens. Et quod scientibus & tacentibus, nec contradicentibus, illud factum sit, est addit. artic. 6. Ceterum hosce articulos praeterea Actoris testes, ad eosdem, & desuper formata interrogatoria, veros dicunt, vt ex protocollo patet. Vnde simul etiam patet, quod Cramon, & maiores, non solum ipsi dictum Sehe mit dem Schmalzug gebraucht sondern auch den

andern also verheyrat. Et licet non omnes testes de 40. Annis deponant, nec Annos habeant 54. tamen fere concordant, quod a Maioribus suis ita audiuerint, & quod Cramans Better den Sehe gefisset vnd auch andern verheyratet, nonnulli expresse dicunt. Quorum quidam sunt 80. Annorum. De toto autem Sehe videntur satis constanter & concludenter deponere. Et licet quidam confundant vsu piscandi, mit dem Maden vnd Schmalzug: Tamen maioris partis depositio, de Schmalzug in terminis, & expresse sonat. Et etiam de communi opinione in specie nihil interrogati sint, nec deposuerint: putat tamen aequiualens, ex ipsorum dictis concorditer quasi elucere, & vel inde patere, quod nunquam a monasterio reclamatum fuerit. Vnde etiam putat, quartum requisitum constare, quod scilicet contrarium non obseruatum fuerit, in quo se refert ad glossam *fin. c. 1. de praes. in 6. & Balb. de praes. 2. part. 3. part. pr. num. 24.* vbi communis dicitur. Vbi nihil refert, quod testes quidam dicunt, dass des halben Streit gewest: Quia quod Cramon quiete exercuerit hoc ius, omnes concordant quasi. Putat igitur, Actionem hactenus probatam esse.

An elisa?

Hoc loco primo in genere attedit, acta, prima instantia, hucque cum ipsorum meritis, ea esse referenda: vbi sunt, Vertrag sententia de Anno 51. Befehl vnd Umweisung. Quoad Vertrag non putat esse transactionem, nec subsistere. Et dato quod subsistat etiam, tamen ad effectum non fuit deducta. Id quod ex actis illius instantiae, & tenore sententiae, Anno 51. satis apparet.

Quoad sententiam, de Anno 51. vt de nullitate taceatur, & detur, firmam esse, & aequam, tamen nihil decidi, sed decidendum, praecipio. Quoad Befehl: quia praedictis innituntur, illa que vel non tenent, vel nihil disponunt: idcirco nullum habent effectum.

Quoad Umweisung deducta est illa quidem ad effectum, ita quod Commissarii diuiserint den Sehe: Sed Cramon non acquieuit, quin expresse contra protestatus est. Et hoc ipsum ex litera D. des Klosters selbs Schreiben / satis liquet, vt ex posterioribus, quod proinde causam nouae liti & finitiae a qua, dedit. Putat igitur, hoc nihil obstat. Huc etiam repetit, quae de temporis immemorialis probatione alibi (in causa Drehsels contra Schwangen per D. N.) annotata fuerunt: quae si hic obseruentur, dicendum, Actionem non probatam. Specialiter veto circa elisionem attendendo, spectat tenore articulorum, seu fundamentum quibus Cramon d. Schmalzug sibi asserit. Vbi quatuor versantur. Primo, quod piscatus sit auf dem Wassersee. Secundo: quod quiete. Tertio, immemorialiter. Quarto, auf des Klosters Seiten. Primum sine dubio affirmatiue sonat: Secundum vero negatiue, scilicet, turbatum non esse: quod ipsemet in generali interrogatorio ponit. Tertium similiter negatiue sonat. Nam oportet, quod testes deponentes dicant, extare memoriam. Quartum, habet in se

in se speciem, auff des Klosters Seiten: dicit mo-
 24 do testes † affirmantes, præualere negatibus. De-
 25 inde facilius probari † & credi testibus, deponen-
 26 tibus extare memoriam: Item, † facilius credi te-
 27 stibus, qui de propria scientia, quam auditu, depo-
 28 nunt. Creditur etiam potius † his qui de dissen-
 29 su & dispatientia deponunt. Deinde, probatio-
 nes † in specie, præualere probationibus in gene-
 re. Et testi † in specie deponenti, magis credi, quã
 qui in genere deponit. Huc etiam repetit, q̄ con-
 stet, d. See/ tria diuersa habuisse nomina. Item,
 quod testes Actoris plerique de hac diuersitate
 nominum nihil sciuerint. Item, quod plerique de
 tempore tantum Cramonis deposuerint. Si mo-
 do rotulum Reorum intueamur, apparebit, testes
 deponere, extare memoriam: & hoc ex certa sci-
 entia. Apparebit etiam de turbatione, dissensu &
 dispatientia in specie, ac ceteris locis deponere, al-
 legata simul turbatione in specie. Et illi iuuantur
 etiam per Bertrag / quem ipsemet Actor allegat.
 Vnde colligi potest, quod Anno trigesimo, etiam
 ratione Schmalzugs/controuersia fuerit: & vel ex
 eo solo dispatientia probari posset Nam omnino
 putat, d. Bertrag / non solum ius nūt dem Waden
 zu ziehen/ sed & Schmalzugs/ causam dedisse. Hic
 etiam attendi illud potest, quod in literis primi
 Rotuli habetur, Das dem Kloster nicht allen die
 Wadenzug/ sed etiam alle andere Fischerey / nihil si-
 bi seruando, nisi quod precario permitteretur,
 quod vel solum dicta testium Actoris eneruat.
 Nam si precario, vel Cramon, vel illi quibus Ber-
 trayrat/ piscati sunt, nihil illis ad præscribendam
 sufficit. Accedit, quod dicta testium Actoris, non
 sunt concludentia, & idcirco propter prædicta, &
 ad vitandam contrarietatem, iuxta Reorum tes-
 tium dicta interpretanda: qui quoad Wusserin/
 siue Dorffpaf/ nihil contradicunt, vt sic ad illam
 tantum sint restringenda. Et licet vnus atque al-
 ter Actoris testes non in specie de Klosterholz de-
 ponant, tamen numero ab aliis vincuntur, & for-
 te pronunciaripotuerit. Quoad illam partem des
 Wusserischen Felds/ quæ versus Klosterholz spectat
 Cramoni ius piscationis esse in seipsum land: quod
 & supra quoque dictum, Rei ipsimet confessi sunt, in
 responsione, ad 8. 9. 10. position. scilicet, das
 Cramon auch ein Theils auff dem Holz See zuziehen
 hab. Concludit, Actionem esse elisam, & Reos ab-
 soluendos. Illam tamen partem, qua dicta See/ &
 altera parte, doch bey der Dresnis das Wusserinisch
 Feld berürt / daselbst mit dem Schmalzug/ zuzischen/
 Cramoni adimere non posset: & hoc fit etiam in
 sententia exprimendum. Et putat, non simpliter
 absoluendos Reos, sed simul etiam ius piscandi
 mit dem Schmalzug / vt in posterum lites euiten-
 tur; distincte describendum.

Quod ad ius negatiuum attinet, non proba-
 tum, & sic nulla elisione esse opus: quia testes lo-
 quantur tatum de tempore Cramonis, & de prio-
 ri tempore nil doctum, sed potius, quod tum das
 Kloster gefischt / nec acquieuerunt prohibitioni
 Cramonis.

Quoad Berder & Dresnis: dato etiam, quod
 non obstat, quod supra dictum: Tamẽ hic aliud ef-
 fe: Quia additionales post litis contestationem,
 data in modum defensionis: Nec priora acta eius
 vllam faciant mentionem: Ideo non potuit de-
 uolui. Sed mutatio † libelli non permittitur post
 30 litem contestatam: Ergo minus, noui aliquid in-
 ducere. Non obstat, quod responsum, quia non
 habet effectum litis contestationis. Maxime,
 quod ad Berder/ iurisdictionem minime funda-
 tam, eo, quod in libello appellationis, vt nec actis
 primæ instantiæ, aut sententia aliqua facta non
 fuerit mentio. Licet postea in articulis contrade-
 fensionalibus, ius dicti Berders deduxerit: Ta-
 men illud etiam post litis contestationem, & in
 modum potius defendendi, seu elidendi defen-
 siones Reorum, factum est. Si tamen Domini pro-
 nunciare quoque super hoc velint, putat breui-
 ter, Rei vindicatione, illaque vtili, actum esse: re-
 ferendo se ad 11. 12. 13. 14. contradefension. articul.
 & generalia interrogatoria 21. 22. 23. 24. Et ad ad-
 ditionales, vbi verbum, eigenthumblich zuffendig/
 vt sic dominium, non possessio contouertatur.
 Et hoc Actorem intendere, vt dominium habe-
 at, & Reos elidat, & vt nec ipse possessione deici-
 tur: Et sic non ad ius, sed & ad rem agat. Duplicẽ
 considerationem des Berders haberi posse, in to-
 tum, & ad partem: vt Cramoni ea pars cedat, quæ
 ex suo latere est, & e contra.

Si itaque ad partem Berders respiciamus, pu-
 tat, habere fundatam intentionem in suo latere.
 Quoad alterum, non videt, quod Cramon ali-
 quo titulo tutetur: non simpliciter sibi pertinere
 ait, & in præscriptione se fundat, quod scilicet illo
 sic vsus sit, & quidem immemorialiter (quo ipso
 probatur dominium) putat tamen, si illam etiam
 non probet, causa non cadere, sed alia præscri-
 ptionum genera sibi prodesse posse. Requisita
 immemorialis temporis non probata, nec articu-
 lata. Et vt aliquid probatum foret, amẽ per Reo-
 rum testes elisum. Quoad longum † tempus, de-
 31 sunt requisita, vt bona fides. Balb. de prescript. 1. part.
 3. part. princip. num. 4. Quæ articulari, & probari de-
 bet. De titulo, nihil docetur, sed contrarium po-
 tius, ex Rotulo, & supra dictis apparet. Ideo hæc
 præscriptio non probata. Et de præsumptione ti-
 tuli hic non multum disputandum, quia nullus
 allegatus, & solus cursus temporis, † absque titu-
 32 lo vero, vel putatiuo, non sufficit. Nec etiam con-
 suetudo, vel † præscriptio inducitur, nisi habeat
 33 suos debitos comites. Balb. 2. part. 3. part. princip. ver-
 ficul. decimo quæro. Nec putat, † hic titulum pro suo, 34
 in genere sufficere, l. finali, pro suo.

Quoad longissimi temporis probationem, hic
 recordari † oportet, contra Ecclesiarum præscri-
 35 ptionem allegari; proponi item illam, in modum
 non exceptionis, vel defensionis, sed actionis. Et
 quidem in tali, † 40. annorum, contra Ecclesiam, 36
 requiri etiam bonam fidem, est Balb. in 1. part. ver-
 ficul. quarto principaliter quæro; numero 6. item 2. part. 3.
 part. princip. versicul. sexto quæro. vbi etiam dicit, illud
 verum

verum, nisi quis habeat presumptionem: sed tum etiam titulum requiri. Et obseruato discrimine, an per modum actionis, vel exceptionis, proposita praescriptio, scilicet pro tituli dominio: quia illic titulus requiritur, hic vero non. Et quod dicitur, † in praescriptione contra Ecclesiam, titulum requiri, verum est, dummodo ius commune non resistat, seu, praesumptio iuris non sit contra praescribentem: tunc enim bona fides, † & longissimum tempus, non sufficerent, nisi allegetur, & probetur praescriptio tanti temporis, cuius initii memoria non extat in contrarium. *Balb. 2. part. 3. part. princip. versicul. sexto quero, numer. 11.* Ut igitur de effectu praescriptionis, † an scilicet actio ex ea competat: constet, videndum erit de bona fide, & dictum supra, illam hic nullo titulo fundatam. Al legare tamen † oportet titulum, vt praescriptioni bonae fidei locus sit, alioquin cadit causa. *Balb. in reper. l. Celsus, de vsur. num. 4.*

Sed non allegatum, nec probatum: vix enim putat, titulum pro suo, generaliter hic sufficere. Quanquam nec illud quoque expresse dicat, sed simpliciter allegat Actor, quod d. Werder in iustandig: Et postea dicit de possessione, vt idem sit, ac si dicat, hoc meum est, quia ego & maiores tanto tempore possedimus & vsurpauimus. Id vero non est titulum allegare, sed causam praescribendi. Bona vero † fides ex aliquo titulo elici vel praesumi non potest. Nec de scientia & patientia doctum, sed contrarium ex testium dictis apparet. Et ex transactione, & partium confessione, & sic similiter confessum, & constat, quod d. Werder mitten in Wiserintsher See lig. Imo plures testes dicunt, dass er mehrertheils im Wälen vnd Holz See lig. Accedunt etiam testes, qui dimidiam partem d. Werders ad Kloster spectare dicunt. Nonnulli etiam totum tribuunt. Ex quibus constat, etiam Reos d. Werder vfos esse: & simul quod dimidia pars d. Werders, des Klosters fuerit, nec simpliciter illud asseritur, sed cum suis circumstantiis, & testis vnus atque alter recordatur, & vidit, & ipsemet Holz davon geführt. Cui accedunt testes, deponentes, dass das Kloster mit dem Cramon des Holz halben streittig gewesen. Sed modo dici solet, quod praesumatur mala fides, † si constat de antiquiore possessione. *Balb. d. loc. n. 10.* maxime is antiquior possessor suae possessionis iustum habet titulum, vt supra dictum. Et quod antiquiores fuerint Rei, ex testibus, eorumque dictis apparet. Quin etiam debuit bona fides allegari: prout & qualibet praesumptio iuris, insurgens † ex facto. *Balb. d. loco, num. 8.* maxime, si contra Ecclesiam tendat. Nec implicite etiam, sed expresse, vide *Balb. num. 4.* hoc requisitum sua sententia desinit. Dato etiam, quod de tempore requisito constaret: tamen hac ratione naturaliter interrupta est, *Balb. 3. parte 6. part. princ. num. 3.*

Quoniam igitur, vt putat, bona † fides desideratur, dato etiam, quod praescriptio nihilominus subsisteret, tamē hoc nullam tribueret actionem, sed exceptionem. Hinc itaque, & quia Rei, contra

quos praescribendum est, titulum ipsi habent; vt supra dictum, & fuerunt in antiquiore possessione, & agatur de re Ecclesie, vbi Rei in super pro se praesumptionem habent, quae Cramoni aduersatur, & is nec titulum, nec bonam fidem allegarit, nec probarit, Reos, quoad dimidiam partem d. Werders/absoluendos. Quoad Bressnits/ repetit actionem, vt supra de Schmalzug: scilicet confessionem probatam, sed non elisam: *Expensas vult compensare.*

Sequitur votum Dn. Correserentis, D. S. in eadem causa.

Mandata sufficiunt: Formalia iusta: appellatum à die notitiae. Non obstat, quod Notarius fuerit Pontificius, & sic illegalis: quia de re vide *Rolandin. Rudolph. Bonon. in summa artis notariat. tit. de causa efficiens. fol. 1030.*

Iurisdicctio an fundata? Tria controuertuntur, nempe ius piscandi, quod comprehendit den Schmal vnd Madenzug/ das Werder vnd Bressing.

Quoad Schmalzug vnd Madenzug/ putat, satis fundatam, cum per interpositam appellationem sint deuoluta. Quoad reliqua duo, res dubio non caret, cum illa in prima instantia non deducta, nec probata, & vtrinque hic, post litis contestationem mota demum. Ratione der Bressing/ quia ad 6. contra defensioalem articulum respondetur, quod lis pendeat, putat super sedendum: si vero domini etiam desuper pronuntiandum putarint, in eum euentum etiam suam aperit sententiam. Ratione des Werders/ iurisdicctio † maxime fundata erit, propter causae continentiam, *l. nulli, de iud. iaf. in l. si duo, de iure iur. Alex. conf. 65. num. 8.* etiam si partes diuersos Iudices habeant. *Aluar. c. 1. de prohib. feud. alien. per Frid.* Accedit, quod Rei responderint ad articulos, sine protestatione, & tacite admiserint ad probandum, sic protogarunt iurisdictionem, *c. cordi, de appellat. in 6.* Praeterea etiam Index prior per immissionem in Werder/ Cramon maxime grauarit, idque eo magis, quod ante in cognitionem non venit; tamen in eo executio facta. Facit etiam clausula salutaris, *Guid. consilio 4. num. 3. 29.* Deinde videmus fieri in possessorio inducto, & in super lite contestata, tamen pronuntiari in petitorio, quando causa deinde super hoc instruitur; vt factum in causa Drechtel contra Etwangen. Hinc putat (licet praedicta tantum locum in causis simplicis querelae habere videantur, tamen quia haec causa talis, quod vix appellationis, sed simplicis querelae est) iurisdictionem, casu, quo non super nullitate, sed meritis causae pronuntiandum foret, satis fundatam.

Nullitates plures apparent: Prima, quod id quod non † inuenitur in actis, non internenisse dicitur. *Gail. lib. 1. obs. 134. num. 15.* Nec enim praesumitur pro † rectitudine processus, & eius iustitia, nisi acta tota describantur, *Myns. resp. 28. num. 33. Idem obs. 11. centur. 1.* Et Index, propter non conscripta acta, in † causa tam graui, in expensas litis, & in expensis parti,

parti, vel mulctam, fisco applicandam, condemnandus venit, *cap. quoniam contra, in fin. de transact. Gail. d. obs. 134.* vbi dicit, ita in Camera obseruari, nu. 14. *Myns. d. obs. 11. cent. 1.* Citatio aut ad totam causam facta, vel non. Si non, processus vltierius factus, nullus est. *Vant. de nullit. sent. ex defect. process. n. 27.* Si autem legitime citatus, illa citatio Cramonem ad totam causam arctauit, & sic fuit peremptoria. (ideo apponitur verbum, *peremptorie*, alias non valet citatio. *Vant. de nullit. ex defect. citat. n. 102.*) An vero Cramon contumax extiterit, vel non? de hoc non præsumitur, *Vant. d. tit. n. 12.* Id quod nec ex actis constet, nec de contrario doceri potest. *Vant. d. loco.* Si verò emanisset contumaciter, † triplici via contra ipsum procedi potuisset, vt in ordinatione Camera. Et quia forsitan tertiam elegerunt viam (scilicet principalis causæ) merito Iudex à quo, distinctionem *l. properandum, §. si vero Reus, glo. ibid. ordin.* Camera seruare debuisset, *Mench. de arbitrar. iud. quest. lib. 2. cent. 3. cas. 280. n. 8. Grauet. conf. 103. n. 8.* Et posito, Iudex aliquo dictorum modorum Cramonem citasset, tamen non in contumaciam ita procedere potuit, quia comparuit Cramon, neminem inuenit: Iterum † citatus, ob breuitatem termini non potuit comparere, ex causis allegatis per eum, *Mench. de arb. iud. quest. lib. 2. cent. 2. cas. 153. n. 1. & casu 154. nu. 1.* Deinde in prima instantia lis † non contestata, neque in contumaciam pro contestata acceptata: Ideo de causa ista nec cognitio fieri, nec probatio institui, nec sententia ferri potuit. *Panorm. c. dilectus, n. 26. de ord. cognit. alias red-*

ditur † processus nullus, *Myns. obs. 74. cent. 3.* Nam in secunda omitti potest, *Myns. obser. 1. cent. 1. Wessemb. conf. 6. part. 1. d. c. 1. de litis contestat.* Nec probatio præcessit. *Alex. conf. 139. circa fin. lib. 6. Vant. de nullit. ex defect. process. n. 38.* Quia ergo hæc sententia † contra ordinem iudicarium lata, ideo nulla dicenda erit, *Bald. in l. prolatum, n. 5. de sentent.* Et dicitur † causa sine cognitione prolata, vt habet *Vant. d. tit. n. 30. Bart. l. prolatum. Marant. 4. part. dist. 16. n. 12. vide ibid.* Iudicem autem suspectum, probat *missua, vbi dicit: Unser Kloster etc. Vant. de nullit. ex defectu iurisdic. n. 94.*

Hinc sequitur, sententiam, & alia, esse nulla. *Bald. l. non dubium, de ll.* Inde putat, super nullitate posse pronuciari, etiam si non opponatur. *Pan. cap. 1. de litis contest. n. 4.* licet Appellans non deduxerit, vt hic *CC. in cap. dilecti, de appell. Schurff. conf. 90. nu. 9. cent. 1. Myns. respons. 8. nu. 19.* Putat tamen, his non obstantibus, Iudicem † posse super nullitate, & ipsis meritis causæ principalis, pronuciare, id est, sententiam nullam, & partem non fouentem iustitiam, condemnare. *Vant. quib. modis sent. nullitas repar. n. 133.* licet sola fuisset proposita & disputata. *Myns. respons. 7. n. 64. & obs. 72. cent. 3. Gail. obs. 32. lib. 1.* Non obstat, quod in hac secunda instantia non possit habere locum, quia post litem contestationem articuli dati. Et sufficit, † in puncto appellationis, & causa principali, litem fuisse contestatam, licet super articulis, dependentibus &

emergentibus quibusdam, non sit contestata. *Panor. in c. quoniam frequenter, num. 3. vt lit. non contest. Marian. Socin. ibid. Specul. in tit. de test. §. 4.* Quia autem articuli, comprehendentes den Werder (ex quo executio etiam huius intuitu facta est, licet ante non fuit in iudicium deductum) hinc dependeant à principali, † & sic non sint separandi, 57 sufficit, litem contestationem coram Iudice, qui de principali cognouit, esse factam. *Rota, decis. 1. de lit. contest. in nou. ibi. addit. n. 4.* Deinde pars aduersa non contradixit, † sed simpliciter respondit, & passim 58 est in super testes examinari. Videtur inde prorogata iurisdictionem etiam, quoad Werder / procedendo vsq; ad sententiam definitiuam, & quia conclusio † est postremus actus iudicii, *Myns. 59 obs. 17. cent. 3.* Sed inducitur litem † contestatio per 60 responsiones, *l. rem non nouam. §. patroni, C. de iudic. ibi. Dd. Wes. conf. 6. nu. 18. Rota decis. 6. de litis contest. in nouis, per tot. Marant. in 6. de litis contest. n. 4. membr. 8. Wes. d. conf. 6. n. 19.* Concludit, super Werder etiam posse pronuciari.

Quæ actio?

Certum est, eum esse Actorem, † qui prius 61 prouocauit: Et quia Doberlin primò coram Principe egit: Ergo in prima instantia fuit Actor, † & in confessio est. Cui actioni primæ Actores, nostri Appellati, in hac etiam instantia inhæserunt, & partes adhuc inhæreere videntur, vt ex libello appellationis, & eius publicatione intelligitur, vt puta, bene appellatum, & Appellantem à petitione Appellatorum absolui, licet generalis libellus reiiciendus, *Gail. obs. 66. lib. 1.* Quia tamen nihil oppositum, sustineri debet, † *Vant. de nullit. 62 ex defectu process. n. 26.* Nec attenditur inepitudo, *Myns. obs. 5. cent. 4.* & præsumptiuè concludit, *God. conf. 1. vol. 9. & conf. 4. de iure citat. vol. 3. l. si quis intentionem. ibi. Dd.* Et potest talis libellus suppleri, & purgari, probationibus, & actis aptis. *God. vt supra. Landfranc. tit. de petit. c. 5. n. 20.*

Accedit clausula salutaris, *Vant. d. tit. ex defect. process. Capit. decis. 10. nu. 22. Corn. conf. 86.* vbi dicit: sufficere, quando de intentione constat, *Myns. resp. 18. n. 13.* tamen inhæret primæ actioni, scilicet *l. si quis in tantam.* & non negatoriæ, vel ex stipulatu, &c. Sed Iudex appellationis cognoscit, non nisi de eo, de quo prior, causæ principalis Iudex. *Marant. de ordin. iudic. act. 2. part. 6. n. 51.*

Imò eandem causam alia actione coram Iudice appellationis, quàm quæ coram Iudice, à quo, intentata est, prosequi non possunt. *Marant. d. loco, & n. seq. præsertim Appellans, c. cordi, de appell. in 6.* Iam vero, quoad actionem, vtili, & non directa conditione, *l. si quis in tantam.* actum esse putat. Quia partes ipsæmet in libellis inhæreere videntur. *Bart. ibid. num. 19. glossa ibid. in verb. earundem. §. super rebus. Menoch. remed. 9. recuperanda, numero 268.*

Quoad ius piscandi, der Watten vnd Schmalzug / refert requisita eius actionis ex *Rofred. Bellamer. Menoch. Myns.* ted nullum horum in prima instantia esse probatum. Quod Doberlin etiam,

in contumaciâ Rei, iam nostri Appellantis, procedens, per d. etiam probare tenebatur. Nam ad
63 possessionem quod attinet: vbi non ¶ possessio,
ibi nec & alia existunt. Cumque transactio non
64 præsumitur. Nec creditur ¶ Principis assertioni,
in præiudicium tertii. *Gravet. conf. 135. lib. 1. Socin. sen. conf. 65. n. 7. lib. 1. Alex. conf. 15. n. 5. Ruin. conf. 227. lib. 1. nec vllum actum seu possessionem probavit, sic etiam sententia lit. B. nullius effectus est. Quia igitur nullius titulus validus, nulla possessionis causa probata, vel allegata, sequi, nullam possessionem esse probatam, & per consequens, non commissam violentiam. Cum autem possessio sit probanda, videndum est, an in vna vel altera specie piscationis, in hac instantia, possessio probata sit.*

Quoad *Watenzug* præmittit primò, lacum habere tria nomina distincta, licet testes *Cramonis*, vno nomine vocent, den *Watenzug*. Recenset dicta testium in hoc puncto, ex vtroque Rotulo. Quia igitur testes Rotuli secundi, ætate & aliâs, superant alios testes, ideo putat, distinctos esse tres locos. Secundò præmittit, illum esse *Wiß. lacum*, qui ad *Cramons Grund vnd Boden stossen* / vt primis artic. Appellat. quem *Dobertin* credit, & omnes testes vtriusque Rotuli verum dicunt. Tertio præmittit, *Cramons Gut* per tingere *bis zu der Scheid der Gartenmühl*. Enumerat testes ad interrogat. 32. primum 3. 4. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. & 15. Appellatorû 4. 18. Concludit, hunc *Dorff See Cramonis* *engenthümlich allein seyn* / vt fatetur pars aduersa, & testes d. interrog. 32. Quarto præmittit, quod d. *See auch bey der Scheide sich ende* / & ibi incipere *der Mühl See*. Quinto præmittit, *der Mühlen vnd Holz See Dobertin* *engenthümlich zugehören* / vt primus defensionalis est in confesso.

His sic præmissis, putat quoad *Watenzug* / *im Dorff See* planâ esse rem. Nam inter partes non controuertitur hoc, ibique esse totum *Cramonis* ius piscandi.

Quoad *Mühlen vnd Holz See* / videndum, an Actores probarint possessione: Examinat dicta testium. Inde infert: Quod *Dobertin* possessionem *auff irem Grund vnd Boden* probarint, licet ad hoc non tenebantur.

An Elisa?

Ex testium dictis non obscure constare, *Cramonem* etiam vsum esse hac piscationis specie, *auff dem Mülen vnd Holz See*. Recenset testes, qui deponunt *auff dem gansen See* / *den Watenzug* vsum fuisse.

65 An *Cramon* præscripserit ius piscandi? Hoc ius ¶ habere causam discontinuam, certum esse, *Bellon. conf. 49. n. 6.* sic etiam ius lignandi. Quæ cum omnibus iuris requisitis probanda, & vna deficiente, etiâ præsumptio deficit. *Franc. in d. c. 1. de præscr. r. n. 6. Wes. conf. 11. n. 21. part. 1.* Quod ad centum annos, *Fel. c. ad audientiam, de præscript. Couar. c. possessor, de reg. iur. in 6. Gab. concl. 1. nu. 78. de præscript. Me-*

*noch. de arb. iud. q. lib. 2. cent. 1. n. 7. casu 3. prout N. in causa Drechsel contra Etwangen latissimè deduxit. Primo: ¶ Testes sint 54. annorû, Myns. cent. 1. obs. 66 30. Gravet. de antiq. temp. part. 4. Couar. d. loco, n. 84. Secundò: Communis fama & opinio, contraria nō memoria, non visum contrariû, Myns. d. cent. 30. Gorden. conf. 2. de iurisdict. per articulû principalè, non generalem, in fine, Gabr. d. loco, n. 78. 81. Tertio: ¶ testes ita audierint, viderint toto tempore vitæ ita esse, nec vnquam aliter actum. Gabr. d. loco Myns. Couarru. dd. locis. Quarto: semper audierint à suis maioribus, Gabr. d. loco. Myns. d. loco. Chassan. de iustit. §. 2. n. 8. idè tit. de forestis, §. 3. rubr. 13. n. 1. Gabr. d. nu. 81. Grau. part. 4. n. 38. vers. materia ista. Couar. d. loco, §. 3. nu. 7. 8. Non requiri titulum *Wesemb. conf. 2. num. 92. part. 1.* Nec admittit titulum in contrarium *Balb. 2. part. 3. part. princip. q. 6. n. 19. Wes. d. loco, n. 92. Gabr. d. loco, n. 45. & n. 50.* Estque communis opinio, secundum eundem n. 51. Nec scientia illius, contra quem præscriptio requiritur, *glos. dict. l. hoc iure, §. ductus, verb. memoriam. Myns. d. loco. Gabr. d. loco, num. 63. Myns. respons. 48. n. 10.* De iure Canonico, ¶ bona fides, non titulus requiritur. Contra ¶ *Romanam Ecclesiam* 100. annorum præscriptionem requiri, alias 40. annos sufficere; tamen tituli allegatio ¶ & probatio necessaria est, vel, oportet hoc tempus immemoriale probari, *dict. c. 1. de præscript. in 6. Couar. d. §. 5. & d. n. 2.* Deinde etiam bona fides, *Wes. d. conf. 38. Abb. c. fin. de præscript. & omnes ibid. Grau. d. part. 4. num. 20. Balb. 2. part. 4. part. princip. Gravet. d. loco. Paris. conf. 112. part. 1. Couarru. d. 2. part. §. 8. n. 4.* Iam igitur si dicatur, priora requisita non exactè (quia non articulata) probata esse, prout testes, quos partim recenset, non tantæ ætatis, tamen *Cramon* aduersus *Ecclesiam* illam, non tantum 40. annis, sed fere vitramemorialiter probasse, sciente & patiente aduersario, vt testis septimus Appellantis ad 13. artic. & alii, semper hoc vidisse asserunt. Habere titulum pro herede (vt opinatur) tanquam agnatus. *Couar. d. §. 5. n. 4.* latè ostendit. Si itaque non plene, tamen præsumptiuè, adeo probavit, vt onus probandi in *Dobertin* translata sit, quoad dispatientiâ. Nec enim est prohibitus, & sic pro iure suo vltus, idque creditur, quia, *er hab jbn also ererb. Balb. 2. part. 4. part. princip. Couar. d. loco, §. 7. n. 1. §. 8. n. 1. & seqq.* Et bona fides præsumitur in dubio, nisi contrarium probetur: communem dicit. *Myns. resp. 41. nu. 17.* Concludit, *Cramoni* *auff dem Mülen vnd Holz See* / etiam ius compiscandi, & in specie, *Dorff See* / sibi competere, doch daß ein jeder auff seim Land auffzusehen schuldig sey.*

Quoad *Schmalzug* *Dobertin* non deduxit in specie den *Schmalzug* / sed in genere, zu fischen. Nec ex sua parte probavit de *Schmalzug* / sed tantum, mit dem *Wadten*. Nisi quod quidam testes Appellantis dicant de eo, ad interrog. 2. vt 1. 2. 6. 7. 8. 9. 12. nominis ad primum interrog. art. Appellantis. Quia autem horum iurium possessio non probata per *Dobertin*: Et licet probata, tamen *elisa* per *Cramonem*. Nam testis 1. ad 3. art. appellat.

pellat. probat contra turbatorem, *Menoch. remed. retin. Gabr. lib. 3. de locat.* Quia autem testes deponunt quod Cramon, & eius maiores, sint alieiti auff dem Wisnischen See / vt appellat. art. 4. omnes verum dicunt testes. Sic etiam de prohibitione, cum scientia des Klosters / vt ad 7. appellationis, & 5. interrog. tertii articuli appellationis. Et testes, hoc deponentes, valde senes, nec vquam contrarium à suis parentibus audierint, vt ad 27. contradefensionalem, & ad 4. appellationis. De bona fide satis constare, quia contrarium non probatum: Ideo tantum præscriptum, quantum possessum. Idcirco hanc compiscationis seruitutem in vniuerso lacu, oder Seen / præscriptam Cramoni: *Dobertin* verò in beyden jshren / vñnd nit auff dem Dorff See / competere.

Quoad *Werder* licet possessio in 4. 5. additionalibus articulis articulatur; tamen de violentia, & animo inuadendi nihil inductum, nec probatum. Indè putat, ius & possessionem conlignandi, sonderlichen des weichen Holzs / satis probatam à parte *Dobertin*.

An elisa?

Actorum testes, videlicet primus, *Dobertinisch* / 2. 3. 4. 5. &c. refert omnes testes, qui deponunt de vsu & possessione Cramonum. Deinde & Cramonis testes examinat. Ex his dictis sufficienter probatum, vel etiam per effectum puta per fructuum perceptionem, videlicet elocando die *Wass* / possessio immemorialis, & præsumptio proprietatis eius, cui soluuntur merces: Item per vsum lignandi. Concludit, cum supra dicta omnia requisita temporis immemorialis hic concurrant, & sic probata existant, *Werder* soli Cramoni competere: Quod *Dobertinenses*, tanquam in alterius fundo seruitutem lignandi tenebantur, quod non fecerunt: *Expensis compensatis. Saluo. De Bressing non vult pronunciare. Vorum aliud in eadem causa.*

Non video, quid obstet cognitioni *Camerae*: Est enim causa deuoluta. Nec alia deficiunt. Et licet *Cæsarei* vel *Pontificii* Notarii non, nisi consentientibus partibus, possint vbique locorum conficere instrumenta: cum isti actus sint voluntariæ iurisdictionis, & sic illorum, Notariorum, potestas est prorogabilis, cum agatur solummodo de præiudicio rogantium, vt in §. 1. *auth. de tabel lion*. Sicque limitetur id, quod dicitur de eiusmodi Notariis *Pontificiis* & *Cæsareis*, secundum plures, quos refert *Felin. post Abb. in c. cum P. tabellio. de fid instrum. n. 17. & Gabr. li. 1. de fid. instrum. concl. 1. n. 5.*

Quia tamen in confessio est, appellationem coram Notario & testibus esse interpositam (siquidem solummodo illegalitas Notarii obicitur, quæ è diuerso rursus negatur) sicque dubia est obiecta qualitas Notarii: Etposito, quod ea satis sit liquida, tamen supra dicta limitatio *Abbatum*, & aliorum, videtur intelligenda in casu, quo vtriusque partis consensus requiritur, & vbi consensus partium, actui dat esse. Sed interpositio appellationis, talis non est, quia ex vnus arbitrio

dependet: Ergo, &c. argum. eorum, quæ dicit *Bart. in l. Gallus, §. & quid si, de liberis & posthumis. Felin. dicto loco.* vbi de legitimatione agitur, quæ fit interdum sine consensu eorum, quos tangit. Cui accedit, quod æquitas & ratio suadet, interpretationem faciendam, vt appellatio teneat, nec hoc beneficium Appellanti auferatur: sicque militat fuor appellationis. *Dec. conf. 356. n. 1. Wes. conf. 43. n. 162. Marant. 6. part. verb. appellatio. n. 397.* Nec verò in hoc iudicio diuersum, vsu receptum est. Hinc puto, obiectionem illegalitatis Notarii non attendendam.

Circa iurisdictionem fundandam, & triplex iudicandi via consideranda venit, vt vel super nullitate, cum reseruatione causæ principalis, vel nudè, & solummodo super iniquitate prioris sententiæ, malè videlicet iudicatum, benè appellatum. Vel, & tertio, super iniquitate (aut etiam fortè super nullitate) & simul ipsius causæ principalis meritis pronunciatur. Prima & est satis expedita, cum de nullitate processus euidenter constet, & appellationis medio ea deuoluta sit. Secunda, & etiam nihil habet dubii, & sic vtrobique fundati sumus in iurisdictione. Prior tamen, & partibus, & causæ erit expeditior: ideoque magis pronunciando ei inhærerem. Sed tertia & omnium vtilissima foret partibus: nobis verò grauior, & minus secura. Si tamen dominis placuerit, iurisdictionis fimbrias catenus extendere, tunc & ego in eum euentum non refragabor. Licet enim regulariter Iudex causæ appellationis, & non cognoscat, nisi de eo, de quo cognouit Iudex causæ principalis. *Bart. in l. 1. C. si aduers. libert.* Nec appellatio deuoluatur, nisi id, quod deductum & in iudicio pendere reperitur: sitque Iudicis & officium in appellatione, tantum pronunciare, benè vel malè iudicatum, *l. eos, C. de appellat. Ror. decis. 365. in nouis.* Quia appellatio & naturam litis non mutat, *Clem. sape, de verb. sig. & Clem. dispendiosum, de iud.*

Et qualis & est libellus in causa principali, talis est in causa appellationis: tamen per ea, quæ copiosè ante me relata sunt, negari non potest, quia Iudex pronunciando, & bene vel male appellatum, simul etiam condemnare possit non condemnatum, si natura litis, & causæ, hoc ipsum exposcat, atque eadem ratione addere primæ sententiæ, ea, quæ à Iudice ommissa fuere, *c. Ioannes. ibi Canonist. de fid. instrum.* præsertim in consistorio summi Principis & Imperii, vbi non raro id ipsū obseruatum. Cum & aliàs Iudex & appellationis succedit Iudici primo, ita vt omnia, quæ primus Iudex facere potuit & debuit, ipse potest & debet, argumento *dict. cap. cum Iohannes cap. Raynatus, & cap. Rainaldus, de testam. Rora decisione 365. in nouis.* In his enim, & quæ sibi, vt Iudici, manifestè constant, propriam sententiam dicere, id est, ius reddere litigantibus potest, *Abb. in d. c. cum Iohannes, n. 16. in si. eleganter Couarruu. in d. c. Raynatus, §. 11. n. 1.* per plures authoritates, præsertim cum iudicio finium regundorum originaliter actū sit, vt patet ex sententiis primis. Quæ actio & inter arbitrias

connumeratur, l. 2. *fi. veg. Zas. §. praterea, n. 10. Inst. de act. Menoch. de arbitr. act. lib. 1. q. 5. n. 24.* Sed dicitur
 85 esse notum, et ut Iudici, ut supplere possit, quando ex dictis testium, & attestationibus, vel instrumentis productis, coram eo, de facto sibi constat: *Innoc. in c. 1. de postul. pralat. n. 7. Rota d. decis. 365. ante si. in nouis, per iura, ut ibid.* Idque tanto magis hoc casu, cum appellationis medio causa huc peruenerit: Et punctus appellatus dependeat à causa principali, ex eaque emerferit. Nec partes in hac instantia, in nudis terminis puncti appellati permanserint, sed, causam principalem induxerint, probauerint, & plenarie disputauerint, cum clausula salutari, & (ut videtur) petitione, siue conclusione libelli generali in effectum prorogandæ iurisdictionis.
 86 Operatur insuper appellatio à se definitiua, triplicem effectum, & inter cætera se deuolutionem
 87 totius causæ principalis. *Rota decis. 361. in nouis. Innoc. in c. dilecto, de appell. post n. 2. dicit,* Appellantem post sententiam, posse excipiendo & agendo impugnare sententiã, & quibuscunque modis defendere suam appellationem. Et hunc esse unum effectum appellationis, scilicet causam ad superiorem transferre, & eius cognitionem, *per c. sollicitudinem. eod.* De hoc appellationis effectu eleganter
 88 *Phil. Fran. in d. c. dilecto, n. 18. 19. 20. concludit, per auctoritates, ut ibidem:* quod appellatio se deuoluat tam causam & articulum appellationis, quam etiam decisionem totius negotii principalis, & sic deuoluat articulum appellationis, articulum nullitatis, & decisionem eius: Item & negocium principale, ita quod de his omnibus, ad ipsum Iudicem appellationis deferatur iurisdictionis, & ipse cognoscere & decidere habeat. Idque etiam locum sibi vindicatur, quando appellatur à sententia nulla: sub distinctione tamen (de qua etiam *Vestrius lib. 8. n. 16.*) an nullitas existat vitio processus, vel sententiæ. ad hoc, ut vel ex prioribus actis pronuncietur, vel de nouo agatur. Quæ tamen distinctio hoc loco anxie attendi non debet: cum in præcipuis punctis causæ principalis, per nouas partium probationes & confessiones, huius instantiæ, Iudex nunc satis informatus sit, expediatque, causam decidi potius, quam differri, ut per *Gail. obs. 42. per tot.* & ipse finis, in quem nouus intendit, siue instituitur processus, iam existat. Sicque medium, et per quod peruenitur ad eum finem, non
 89 cutandum, *arg. l. cum seruus, de verb. oblig. l. si sui natura, quem adm. testament. aperiant.* Et supra dicta possunt confirmare, quæ refert *Vant. c. ex defect. iurisd. ord. n. 79.* ubi tradit, non tantum negocium principale deuolui, verum & reliqua illius accessoria.
 90 Et Iudicem in se dubio debere pronuciare, quod appellatio causam deuoluat.

Et his forte hoc casu non obstabit rextus, in supra d. l. eos, C. de appell. quia dictio (tantum) ibi posita, non excludit ea, quæ sunt propria ipsius actus, per relata *Couarruu. supra dicto loco, n. 1.* Similiter nec obstat d. c. *Rainutus, & d. c. Rainaldus, de testam.* (ubi ad hoc, ut Iudex addat & suppleat, sententiæ prioris Iudicis, requiritur, quod per vtram

que partem fuerit appellatum) quia ibi opus erat supplicatione & additione, de facto, nec Iudici factum controuersum notum erat, ut Iudici ut per *Rotam. d. decis. 365. circa fin. Hac præcipua, quæ rationem dubitandi præbent.*

In euentum itaque prædictum (determinandæ videlicet causæ principalis) cum, ut ego opinor quoad *Waden & Schmalzug* / ex deductis & probatis huius processus, causa satis instructa & liquida sit, nec præsumptiuè partes aliquid vel reticuerint, vel reliqui habeant, quo ipsorum assertiones ulterius iuuari possint: præsertim vero ex testium dictis, quibusdam documentis, & ipsius partium confessionibus, existimarim, limites *der Wadenzug* / qui in hoc puncto solummodo controuertuntur (reliqua enim in confesso sunt) videantur responsiones ad l. 5. 6. defens. & 18. 2. 2. 4. contradefens. bene constitui posse, si dicta testimonium, transactio, confessio partium, & *Augenschein* inuicem conferantur, iuxta naturam actionis, primariè & principaliter institutæ, videlicet, finium regundorum, l. *si interruptione fluminis, fin. regund.* Nec aliam actionem hic principaliter dare possum: alias non in causa principali, & super finibus, pronuciari posset, sed solummodo bene appellatum. Estque hoc iudicium duplex, et singula
 92 enim personæ, tam ius agens, quam conuenti habent, l. *iudicium fin. regund.* Censeo tamen & ego, hunc dicendum Actorem, qui primus ad iudicium prouocauit, l. *in tribus, de iudic.* Sunt vero et duæ
 93 extremitates terminorum, siue finium inuestigandæ: vnus est et versus *Gardermühl* / quo loco sentio cum domino Referente, & puto, ibi terminum esse die *Selbscheid* / iuxta dictam *Gardermühl*. Sed ex altera parte, et iuxta *Riuier Bress* / non possum rece-
 94 dere à dictis testium, præsertim pro Appellante productorum, qui ad tertium articulum grauaminum, & 17. contradefensionalem, ferè omnes concorditer alteram extremitatem faciunt, die *Bressing*. His purè concordant nonnulli Appellatorum, ad 25. interrogatorium generale, ut puta sextus & septimus, qui simpliciter id affirmant: Quidam vero per æquipollens, dimidiam partem eius amnis *Cramoni* attribuunt, ut puta 2. 3. 5. 14. 16. Ei non nihil adminiculatur antiquissima donatio, in secundo *Rotalo* producta, ubi pariter dimidia pars amnis applicatur monasterio. Insuper maximè confirmat confessio Appellatorum, de qua dupliciter constat, ut puta, et ex responsio-
 95 ne ad 10. articulum grauaminum, ubi asseritur, *dass die 24. Wadenzug / eins Theils in dem Hols See verkaufft gewest.* Deinde ex se transactione
 96 litera A. quæ approbatur ex parte Appellatorum, dum in vim probationis producitur: quam confessionem non, nisi contraria allegantes, impugnare poterunt. Inde puto satis liquidum, limites *der Wadenzugs* / esse die *Bressing* / ex vno latere, ex altero vero die *Selbscheid*. Ad *Schmalzug* quod attinet, is duplici respectu consideratur, primo, quoad latus versus *Wüsterin* / ubi pariter non, nisi ratione terminorum is est. Non enim negatur,

- tur, quin ex isto latere, der Schmalzug/pertineat Cramoni. Cum verò hic punct^o plenè connexus sit priori: simul enim in iudicium deducti, eodem genere actionis, ac processu persecuti, probationes vtrinque eadem, nullaque ratione separandi: ideo deciden^{do}, idem ius vtrobique statuendum esse puto. Quorù enim Æqualis est sanctitas, eorù celebratur festiuitas æqualis, c. scire debet, 76. dist.
- 96 Alterum latus, ÷ versus Dobertini/habet aliquid difficultatis, indeque controuersia hæc præcipue orta est. Quo loco iterum duo occurrunt; vt per dominum Referentem: cui etiam, quoad actionem, consentio. Prout & primum, ÷ (quod scilicet non liceat Appellatis, in sua parte lacus, sicque in suo fundo, vt iure piscandi, mit dem Schmalzug) tanquam ius negatiuù, præscriptio- ne acquisitum non esse censeo. Deficiunt enim requisita præcipua, vt per Dd. in l. i. Codic. de seruit. & aqu. gl. Bart. & alii in l. qui luminibus, de seruit. vrb. præd. Imprimis verò, cum prohibitionem vsus, patientia aduersarii secuta non sit, vt acta satis hinc inde ostendunt. Indeque quasi possessio iuris, siue seruitutis, non existat, vt per Capoll. de seruit. vrb. præd. cap. 20. n. 7. Secundum verò ius, ÷ affirmatiuum scilicet, similiter asseritur ex præscriptione. Quo loco principio attendendum puto, quod ea pars stagni, siue lacus, quo ius hoc piscandi des Schmalzugs/ controuertitur, sine contradictione est in dominio appellatorù, quo ipso, libertas, & nõ seruitus, præsumitur. l. aquam, l. per agrù l. altius, C. de seruit. & aqu. Quæ iuris præsumptio, ÷ dicitur liquida probatio, & sufficiens. Bart. in l. licet Imperator, n. 1. de legat. i. Abb. c. dilecti, in 1. not. ab. de donat. Asserens igitur seruitutem ÷ ex præscriptione, eam probare debet: nec releuat eum ab onere probandi proprietatem seruitutis, possessio eius iuris; vel quasi, glossa & ibi Dd. in l. sicuti, §. sed si queratur, vers. suffinet verò si seruit. vend. sac. c. ad decimas, de restit. spoliat. in 6. Cum verò hæc (in effectu) seruitus, vsus, ÷ vel vsusfructus, sicque mixta (personæ scilicet, debita à re) causam habeat discontinuam, nõn minori, quam immemoriali tempore præscribi potest: ad quod requiritur quasi ÷ possessio, l. sine possessione, de vsucap. c. sine possessione, de reg. iur. in 6. quæ consistit in scientia & patientia domini, contra quem præscribitur. Prospiciendum est etiam ÷ de qualitate actus, an iure seruitutis, vel alio modo contigerint. Discretus enim ÷ debet esse Iudex, vt vel ex variis circumstantiis, iure approbatus, præsumat, eam possessione tanquã ex iure suo existere, vel eger probari qd domin^o patiebatur eù vt iure suo sciens. Innoc. in c. cum Ecclesia Sutrina, de caus. poss. & propr. Bald. d. l. 1. n. 9. C. de seruit. & aq.
- 105 Quæ enim vel iure familiaritatis, ÷ vel facultatis sùt, quasi possessione nõquã inducunt, sicque nec præscriptionem efficiunt, iuris vulgaris. Si itaque præsentis causæ circumstantias confereo cù regulis immemorialis præscriptionis, à sententia domini Referentis (saluis tamẽ limitibus, vt supra, in puncto des Watenzugs attigi, quos & hic statuerem) non recessero, idque per argumenta, ante me de-
- ducta. Imprimis etiam moueor, quod hinc inde ex actis probatoriis constat quod Claus Cramõ, post diuisionem cum fratribus, inceperit eam controuersiam: id quod & ex 11. testium depolitionibus (2. 3. 4. 9. 10. 14. 16. 17. 19. 20. Appellatorum, & 6. Appellantis) aperte colligitur. Cum verò ea diuisio facta sit circa annum 14. Deinde transactio subsecuta, Anno 30. qua dispatientia (dominorum scilicet des Dobertinschen Sees) notoria sit. In confesso enim est transactio, & simul causa impulsua, licet eius effectus ex vna parte negetur. Suntque verba transactionis generalia, non restricta ad vnam speciem piscationis. Sequitur: nõ act^o quasi possessionis, sed turbatiuos potius, multoque minus, temp^o sufficiens ad præscribendum interuenisse. Quibus accedit, qd per solum vsum, in ÷ rebus alienis, præsumitur mala fides, nisi aliquid probetur, ex quo bona fides colligi possit, vt per Bart. in l. 1. §. hoc interdicto, n. 12. de iur. & act. priuat.
- Quod de iure Canonico attendendum foret, vt notum est. Et posito, tempus ad præscribendum sufficiens hoc casu extaret: perpensa tamen tota materia probationis, eiusque circumstantiis, dubii adhuc sumus, an non actus isti piscationis mit dem Schmalzug/ potius iure familiaritatis, & amicitie vicinalis, quã seruitutis, & facti & tolerati fuerint. Licet enim ex quorundam testium dictis, locatio des Schmalzugs liqueat, & inde præsumi possit actus seruitutis: tamen nondum satis probatum puto, conductores in latere cœnobii id ius libere, quamuis quidam Cramonum subditi, hoc dicant, exercuisse. Iterum enim obstat, quod dicit Bart. in d. §. hoc interdicto, num. 12. Quod videlicet debeat aliquid probari, propter quod is motus fuerit ad credendum, sibi deberi seruitutem. Solus enim vsus, quasi possessionem non inducit, vt dictum. Nec ex simplici promissione, ÷ vel actu meræ facultatis, quocumque tempore, oritur aliquod ius, vel præscriptio, contra permittentes, c. possessiones, 16. q. 1. glos. in l. solent, in fin. de offic. procons. Dd. in d. l. 1. C. de seruit. & aqua. l. 1. in l. quamuis, n. 28. de sum. l. qui iure familiaritatis, de acq. poss. Sed & in dubio ÷ præsumitur vsus familiaritatis, & non possessionis, vt probat Capoll. de seruit. rust. præd. c. 1. n. 26. circa fin. Quam præsumptionem adiuuant quorundam testium dicta: qui partim dicunt, Das Kloster hab durch die Finger gesehen/ sehen gefreundt gewest: partim, an des Klosters Seiten habe gefischt/ wer gewolt: partim, vot Clausen sehen friedsam zugegangen. Et sic ex simplici permissione, non verò iure seruitutis, id toleratum: aliàs solus Cramon non præscripsisset seruitutem des Schmalzugs/ contra cœnobium. Accedit, quod conductio rusticorum (& quidem solummodò Cramonensium) aut est facta tempore Hermanni, aut post eius mortem; & facta diuisione; si ante, tunc non potuit, quia fuit precarius possessor. Si post: iterum obstat dispatientia, sicq; deficit possessio iuris, siue actus seruitutis. Inde in euentum præmissum, paribus, siue

iisdem terminis & limitibus, vtrunque ius piscandi, der Waden vnd Schmalzugs/absolutè & liberè definirem, quia satis processum puto, secundum modum, vt per *Abb. in c. quia indicante, nu. 9. de praescript.* quem communiter sequuntur *Dd. vt refert Marant. c. 30. n. 6.* vt videlicet Iudex primo videat, 109 quis ¶ possideat, & quantum. Deinde videat circa proprietatem, & vnicuique adsignet, q̄ suum est, & terminos figat: sicq; pronunciet, illos in futurum obseruandos. De *Dresnit̄ & Werder* quoad iurisdictionem Camerae, vt dominus Referens. Non enim sumus fundari, ratione *Dresnit̄*. Inter cetera verò maximè, quia de co iuuo, inter partes constitit litis pendencia. Sed quoad *Werder*, obstant ante me late deducta, & in primis, quod à partibus iura hinc inde asserta, non sufficienter discussa, nec Iudici satis notificata videri possunt; si tamen domini vellent etiam hoc loco extendere iurisdictionem, tunc, insistendo d. terminis, & actioni principaliter instituta, cui hic punctus videtur connexus, tanquam, non posse ex hisce actis & probatis Cramoni adimere ius *des gangen Werders* / praecipue motus per dicta testium. Qui pro Cramone videntur multò validiora & verisimiliora deponere, quàm pro *Dobertin*: licet nonnulli magis affectatè, & quidem subditi, quàm bonis rationibus, in fauorem *Dobertin* / sua dicta accommodent: refero me ad depositiones, quæ planè sunt, praesertim omnium testium Appellantis, excepto quinto. Quibus accedunt octo vel plures testes Rotuli Appellatorum (2.3.8.9.10.14.18.19.) Deinde attenderem, quod nullus testium recordatur tempus, quo Cramones non possederint *den Werder* vnd *das sie ihn allein nit beschliget hetten* / vt ipsi loquuntur, per *l. fin. de aq. plu. arc. ibi. quibus vetustas auctoritatem daret, quantum non probaretur. & d. l. qui luminibus, de seru. vrb. praed. l. as. in d. l. quo minus, n. 4. vbi dicit, se solitum d. l. si. consulendo sapè formaliter* 110 allegare: sicq; vetustatem ¶ possessionis attendere, dum de iure alterius non constat. Deinceps ex oculari inspectione (si termini ponantur) vel secundum transactionem. lit. A. quam faentur Appellati, vel ad *Dresnit̄*, in vno latere, & in altero an *der Feldscheid* / liquebit, Cramonem melius fundatam a iumento eorum, quæ notantur per gloss. & *Dd. in l. adeo, §. insulam, de acq. rer. dom. & in §. insulam, Inst. de rer. diuis. Bart. in tr. de insula, §. communis sit eorum, n. 2.*

Sed in hoc fortè exquisitiore dimensione & inspectione opus foret, si causa strictè & rigorosè examinanda & determinanda esset. Nec forte timendum, partes sententiae declarationem petiuras; & licet fieret, tamen posset interloqui: *Esß man es bey der angefangenen Rechtsöffnung / re. da aber die Partheyemander des Werders nit erlassen wolten* / vt hic fiat. Expensas in omnem euentum compensarem, nisi in casu, quando solummodò super nullitate, cum reservatione causæ principalis, pronunciaretur.

Aliud votum D. E. in eadem causa.

Constat, processum in priori instantia habitum, multis, quæ non sustineri queunt, laborare, vt per dominos Referentes ad longum est edoctum, quod non vult repetere. Ad quorum confirmationem illud quoque nota dignum putat, quod sententia à qua, notoriam & manifestam iniquitatem redoleat. Nam cum sententia ¶ limites libelli, & quæ in iudicium deducta sunt, non excedere debet, *c. licet Heli. de simon. c. cum super, de causa poss. ibi l. d. c. qualiter, la. 2. de accus. l. vt fundus, commun. d. iud. l. si. C. de fideicom. libert. Anch. conf. 396. Dd. §. curare, Inst. de action. Affl. decis. 364.* Quippe quod sententia se habet ad libellum, vt responsio ad interrogationem. Cum itaque quis extra interrogata, *l. i. §. si quis simpliciter, de verb. oblig.* Ita sententia non respondeat libello, nihil actū censetur, *Vant. quom. & quib. modis nullitas proponi possit, num. 108.*

At cum Dux Megapolitanus, ratione vis, qua monasterium in plicatione *des Secs* / sibi illatae conquerebatur, à Cramone, tantummodò esset aditus, omni tamen iure im *Sec* competente, & sic etiam eo von dem *Dorff Sec* / q̄ ipsi rei tribuunt, & im *Werder* sibi Cramon arrogat, Ducis sententia videtur exutum. Evidentem porro, ¶ & per- 112 spicuum iniquitatem & iniustitiam, sententiam nullam reddere, non leues sunt authores, *l. si pars post gloss. ibi. verb. inique, de inoffic. testament. ca. cum Berthold. Innocent. ibi. de re iudicat. Felin. c. si quando, de offic. deleg. c. nouit. n. 5. de iudic. Felin. in c. inter cetera, columna penultima, versicul. amplius, in fin. de re iud. Vant. tit. de nullit. sent. ex des. sent. n. 127.* vt, acta prioris instantiae nulla extare, eaque, quæ hic pducuntur, manca & imperfecta, omittamus. Quantū igitur ad causam appellationis, nullū videt diuerticulum, quo elabamur, quam super nullitate: nulliter scilicet processum & superflue appellatū. Et quo partibus, quantum fieri possit, gratificemur & consulamus, ex integro in Camera causam principalem aggrediendam: actis probatoriis in eum euentum illibatis reseruatis, pronunciemus Qua formula etiam Camerae vti solitam, in *Saylero* aduertendum, *p. 242. ad fin. & 448. ad fin. & 485. vbi tales describuntur. Myns. obs. 93. cent. 5. Gail. li. 1. pract. obs. 42. n. 7.*

Eruntne tam graues expensæ quasi frustra effusæ (tanquam Danaidum dolium) adeo multi anni, veluti in ocio transacti: tanti denique labores, verè absq; fructu exantlati? (quod quidem perquam durum: sed ita lex scripta est. vt loquitur *Vlp in l. prospexit, qui & à quibus*) verum tamen cum finis ¶ negotii alterius causæ fieri exordium 113 non debeat, *l. cum quis, in fin. C. de reb. cred.* Imo nefas sit, ¶ litem surgere ex litis primæ materia, *l. terminato. C. de fruct. & lit. expens.* 114

Deinde non ¶ sint lites ex litibus serendæ, nec modus litium multiplicandus, *leg. singulis, de except. rei iudic.* Imò earum materia ¶ & fomes rescindenda, *§. item verborum, Inst. de inutil. stip.* Bonique ¶ officio Iudicis incumbat, 117 vt eas minuat, *l. in summa, de aqua plu. arc. c. 1. de app. p. il.*

pell. in 6. ac pro virili dirimat, l. quidam existimaue-
runt. si certum petat. d. §. item verborum. Item subdi-
118 tos laboribus, † molestiis expensarum leuet, cap.
finem litibus, de dolo, c. vt litigantes, de off. ord. in 6. ca. de
119 apell. in 6. Quippe cum litium † esse finem conue-
niat l. fin. pro suo l. 2. C. de re iudic. Eo omnes ingenii
neruos merito intendemus: vt quandoquidem
de meritis causæ, piscationem mit dem Waden
vnd Schmalzug. Item die Bressins vund Werder
concernentis (quæ absque appellationis puncto
hic nunc in iudiciū deducuntur, ex actis affatum
& cumulatim possimus instrui, sententia nostra
120 decidamus) Cui enim † ad arma & rixas proce-
dere patiatur prætor, quos potest iurisdictione
sua componere l. æquissimum. de vsufr. Et quidem
præcipuum faceffit negocium iurisdictione, vt pu-
121 ta, † cuius defectus sententiam nullam solet effi-
cere l. 1. §. hac autem verba. quod quisque iur. l. 1. ibi Bart.
de ped. iud. v. ant. tit. de nullitate ex defectu iurisd. n. 1. &
seq. Schurf. conf. 79. n. 4. cent. 2. Wesemb. consil. 6. n. 203.
122 Cum iudica: ū † dici non possit ab eo, qui iudican-
di ius non habuit l. 1. §. si. cum glos. verb. ius fuerit. ad
SC. Tertul. l. 1. §. hac verba l. 2. §. fin. de pæn. Quem o-
bicem vt amoueamus, & Cameræ iurisdictionem
stabiliamus, Cramoni, in præcedenti instinria
Reo, hic vero, in causa appellationis Actoris, per
modum & subsidium quodammodo reconuen-
tionis, ad allegatum ius piscationis, vnd den Wer-
der, hic agere constituemus. In quam nos sententiam,
putem, posse inducere, quæ de clausularum
salutarium. Ius & iustitiam administrari: Item omni
meliori modo, &c. quæ Appellantis Actoris, Cra-
monis, libello insertæ reperiuntur, passim tradun-
123 tur. Adeo enim clausulæ illæ latè patent, † vt ea-
rum virtute & beneficio, omne ius, omnis actio,
omneq; remedium, ex narratis profluens (posito
etiam, quod ineptè sint proposita) in specie in-
tentatæ videntur. Anton. Capit. decis. 10. n. 22. Gabr.
lib. 6. tit. de claus. concl. 4. n. 8. Mynsing. conf. 59. nu. 15. &
con. 17. n. 12. consil. 11. n. 39. Wes. consil. 3. n. 18. consil. 2. n. 2.
124 Gail. lib. 1. c. 61. n. 8. Adeo vt ius agendi † vel impli-
citè ex narratis posse colligi, ac in probationibus
explicitè deinde declarari (quod Cramonè egre-
gie præstitisse, est aduertere) sufficiat. Anchar. con.
148. n. 6. Et posito, vt prædictis clausulis Cramo-
nis libellus non foret munitus: illa nobis Theo-
125 rica hic suffragaretur: Qua, † quoties ex actis Rei
veritas eliqueat (vt hic planè videmus) Iudici, vt
tam in iure, quam in facto suppleat, permittitur.
c. dilecti. de iudic. glo. in l. 1. §. & pro. ibi Bald. vt quæ aduoc.
part. Afflict. in c. 1. verb. sana mente. nu. 6. 7. de consuetud.
rect. feud. Quibus accedat, quod quacunque tan-
126 tum ratione † interpretari potest libellus, vt pro-
cedat, vt sustineatur, esse elaborandum: Bald. in l.
Stella. n. 7. de his quib. vt indigni. Gail. l. 1. c. 61. Etiam si
verba forent prorsus improprianda: Innoc. in cap.
conquerente. de offi. deleg. c. examinata. vbi Abb. nu. 6. de
127 iudic. Maxime, † quoties de causæ iustitia appa-
reat, Mynsing. obseru. 5. cent. 4. vbi Cameram ita
obseruare restatur. Cum alioqui quemlibet A-
128 ctum † interpretatione iuuare conueniat: leg.

quoties. de rebus dubiis. Matthesil sing. 64. nota pul-
chrum.

Non obstat, petitionem seu conclusionem
libello subiectam appellationis ad solam causam
pertinere, nec ad reconuentionem posse accom-
modari. Nam quanquam tota libelli vis † in con-
129 clusione vel petitione versetur, tanquam in car-
dine, & ex iis actio sit regulariter metienda: Lan-
franc. c. quoniam contra c. 5. de probat. n. 6. Zas. §. omnium.
n. 2. cum seqq. instit. de action. Nicol. Euerh. consil. 126. Me-
noch. in pratud. de recup. possess. n. 10. vt in causa Straß-
burg contra Straßburg / pluribus astruxit. Super-
riorum tamen clausularum salutarium subnixi
adminiculis, potius ius partis ex actis resultans
præ oculis habere, quam ad libelli petitionem su-
perstitiosam alligari debemus Innoc. d. c. examinata.
Guid. Pap. consil. 49. n. 6. Quibus omnibus, coronis-
130 dis loco adiciuntur, Cameram † summi Princi-
pis consistorium esse, Gail. li. 1. c. 42. n. 3. Atq; idcir-
co rem † potius ipsam introspicere, quàm iuris scri-
131 pti solennibus morose debere adhærescere, vt per
Vant. tit. an qualibet sentent. nu. 8. & tit. quib. mod. sent.
nulla reparatur. num. 22. Arius Pinell. Myns. & alii, vt
supra.

Porro occlamabit hic aliquis, nos hic in secun-
da instantia, in appellationis nimirū causa versa-
ri, in qua † reconuentioni locum non esse rece-
132 ptum, Specul. tit. de reconuen. §. nunc dicemus Bartol. in
auth. & consequenter. ibi Salic. de sentent. & interlocut.
omni. iud. Guid. Pap. decis. 436. n. 102. & tract. de appell.
n. 55. ad fi. Verum hoc dogma limitatione est tem-
perandum, † nisi scilicet iurisdictionem partes
133 prorogarint. Quo casu reconueniendi facultas
Appellanti, originario Reo, qualis hic Cramon
est, nō denegabitur: Abb. c. ex literis. n. 3. versic. sed hoc
non puro bene dictum. de mut. petit. Iason. Lanfranc. Balb.
conclus. 115. cent. 2. Ex quo enim Iudex appellationis † succedit
134 Iudici a quo, cum omnibus perti-
nentiis & qualitatibus: (Atque ita, sicut coram
hoc, ita illo quoque, reconuentione similiter queat
proponi) debet succedere, vt sic nimirum subro-
gatum, naturam subrogati redoleat. Abb. d. num. 3.
Nicol. Euerh. in loco, a vi subrogationis. nu. 12. Matth. Af-
flict. decis. 155. n. 6. At iurisdictionem prorogatam,
vel pro prorogata accipiendam, mihi planè per-
suaserim. Quippe cum tantum absit, quod Cæ-
nobium ad proposita longè lateque per Cramo-
nem in libello, aliisque iudicialibus actis hic de-
ducta, super prædicto iure piscationis, in N. vnd
desj Werders / vnquam reclamauerit, vt in defen-
sionalibus, aliisque in processum deductis, ad ea
responderit suumq; ratione huiusce piscationis
& Werders / ipse ius asserere præterea conetur. Ad
missio deinde Cramone ad testium productione,
suzque intentionis probationem, in quo suis
quoque partibus monasteriū vicissim nō defuit.
Atq; publicatis attestacionibus, vtrinque pro
more exceptum: & tandem in causa conclusum.
Nulla vllibi per Monasterium alieni à Cameræ
iurisdictione animi prodita significatione, Myn-
sing. cent. 1. c. 67. sub fin. vers. procedet etiam. An non

igitur hifce, & tam folemnibus, adeoq; fæpe repetitis actib. iurisdictionem, hic vel tacite prorogatum faltem rectè iudicabimus, c. cum olim. per ibi not. cum glo. Abbas ibi n. 3. Felin. n. 1. cum additione marginali. de offi. delegat. l. fed etfi fufceperit. de iud. Bartol. in l. fi conuenerit. n. 2. verf. fi vero alias exceptiones: vbi Alexand. Iaf. Ripa & alii de iurisd. omni iudic. Marant. part. 4. dift. 12. n. 11. glo. in l. 2. verb. fciatur. ibi Bartol. fi quis in ius vocat. Notant Canonift in c. dilecti & c. significasti. de foro comp. late Bened. de Capra. in tract. de prorog. na. 73. præfertim cum tacitus confenfus in iudiciis idè, quod expreffus folet, operetur. Dd. in l. que dotis. vbi Iafon. n. 77. in fin. folut. matr.

Nec obstat, de Ducis Megapolitani hic confenfu non apparere: quippe cum ille in hoc genere prorogationis, non defideretur, d. c. significasti. ibi Felin. l. 1. 2. de iud. l. 1. §. & post operu. de oper. noui nunc. Bart. ibi col. fin. & Iaf. n. 1. Capicijus decif. 19. n. 1. cum feqq. Gail. c. 40. nu. 1.

Et in hanc fententiam in caufa *Wiltaw* contra *Wiltaw* / Referente N. fuit per Dominos difcefum. Camera itaque iurisdictionem ex reconuentione per Cramonem, Reum originarium, aduerfus monafterium ea, quæ fuperius deduxit, ratione inftituta, putat fundatam. Antequam vero vltcrius progreditur, admonitum cupit, fe ius der *Brefnith* / eodem, quo alias controuerfas pifcationis fpecies, def *Schmal vnd Wadenzugs* fcilicet, loco conftituerat cenfere. Nec momentum habet, quod monafterium ad 6. Cramonis Appellantis contra defenfionalem articulum, quod de *Brefnith* agitur, in refponfionibus n. 34. item ratione der *Brefnith* / coram *Landsfürften* pendere, nude refpondendo, ꝑ quali excipiat, cum nihil de ipfo doceatur: Quod tamen abfque magno negotio fieri potuiffet. Ad hoc non minus in puncto der *Brefnith* / quam aliis, in controuerfiam hic vocatis articulis monafterium deinde proceffit, teftibus etiam, inftumentisque, quibus ius in eo fibi afferit, productis, difsimulata planè in pofterum, iam allegatæ litis pendentia, exceptione: *Gail. lib. 1. c. 73. n. 4. verf. fed quid fi Reus. & n. 5. 6.* non abfimili planè ratione, fi Actor in caufa poffefforii, aduerfus libellum Rei petitorium excipiat, protefteretur, cuiusque admiffioni refrageretur: His tamen neglectis, ad vltcriora Iudex nihilominus progrediatur, proceffum etiã, quoad petitorium pro iufto & valido placuit habendum: *Franc. Aretin. l. naturaliter. §. nihil commune. nu. 9. de acquir. poffeff. Felin. in c. inter Monafterium. n. 23. de re iud. Grauer. confil. 302. n. 6. & confil. 1. n. 236.*

Ex eo autem, quod d. refponfioni, & litis pendentia exceptioni, difertè Cramon non reclamauit, eius tacitam confeffionem, vtpote in re, in qua tam magnum inde præiudicium ad eum poffit redire, non rectè inferemus: *Dyn. Cagnol. in l. qui tacet. de reg. iur.*

Cæterum, an lis in reconuentione hic conteftata? Et quanquam illa exacte, & iuxta præfcriptam in *ordinar. p. 3. c. 13. §. 4. & tit. 25. §. 5.* formam hic minimè fubfecuta: ad ea tamen, quæ per re-

conuentionis viam, Cramon, Actor, propofuerat (quibus petitionis defectum fuppleri, *fupra notatum*) per Monafterium fuit refponfum. Quo litis conteftatio, ex communi traditione conciliatur *Dd. l. via ibi Bartol. n. 3. §. C. de litis conteft. Marant. p. 6. de poffid. & diftinct. 10. nu. 5. ead. parte. de litis conteft. Præterea monafterium tranfactionibus, & fententia, feu rei iudicata atq; ita exceptionu peremptorialium obiectione, fe tueri, conatum eft: quo ipfo lis pro conteftata, ex recepto paffim dogmate, eft habenda: *gloff. fin. in l. fin. Bal. n. 3. communem afferit. C. de litis conteft.**

Alienum quoque hoc loco non videtur, quod *Marant.* in Regno, vbi fublatis ꝑ iuris folemnitatebus, folet probationes folet refpici (vt & in Camera, fupremo quodammodo iudicio) receptu, fuperius pertrinximus litis conteftationem ꝑ poffe omitti, & actum, qui mediate eam fequitur, litis conteftationis vicem obtinere, fcriptum reliquit, *part. 4. dift. 9. nu. 20. & part. 6. diftinct. 10. nu. 2.* Quo etiam fit, vt controuerfia, ratione def *Brefnith* & *Brefnith* / pof factam in caufa appellacionis litis conteftationem (quæ alioquin, cum puncto litigioso, nil habet commune, fuo iudicio, nec ad eum queat porrigi) in additionalibus, & contra defenfionalibus, à Cramone demum mota, ipfum magnopere follicitum non habeat, quippe cum ad ea, quæ controuerfia illius intuitu, à Cramone deferuntur, per Monafterium etiam fit refponfum. Eorumq; præterea refpectu, ad actus, qui ftatim à litis conteftatione folet explicari proceffum. Item itaque pro conteftata poffe haberi. Id quod fuperioribus Dominorum votis, cæteris punctis per omnia fubfcribens, fuperaddere volui.

Saluo.

V O T V M XXVI.

In caufa Q. H. contra D. O.

S V M M A R I A.

- 1 Circa caufam hanc, quinque capita examinanda videntur.
- 2 Iuramenti remiffio in teftibus quare valeat.
- 3 Maritus rectè agit nomine vxoris, quoad bona dotalia & paraphernalia, etiam fine mandato vxoris, & fine cautione de rato.
- 4 Actio in hoc cafu qualis intentata. & numero 5.
- 5 Mulier, quo iure poteft recipere datum, & propter nuptias donationem exigere, & quando.
- 7 Maritus propriam vxorem flagellis aut fuftribus cedens, pro huiusmodi iniuria, cogitur vxori tantum dare, quantum tercia pars antenuptialis largitatis facit.

3 Actio

- 2 *Actio dotis, soluto matrimonio, uxori datur.*
- 9 *Actio cumulat. o. in hoc casu, ex petitione libelli patet.*
- 10 *Mulier iure Iustiniano, lucrum donati nis propter nuptias obtinet.*
- 11 *Actio singularis qua olim facit de moribus, hodie per Iustinianum est correcta.*
- 12 *Differentia inter mores hodie qua.*
- 13 *Repudiij causa ubi recensentur.*
- 14 *Mulier etiam propter verbera olim viro mite rebat repudium, quod tamen mutatum reperitur. n. 15.*
- 16 *Condictio Nouella 117. ut liceat mariti cur hoc casu non competat. & num. 17. & 18.*
- 17 *In penalibus non est extensio.*
- 18 *Morum correctio, heredibus hodie non competit.*
- 19 *Actio ad restitutionem dotis & aliorum bonorum occisa uxoris, competit heredibus uxoris.*
- 20 *Circa Cardinem negocij, huius casus, quid attendendum. ut num. 21. & 22.*
- 22 *Ad occisionem non sufficiunt verbera, quia penalia non extenduntur.*
- 23 *Dotis lucrum non succedit, quando incepit eam bene tractare, licet hoc coacte sit factum. num. 24.*
- 25 *Causa cumulate, cum non probant hoc esse, quod contingit abesse, dubiam faciunt probationem.*
- 26 *Probatio omnis, ratione incertitudinis, vitiat, & nullum effectum iuris producit.*
- 27 *Paria sunt, non esse delictum, vel non probatum.*
- 28 *Presumptio pie affectionis erga uxores militat pro maritis.*
- 29 *Maritus etiam excusatur, quando eius consanguinei uxori benefecerunt.*
- 30 *Iniuria tollitur nudo pacto, & remissione tacita & expressa, qua colligitur ex colloquio, convictu, manus coniunctione.*
- 31 *Morbus praesumitur causatus, ex mala translatione.*
- 32 *Maritus uxori egrotanti medicum non adhibens, amittit lucrum dotis, idem praestat expulso ex domo, quia equiparatur mala translationi. n. 33. Item, quando egrotam verberat 34.*
- 35 *Maritus quando negat eam esse uxorem suam, amittit ius suum.*
- 36 *Maritus putatiuus non iuratur dotem, vel partem eius, quam alias ex pacto vel statu haberet.*
- 37 *Paena corporalis, licet iam in hoc casu non habeat locum, tamen contra heredes, pro arbitrio iudicis, in poenam pecuniariam conueri potest.*
- 38 *Paena mutatio etiam contra heredes locum habet, & quare.*
- 39 *L. Senatus censuit. 14. de accusat. communiter non limitatur, nisi una pars civiliter, alia criminaliter agat, quod fieri potest.*
- 40 *Paena ex delicto fisco applicata, facit causam criminalem. Ratio, quia accusatio civilis, nihil praedicit poena criminali.*
- 41 *Dispositio loquens de uxore, locum habet & de viro.*
- 42 *Iniuriam filiae illatam, quare pater eius non potuit remittere & n. 43.*
- 44 *Maritum, si postea bene tractat uxorem, non amittere dotem, qui intelligendum.*
- 45 *Ocidere, vel causam mortis praebere, paria sunt.*
- 46 *Probatio sufficiens in ciuilibus surgit, ex duabus praesumptionibus, vel pluribus adminiculis.*
- 47 *In uxoricidio quales probationes sufficiant.*
- 48 *Dotis amissio non extenditur ad paraphernalia. Ratio qua. Convarium n. 49.*
- 50 *Extensio conceditur in penalibus, quando subest eadem ratio, de casu expresso, ad non expressum.*
- 51 *Hereditas scelere acquisita auferitur: licet culpa debentis lucrari; non sit solutum matrimonium. n. 52.*
- 53 *Penam & premium quis non debet consequi ex eadem causa.*
- 54 *Appellans, propter multos testes, pro i. so deponentes, iustam videtur habere causam.*
- 55 *Appellans videtur iustam habere causam, quod omnes probationes Actorum, tantum praesumptiuo, non necessario concludentes. & n. 56.*
- 57 *Litigandi iustam causam habere dicitur, plus re, vel qualitate conueniunt.*
- 58 *Appellantes quoque iustam habere videntur litigandi causam, quoties contra eos actio instituitur, ob quam existimationis, & fama sua periculum veritur, latius vide. n. 59 & 60.*
- 61 *Causa causa, censetur causa causati.*
- 62 *Maritus licet sine mandato possit agere, non tamen sine speciali mandato, de praxi Camerae substituere potest.*
- 63 *Maritus*

- 63 *Maritus de paraphernalibus cum dote non traditis (quæ receptitia vocantur) sine mandato uxoris non potest agere.*
- 64 *De mandato uxoris constare & presumi unde de liqueat. & n. 65. 66. & 67.*
- 67 *Maritus dicitur coniuncta persona cum uxore.*

DN. Ref. C. Circa hanc causam ¶ videntur quinque capita examinanda. Primo, de processu. II. quæ actio instituta. III. An ea hæredibus competat, & an probata, num verò per exceptiones Rei elisa? Quarto quid pronunciandum: Quinto: de Expensis.

Quoad primum, non videt nullitates, nec defectum in formalibus. Hoc saltem moueri posset, quod quidam testes non iurarunt. Sed remissum à partibus, vt constat ex actis. c. in his. extra. de testib.

2 Et valet ¶ iuramenti remissio, quia respicit fauorem partis, contra quam producitur, notatur in l. si quis in conscribendo. C. de pact. Gail. obseru. 101. num. 2. 3. libr. 1.

Præterea & hoc circa processum in dubium reuocari posset, quod ex actis fere nullibi constet, quod Actores, nomine vxorum agant, & etiam in procuratoriis, nulla facta mentione vxorum, (ex quarum tamen persona hoc actionis ius mouetur) contra Reum constituunt. Quod tamen non obstat. Cum maritus recte agat, ¶ quoad bona dotalia & paraphernalia, etiam sine mandato uxoris, & sine cautione de rato, Bartol. Bald. l. maritus. Cod. de procur. l. fin. Cod. de pact. conuent. Gail. pract. obseruat. 133. libro 1. numero 5. 6. Mynsing. obseruat. 53. centur. 3.

In hoc autem casu dubium non est, quin actio ad bona Mariæ defunctæ, dotalia & paraphernalia consequenda, instituta sit. Adhæc, in ipsa partitione summaria, Actores se nominant generos Antonii Leonhardi. Ex quo apparet, quod nomine vxorum suarum agant. Similiter in der Probationsschrift primæ instantiæ, aperte dicunt, quod agant nomine vxorum, tanquam hæredum Mariæ.

4 Quoad secundum, videtur intentata ¶ conditio ex iure nouellarum, ad ea consequenda, quæ deferuntur mulieri ex auth. vt liceat matri & auia. colum. 8. §. causas autem. & §. si quis autem propriam. aut actio dotis, ¶ vel, quod verius vtraque simul, tam ipsa conditio ex ipsa Nouella Iustiniani, quam actio dotis cumulata videtur. Id quod satis liquet ex primo & tertio capite libelli summarii, & petitione eius; vtuntur enim iisdem verbis, partim in prima parte libelli, quæ referuntur in l. qui ab hostibus. §. si vir. solut. matrimon.

6 Præterea ius authenticæ statuit, quod mulier possit ¶ recipere datum, & propter nuptias donationem exigere, si probatum fuerit, virum quolibet modo vitæ mulieris insidiatum. d. §. causas autem. Porro si maritus ¶ propriam vxorem flagellis aut fustibus cæciderit, cogitur maritus

tantum, pro huiusmodi iniuria, ex alia sua substantia, dare vxori, quantum tertia pars facit antenuptialis largitatis. §. si quis autem propriam. d. auth. vt liceat matri, & c. & notatur in anth. sed nouo iure. C. de repud. & in tertio capite d. petitionis summaria, allegant verba textus in l. vnica. §. ille proculdubio. C. de rei vxor. action.

8 Ex quibus inferitur, quod hæc actio, dotis ¶ soluto matrimonio, vxori detur, §. maneat. d. §. illud proculdubio. Cod. de rei vxor. action. Et quod tam conditio ex d. nouella 117. vt liceat matri, & c. quam actio dotis cumulata fuerit, ¶ patet quoque ex petitione libelli: petunt enim declarari, daß der Beklagte / von wegen seiner hohen Mißhandlung / nicht allein der verstorbenen Heimstewer (vt habet petitione) Sondern auch die Widerlag / vigore dictorum iurium, veruirtet habe. Vind daß der Widerlag halben Actores petiren / videtur in eo cumulata actionem dotis, & conditione donationis propter nuptias, ¶ cuius lucrum mulier iure Iustiniano obtinet, ex causis, vt in d. §. causas autem. Concludit vtramque actionem simul intentatam.

Tertio quæritur: num ea actio hæredibus competat? & an sit probata? vel per defensiones Rei elisa? Et primo, quod competat, probatur, per d. §. maneat. & d. §. ille proculdubio. in l. vnica. Cod. de rei vxor. act. Costanus in tract. de dotib. c. 6. num. 12. Mynsing. respons. 65. num. 4. Sed cum iure Statutario. Constat, olim ¶ fuisse actionem singularem de moribus, l. 11 moribus C. Theodosiano, de incest. nupt. Quæ hodie per Iustinianum sublata l. fin. in fin. C. de repud. §. Taceat. C. de rei vxor. action.

12 Et tamen pœnæ certe sunt statutz hodie. Estque hodie ¶ inter mores differentia vt per Cuiacium, in nouell. 22. vbi tractat de repud. Causæ repudii ¶ recensentur in auth. vt lic. matri vel auia. §. causas autem. Quin & propter verbera ¶ mulier viro mittebat repudium l. consensum. ibi. sese verberibus. & versic. super plagis. Quod tamen ¶ postea mutatur in nouell. 117. §. si quis autem propriam: Vt videlicet vir præstet vxori tertiam partem donationis propter nuptias. Concordat auth. sed nouo iure. C. de repud. vbi glossa.

14 Et licet de mala tractatione satis sit probatum: quia tamen non ipsa mulier hoc casu agit, non putat, hanc conditionem competere, Primo, ¶ propter claros textus, qui dicunt de ipsa muliere. Secundo: quod ¶ in pœnalibus non est extensio c. odia. c. in pœnis. de reg. iur. in 6. Mynsing. respons. 43. num. 1.

18 Tertio: ¶ quod & hodie morum correctio, hæredibus non competat, l. rei iudicata. 15. §. hærede. Solut. matrimon. vbi & Duaren. Et constat. C. Theodosiano, lib. 3. tit. 12. in l. vlt. de incest. nupt. facit dict. l. rei iudicate. §. hæredi. In simili adducitur textus in l. 1. de priuat. delict. per l. iniuriarum. §. 1. de perp. & temp. action. Facit & in simili, in materia feudali, vt in glossa d. l. omnimodo. verb. non licebit. C. de inoffi. testam. notatur in d. leg. fin. Cod. de reuoc. donation. Campeg. de dot. part. 3. quæst. 226. numer. 2. Castrens. d. leg. rei iudicata. §. hæredi, numero 5.

mero 5. solut. matrim. Guid. Pap. question. 214. numero 4. vbi concludunt pro parte negativa, in casu non dissimili: Quia nemo præsumitur, ius repudiare, quod sibi competere ignorat. l. mater. Cod. de inoffic. testam. Duaren. in d. §. heredi. ibid. Bartol. Bald. Imol. Castrens. per d. leg. 1. de priuat. delict. Canonista in c. quia plerunque de donatione inter virum & vxor. Ex hoc saluanda est sententia prior, vbi super donatione propter nuptias, & lucro, d. §. si quis autem. nihil pronunciauerunt; licet petitum fuerit.

Restat nunc videre, An Actoribus contra Reum Actio competat, ad restitutionem dotis; & aliorum bonorum, Mariæ defunctæ? Et num hæc probata, vel elisa?

19 Et quod hæredibus vxoris † competat talis actio, ob occisam vxorem, probatur per d. leg. si ab hostibus. §. si vir. & ibi Dd. soluto matrimon. qui textus non est alibi: dicit Bald. in leg. vnica. §. tacent. de rei vxor. action. Campegi. in tractat. de dotib. 5. part. q. 2. num. 2. Boer. decis. 244. num. 12. Cod. de reuocand. donat. Ruin. consil. 8. numero 3. lib. 2. Bald. in tract. de dote. Port. §. priuilegio. 31. Phanut. de Phanut. tractat. de lucro dot. glossa 14. vers. nunc videndum.

Cardo itaque est negotii: An maritus hoc casu vxorem occiderit, vel causam dederit morti ipsius? vbi attendendum, † an lucrum tale veniat ex pacto, Statuto, &c. vel non? Et an statutum Bodense deferat hoc lucrum, ex delicto mariti, num vero Actores plus tempore petant? vt vult Reus: & sic incidit in poenam §. hodie autem. institut. de except. & §. Reus autem. & §. sed hac quidem instit. de action. l. pecuniam 36. ibi glossa de reb. cred.

21 Quoad dictum † statutum, vel consuetudinem Bodensem, satis liquet de eo, nec partes contradicunt. Quoad occasionem, † non sufficiunt verbera. Iasp. post Zaf. in d. §. vir. numero 7. vers. quarto colligo. Quia non extenduntur poenalia: Mysing. obseruat. 40. centur. 1. Menoch. de arb. iud. 2. centur. 4. casu 364. Alexand. consilio 15. numero 2. lib. 4. Hartm. Hartm. pract. lib. 1. obser. 21. Schurff. consil. 42. centur. 1. Damhoud. in pra. Crimin. c. 64. numero 3. & c. 141. numero 5. Grammat. consil. 154. num. 12. Tirag. de ll. connub. l. 1. numer. 8. & 12. Neuisan. in sylvia. §. non est nubendum. num. 36.

Sed ex probatis constat, quod vxor Reo causam dederit: nec conquesta de mala tractatione.

23 Et iuris, † quod lucrum dotis non procedit: quando incepit eam bene tractare, Roland. à Valle. in tractat. de dote. question. 70. Imol. l. si cum dorem. §. si autem. versicul. ult. solut. matrimon. Campegi. de dote. lib. 5. question. 4. in fin. Ruin. consilio 131. colum. 1. in fin. volumine 4.

24 Licet hoc † coacte sit factum: Roland. question. 70. numero secundo, (Iam deduxit dicta testium, & deinde dixit) Quare ex prædicta iam depositione testium, magis confirmatur in sua sententia, vt dicta condictio non competat hæredibus. Nec videtur obflare; quod notat Alexand. in d. leg. rei iudicata. numero quinto, versicul. limita tamen solut. matrimon. glossa magna & Bartol. in d. leg. rei iudicata. Ad hoc facit confessio Ma-

riæ, daß ihr Mann sie wol hält / wer anders red / der liege.

Quod vero ad morbum Caducum attinet, colligit, Reum non fuisse causam, ex dictis testium (quæ deducit) Illæ causæ cumulatae, † dubiam 25 faciunt probationem Actorum, quod Reus causam dederit morbo, quia non probat hoc esse, quod contingit abesse. Accedit maledictio DEI, propter clandestinitatem matrimonii, & quodammodo perurium Mariæ. Sicque dubia sit probatio, ad absolendum, vel condemnandum. Sed omnis probatio, † ratione incertitudinis vi-

26 ciatur, & nullum effectum iuris producit, c. in presentia. de probat. l. non hoc. C. vnde cognat. Baptist. Zillet. consilio 47. numero 30. Et paria sunt, † non esse de- 27 lictum, vel non probatum. l. si duo. de testam. tut. Zillet. consil. 51. num. 24.

Præterea, licet Dd. post glossam in dict. §. si vir. extendant, in casum, quo vir medicum vxori non adhibuit, vel malum medicum adhibuit: Roland. à Valle in tractat. de lucro dotis. question. 64. Phanut. de Phanut. in tractat. dot. gloss. 14. numer. 8. Tamen ea negatiua probanda est; leg. ex hoc iure. & l. ita stipulatus. in princip. de verb. obligation. Alexand. d. consilio 123. in 2. volum. Zaf. in d. l. si ab hostibus, solut. matrim.

At multis etiam testibus conuinci posse videtur, Reum in ea re omni culpa vacare. Accedit præsumptio † affectionis piæ erga vxores, vt 28 Signor. de Homod. consilio 63. numero nono, 10. 11. 12. Phanut. de Phanut. de dot. gloss. 14. numer. nono, Alexand. consilio 123. numero quarto, versicul. tertio respondeo. volum. 7. Roland. à Valle. de dot. quæst. 66. numero 8. Videtur & vna tantum poena, vnum delictum esse puniendum. Zillet. consilio 13. numer. 2. Excusatur † & 29 maritus, quando eius consanguinei, vxori benefecerunt, vt hoc casu factum, Alex. consilio 123. num. 14. volum. 7. Phanut. gloss. 14. num. 9. Roland. quæst. 62. 8. & quæst. 67.

Vltimo videtur remissa iniuria à parte Actricum, vt testes quidam deponunt. Sed dissimulatione tollitur iniuria. §. iniuria. institut. de iniur. Marant. p. 6. numero 58. nudo quoq; † pacto leg. si tibi. §. 30 quedam. de pact. Wesembec. in titul. de iniur. Et remissione tacita & expressa: Boss. in pract. crimin. de iniur. numero vigesimo tertio, quæ colligitur ex colloquio, conuictu, manus coniunctione, &c. §. fin. Ang. institut. de iniur. Boss. in d. pract. Crimin. Codic. de iniur. numero decimo quinto, Damhoud. cap. 136. num. 20. 21.

His tamen non obstantibus, plura videntur in contrarium facere. Quia d. §. si vir. extenditur ad casum, quando maritus causam mortis dederit, aut eius culpa vxor perit. Sed probatū, quod Maria fuerit sana, formosa, &c. Item, quod vero amore prosecuta maritum. Sed contrarium fecisse Reum statim & post, per multa facta, quæ hic recitanda non sunt. Inde verisimiliter colligi, morbum † Epilepticū causatum, ex mala tractatione: 31 Tirag. de ll. connub. in l. 15. à numero 73. ad 82. præcipue, num. 73. 74. Cum igitur causam morbi non auertit, cum

- tit, cum potuit, locum habet, quod dicitur: qui propositum suum non prætextit, cum potuit, in causa pari cum factore habendus est *l. omne delictum. 6. §. quo præpositum. de remilit. l. 1. §. occisorum. §. tibi. ad SC. Syllan. c. facientes distinct. 80.* Id confirmant quædam testium dicta. Nec ullibi constat ex actis,
- 32 quod medicum adhibuerit, † hoc casu lucrum dotis amittitur: Omnes post *gloss. in d. §. si vir. Bald. Ias. & alij ibid. Phanut. gl. 14. numero 9. Ludou. Carer. in pract. crimin. §. homicidium. numer. 23. vers. 11.* Accedit,
- 33 quod expulsio † ex domo, facit amitti lucrum dotis, quia æquiparatur malæ tractationi, *Phanut. d. loco numero 5. vers. quintus. quando. Ias. in d. §. tenet contrarium.* Item, † quod ægrotam verberauit. Item, concio funebris, & fama communis testatur.
- 35 tem, † negauit, eam esse vxorem suam. Per hoc enim amittitur ius mariti, *Phanut. de inuentario hered. part. 6. numero 123. vbi allegat Barr. Alexand. Castr. in l. etiam. solut. matr. Campeg. de dot. part. 3. q. 265. Hippol. de Marfil. in rub. de fideiuss. numero 379.* Item, † vir putatius non lucratur dotem, vel partem eius, quam alias ex pacto vel statuto haberet, *l. C. de condit. ob caus. Bald. de dot. pari. 31. num. 29. & 49.*
- Accedit, quod Maria vmb eim Kind gebracht worden: quod affirmant quidam testes. & fama: Item, hat sie in die Seiten gestossen / das sie geklagt / etc. Ideoque pœnæ iuris locum habent. Et putat, licet pœna † corporalis non habeat iam locum: Tamen contra hæredes, pro arbitrio Iudicis, in pœnam pecuniariam conuerti posse, & ob probatum delictum, Iudicem hæredes in restitutionem fructuum dotis condemnari. *arg. quod not. Mynsing. resp. 7. numero 32. ad fin. Grilland. de relaxat. carcerat. capit. 1. Sexto non omittam. Mynsing. obseruat. 30. centur.*
- 38 2. Quæ pœnæ † mutatio etiam contra hæredes locum habet, *Mynsing. d. respons. 7.* Quia ciuilitè hic agitur ad pœnam, *Bartol. in l. prætor. in princip. de sepulchr. viol. glossa in l. si qua. in princip. in verb. audi. C. de Episcop. & Cleric. Mynsing. d. respons. 7. numero 9.* Non obstat, *d. l. senatus censuit. 14. de accusat.* quia † communiter non limitatur, nisi vna pars ciuilitè, alia criminaliter agat: Licet enim cumulati non possit: Tamen ab vna parte ciuilitè, ab alia criminaliter agi potest. *l. vnica. C. quando ciuilis actio crimin. præiud. d. in d. l. Senatus. facit l. cum ex vno delicto. de obligat. & action. leg. qui de crimine. C. de accusat. Mynsing. consilio 7. numero 3. dicit, pœnam † ex delicto, fitco applicatam, facere causam criminalem Bartol. d. l. Senatus. numero 1. Nihil enim præiudicat accusatio ciuilis pœnæ criminali, l. ita vulneratus. i. respons. in fin. ad l. Aquil. Facit, quod dispositio, † loquens de vxore, locum habeat de viro. *Gabr. commun. conclus. lib. 6. dell. conclus. 3. num. 1. 2. quem vide.**
- Ultimo, non obstat, quod Maria non sit conquesta in vita: quia falsum est, vt deducitur ex testibus cum dictis.

- Nec obstat, quod iniuria sit remissa à patre Maria: † quia non potest, in casu, vt per *Bartol. & alior. in l. Lucius. 38. num. 3. solut. matrim. Marant. in part. 6. titul. de inquisit. numero 71.* Deinde respondetur,
- 43 quod non agatur nomine proprio, † sed nomi-

ne vxorum, quibus inuitis non remittitur ius actionis: Imo, tanquam hæredes, coactæ sunt, hanc iniuriam persequi, ne fiscus succedat, *leg. cum fisco 9. l. sequens. 15. ad SC. Syllan. leg. si ea. leg. cum fratrem. Cod. de his quib. vt indign. leg. cum mortem. 27. de iure fisci.*

Nec releuat, quod dicitur: Si maritus † postea bene tractet vxorem, non amittere dotem: Quia hoc intelligitur, re integra: *communem dicit Roland. à Vall. quæstion. 70. Phanut. in tractat. de dot. glossa 14. numero 5.* Et in delictis, principium est spectandum *l. illud. §. fin. ad l. Aquil. Zillet. consilio 17. numer. 10.* Hinc adhuc infert, causam mortis esse penes maritum, & probationes Actorum præualere: nec litos: Cum nihil interfit, † occidere, vel causam præbere. *l. nihil interest. 15. ad leg. Corn. de Sicar. leg. 3. ff. eod. l. qui occidit. 30. §. nam qui octastionem ad leg. Aquil. Wescimbec. ad d. tit. ad l. Cornel. num. 12. Damboud. cap. 72. num. 4.*

His accedit, quod ex duabus præsumptionibus vel † pluribus adminiculis, in ciuilibus, surgit sufficiens probatio: *c. cum causam. de probat. ibi Felin. glossa 3. §. ideo. verb. speciem. de testam. Bartol. l. 1. §. idem Cornelio. de quæst. Bald. Angel. leg. non est verisimile. quod met. caus. Zillet. consilio 95. numero 1. Mynsing. obseruat. 100. centur. 2. obseruation. 33. centur. 5. Gabr. conclus. t. lib. 1. numero 20. 24. 30. 70. Grammat. consilio ciuili 45. numero 9. Felin. cap. causam de probat. 4. colum. Bald. consilio 254. Grammat. decis. 42. numero 12.* Et sufficiunt tales † probationes in vxoricidio. *Phanut. glossa 14. numero sexto. Menoch. de arbitr. iud. libro secundo, cent. 2. casu 116. num. 16. Grauet. consil. 220. num. 15.*

Superest videre, num appellans vsufructu bonorum paraphernalium sit priuandus. Dubium mouet *text. in d. l. si ab hostibus. §. si vir. ibi Dd. Item, quod dotis amissio non extendatur ad parapherna Bald. l. 1. Cod. de iure dot. Mynsing. resp. 1. num. 42. & 43.* Cum pœnalia sint retringenda, vt supra dictum. Putat tamen † extendendam ad parapherna, vt *Costan. de dot. c. 6. numero 25. per ibi alleg. Deinde d. §. si vir. loquitur de dote: sed eadem actio datur etiam pro paraphernis l. vbi adhuc. 29. Cod. de iure dot. Schneidev. in §. fuerat. num. 106. Tertio: illud colligit ex ratione legis, ibi. non enim æquum. Et conceditur extensio † in pœnalibus, quando subest eadem ratio, de calu expresso ad non expressum. *cap. 1. §. porro qua fuit prima caus. benef. Bald. in l. si quis id quod. de iuris. omn. iud. Dec. in l. factum. 198. numero 15. 16. de reg. iur. l. si vnquam. versic. reuertatur. numero 248. de reuocand. donat. Facit & naturalis ratio, quod hæreditas † sceleste acquisita, auferatur. Ergo magis in vxoricidio. *Lucius. 9. glossa circa med. de iure fisci. leg. in heredem. §. de Calumniat. l. quod diximus. 16. quod met. caus. Bald. consilio 254. vol. 2. Et si culpa † debentis lucretati, non sit solum matrimonium *l. consensu. C. de repud. Campeg. de dosib. part. 5. q. 2. Phanut. de dot. gl. 14. num. 4.****

Ex eadem causa † non debet quis consequi pœnam & præmium. *l. siue hæreditaria. de negot. gest. leg. 3. de his quibus vt indign.* Et verisimiliter non fuisset concessura lucrum, in casu ingratitude Phanut.

phanut. glossa 14. num. 5. vers. item si vir fuit ingratus. Saluandam igitur esse priorum Iudicum sententiam, non solum in usufructu dotis, sed & paraphernalium.

Possit circa finem dubitari, ex verbis prioris sententia: *Sampri auffgehobener Nuzung*: de fructibus dotis: & de usufructu dotis, debito tempore non restituta: Item, de culpa, dolo aut negligentia, si quam in rebus dotalibus commisit Reus. l. et. 18. §. 1. solut. matrimon. l. in reb. de iur. dot. Item, de restitutionis differentia, inter res mobiles, aut incorporales, & res immobiles l. vnica. §. exacte. C. de rei vxor. act. & eas res, q̄ pondere, numero, aut mensura constant l. res in dorem data. de iur. do. Item de fructibus vltimi anni, pro rata temporis restituendis. Item de controuersa computatione, de qua Ulpian. in l. fructus. §. Papinianus. alias, diuortio: solut. matrim. & l. de diuisione. §. eod. glossa l. vnica. §. cū qua ex stipulatu. verb. temporis portione. C. de rei vxor. act. Hartman. de dot. circa fin. Costan. in miscellan. c. 6. & 7. li. 5. Sed his non putat insistendum, cum ex actis non constet de qualitate dotis: & hæc melius in puncto executionis controuertantur.

Concludit, antea bene iudicatum, male appellatum.

- Quoad expensas, eas vbique compensandas: Præcipue vero, † quod Appellans iustam causam videtur habuisse, propter multos testes pro ipso deponentes. Myns. respons. 42. nu. 15. 16. & respons. 59. numero 57. 58. notatur. in l. qui solutum. §. etiam. de legat. 2. §. oportet. aut h. de iudicib. 1. asl. properandum. §. si autem alterutra. vers. 5. conclus. qui probauit per test. C. de iud. Bald. in auth. generaliter. §. 6. colum. C. de reb. cred. & l. 1. C. de aduot. diuers. iud. Prout plura argumenta pro eo adducta sunt: quæ repetit. Inter cætera, quod † omnes probationes Actorum, sunt tantum præsumptiue, non necessario, concludentes quod vxorem suã occidit, iuxta §. si vir Deinde, quod Actores, † quoad donationem ante nuptias, succumbant, & partim etiam plus repetant. §. plus autem. insit. de action. Et sic Reus in prima instantia iustam causam litigandi habuerit. Quibus casibus Reus excusatur ab expensis. Gabriel commun. concl. lib. 2. de expens. c. conclus. 2. n. 10. 13. Bart. in l. qui solidum. de legat. 2. Boer. decis. 74. Berran. conf. 231. col. 1. vers. in de autem volu. 3. in nouis Hippol. Marfil. de fideiuss. num. 339. vbi ait, communem per gl. c. 2. de confess. in 6.
- 57 Et plus re, † vel qualitate conuentus, dicitur habere iustam causam litigandi, Iason d. l. properandum. §. si autem. vers. quinto quæro. pone, quod actor plus debiti, &c. Accedit, quod contra Reum † huiusmodi actio instituta fuit, ob quam existimationis etiam, & famæ suæ periculum vertitur, facit Bart. in d. §. si autem alterutra. vers. octaua conclusio.
- 58 Addi quoque potest, quod vtrinque † præstitum est iuramentum Calumnie, quod ab expensis aliquo modo excusat, Roman. l. 3. in prin. notab. de iureiur. Bald. l. non ignorat. C. de fruct. & lit. expens.
- 60 Iam d. loco. Mouet etiam, † quod iam miseri pupilli sunt in hæc, quorum vel maxime commissio ratio habenda: ne iniquitas patris ipsis imputetur.

Aliud in eadem causa.

D. Ql. Correferens. Cum Referente. Quia intelligit d. §. si vir. etiam de mala tractatione, & nulla curatione, causante mortem vxoris allegat Wilhelm. Benedict. c. Rainutius Sectione, mortuo tanquam testatore. numero 34. de testamen. Oldendorp. class. 7. art. 12.

Quoad expensas, quamuis ex æquitate, & non rigore iuris, compensatio fieri possit: quia tamen in prioribus duabus instantiis cõdemnatio facta, non videt, cur iam fieri aliter debeat, præsertim cum in grauaminibus nihil noui probarit. Sed victus ex prioribus actis in expensis cõdemnandus, licet in Principali victor fuerit: Bapt. A. in sua praxi. §. 32. ampl. Lanfi. de expens. n. 9. Gail. obseru. 152. lib. 1. num. 4.

Saluo.

D. C. Per omnia cum Correferente.

D. X. Cum Referentibus: Reum omni lucro priuandũ: Idq; arbitrio Iudicis relinquendum: Menoch. lib. 2. cent. 2. casu 139. in specie de seuitia mariti. Tiraquel. l. si vnquam. verb. omnia. numero 30. versic. quæ seuitia viri. C. de reuocad. donat. Item quod † causa causæ, censetur causa causati. Bartol. in l. et si amici. C. ad leg. Iul. de adult.

Quoad expensas, & sic in totum, cum Referente: quia Actores plus debito petierunt in prima instantia: Ideo quo ad hoc male iudicatum, & ibi sententiam reformandam: *Expensis in hac instantia compensatis.*

D. S. Cum referente.

Aliud.

D. à Ex. In principali cum Referentibus. Sed quoad procuratoria, dubitat. Quãuis enim maritus † sine mandato agat. l. maritus. C. de procurat. 62 An tamen alium substituere possit: videtur sibi speciali mandato ad hoc opus esse, & sic esse de praxi Cameræ, vt in simili, in causa Müller cõtra Ortenburg. se Referente, 7. Iulij. Anno 78. Ideo præambula opus esse. Maxime vero hic: attento, quod non de bonis dotalibus hic agatur, vbi sine mādato maritus agit l. doce ancillam. C. de rei vendic. Nec etiam de paraphernalibus, † cum dote non traditis, quæ receptitia vocantur, pro quibus maritus sine mandato non agit; l. maritus. C. de procurat. Quia vero pro appellatis pronuncian- dum; possumus pronuciare argumento Dis- sertation Abschieds. Bart. Bald. Salic. d. l. maritus. Myn- sing. cent. 3. obseru. 53. Gail. lib. 1. obs. 133.

Quoad expensas, cū Correferente: Quia Appellans bis ad eundem lapidem pedem offendit, & bis condemnatus; sententiis non acquieuit, præsertim nulla grauaminis, expensarũ respectu, facta mentione, ita vt potius differendi animo, Appellatio videatur interposita.

D. D. Cum Correferente: allegat, quoad expensas, Specul. in tit. de expens. in causa appellationis factis.

Saluo.

D. R. f. rens, suo voto addit. Quæ traduntur de tripli. bus bonis vxorũ (de quibus Dec. consilio 521. Schneidev. in §. fuerat. n. 39. insit. de act. Myns. obs. 53. cent. 3.)

C

53. cent.

53. cent. 3. Horoma de dot. col. 3. per Nouel. 97. Geil lib. 17. 6. 16.) Concludit breuiter, hic agi tantum de paraphernalib. & non de receptitiis, id est, quæ mulier ex tradita dote sibi referuabat, iuxta Geil. vt supra. quibus addit, quod hic constat de mandato vxorum. Primo, † ex diurnitate temporis, Dec. consilio 638. col. 2. las. l. 2. C. qui admitti, &c. At hic viginti annis acquieuerunt: Ergo &c. vt per Vant. tit. qualiter sententiæ & processus ex diurnitate. num. 92. Præsertim, cum mandatum in aliqua parte processus enunciatur, vt hic factum, in der Probattonsschrift in princip. Secundo: † quia non contradicendum à scientibus, l. semper. de reg. iur. l. qui patitur. Mandati. c. fin. de iure iur. in 6. l. 2. S. fin. matrim. c. cum olim. de offic. deleg. Inno. c. ex parte datam ibi Dd. in c. nonnulli, de rescript. c. cum in iure. de offic. deleg. Rot. decis. 454. Felin. in c. cum olim. colum. 2. in fin. de offic. deleg. Alex. and. in l. sape. 1. colum. de re iud. Tertio, † ex eo præsumitur mandatum, quod in utilitatē mandantis gestum, vbi verisimiliter mandasset, Dd. in l. si quis nec propositum. si cert. pet. Alex. consilio 106. lib. 2.
- 67 Afflict. 340. circa fin. Accedit, † quod maritus dicitur persona coniuncta. glossa l. 1. C. quib. res iud. non noc. l. fin. Cod. res inter alios act. Rota decis. 777. Vantius: quib. mod. sent. nullit. repar. num. 99. Concludit, præambula non esse opus.

Saluo.

Aliud eiusdem causæ.

Ponderatis actis, & probatis omnium instantiarum, necnon visis & intellectis Dominorum votis, comperi fati abūde, partium iura discussa & enucleata. Cumque Domini in diiudicatione causæ principalis conueniāt, nec mihi reliquum esse superflua mouere. Quia vero in puncto expensarum in diuersum est itum, videtur & meo calculo, Domini Referentis sententiam, iuris & æquitatis rationi consentaneā esse, eamque sic defendi posse: prout & in hoc priorem sententiam reformandam censeo. Reliqua, ob legitimationem insufficientem mota, nec mea opinione impediunt, quo minus, præsertim pro Appellatis, pronuciari valide possit.

V O T V M XXVII.

In causa D. C. contra B. vnd X.

Ciuitatis F.

S V M M A R I A.

- 1 Probanda duo sunt Bromio hoc loco. & num. 2.
- 3 Delegatio loco solutionis habetur.
- 4 Executio cōtra debitorem Principalem, semel facta delegatione, quando fieri possit.
- 5 Nouatio tollit priores obligationes.
- 6 Nouatio inest delegationi.
- 7 Obiecta Bromij duo & quæ. & num. 10.
- 8 Coram principe narrare factum, & petere iustitiam, sufficit.
- 9 Clausula omni meliori via. &c. Virtus qua & quāta.
- 11 Negligentia & culpa ratione alleganti incumbit probatio.
- 12 Culpa non præsumitur, nisi probetur.
- 13 Rationes quæ & quot, cur Bromio in hoc casu iniuri-

- ta sit probatio, & sub nume. 14. 15. 18. 31. 41. 42. 43. 45. 46. 52. 53. 54. 55. 57. 58. 59. 60. 62. 66. cum 7. subseq.
- 16 Consilium qui dat ratione officij, vt Assessor, officialis, decurio vel senator, & administrator Republicæ, is tenetur ex malo consilio, etiam nō dolo, si in damnum Republicæ tendit.
 - 17 Imperitia adscribitur culpa.
 - 19 Liber rationum qualiter debeat esse compositus vt valeat. & num. 20.
 - 21 Rationum redditio duo continet, vt ibidem & numero 22.
 - 23 Rationes vt reddite dicantur, vnum sine altero non sufficit.
 - 24 In culpa lata quis est non indagando, qua specialius & accuratius perquirenda sunt.
 - 25 Culpa lata est, non facere ea, quæ quilibet homo fecisset præsertim mandatarius, &c.
 - 26 Mandatarius de omni culpa, etiā leuissima tenetur.
 - 27 Culpa leuis quando consideratur in rebus alienis, nihil aliud est nisi deuiatio ab ea diligentia, quam adhibent homines diligentes, eius conditionis & professionis.
 - 28 Administrator, si vnicus tenetur tantummodo de dolo & lata culpa, & de culpali negligentia, de leui autem & ciuili inaduertentia non tenetur. n. 29.
 - 30 Negligens in rebus alienis quis esse nō debet nec potest.
 - 31 Responiones Bromij quæ. & nu. 32. 33. 34. 35. 36. 37. & 38.
 - 39 Scire, vel scire debere vel potuisse, facta diligenti inquisitione & animaduersione, equiparantur. Lata culpa imputari potest. nu. 30.
 - 44 Culpa lata adscribitur, assuerare, imo pertinaciter inculcare ea, quæ postea contortis quibusdam exceptionibus, se ignorasse quis dicit.
 - 47 Ignorantia in facto alieno, generaliter non excusat; imo taliter ignorans dicitur in culpa. numero 48.
 - 49 Ignorantia, quando quis tenetur inuestigare, dicitur habere maximam negligentiam, non inuestigando; talemq; ignorantiam alleganti, tanquam negligenti, iura nō subueniunt. numero 50. 101. Et damnum resarcire tenetur. numero 102.
 - 51 Culpa tum officit, cum casus propter illam euenit, qui alias non euenisset.
 - 56 Causam qui dat, damnum dat.
 - 61 Socij plures administrātes, singuli pro rata ad rationes tenentur.
 - 63 In conuentione prima huius casus tria probanda veniunt, vt numer. 64. & 65.
 - 74 Debita contracta per vnum sociorum, extra causam societatis, ante & post eam finitam, in diuisionem non veniunt.
 - 75 Responiones siue resolutiones ad Bromij in specie prætesas probationes quæ, vt n. 76. 77. 78. 79. 81. 83. 84. & 85.
 - 80 Tutor confundēs suos & pupilli reditus, dicitur esse in culpa.
 - 82 Annotatio generalis & breuis vsus pecunie summaria non sufficit.
 - 87 Iuramentum præstitum licet à dolo, non tamen à culpa & negligentia quoque excusat.

88 Culpa

- 88 *Culpa leuissima ab emendatione damni nõ excusat.*
- 89 *Culpam abesse, non excluditur per iuramentum; Et aliud est conueniri ex culpa, vel ex dolo. nu. 90.*
- 91 *Dolus preponderat culpa, nec debet remanere impunitus.*
- 92 *De dolo conuentus, tenetur in solidum, etiam ad damna & interesse, quæ solo partium iuramento probantur. Si autem ob leuem culpam tantum conuenitur; tunc ad periculum sortis tantum tenetur. numero 93.*
- 94 *In dolo vel culpa est is, qui turbat scienter.*
- 95 *Dolus & lata culpa, imo & leuis & leuissima culpa, plectitur pecuniariter, extra ordinem. Culpa qualiter inquit dolo. n. 56.*
- 97 *In societate quilibet pro parte, quã habet, sunt obligati, & quisquam in solidum conuenire potest.*
- 98 *Veritas plus valet quam opinio.*
- 99 *Confessio erroris facta, reuocari potest.*
- 100 *Electione vnus ex obligatis in solidum, alij mero iure non liberantur.*
- 102 *Paria sunt, quem esse certum, vel certificari posse.*
- 104 *Culpa cum culpa cõpensatur, si pares sunt in culpa.*
- 105 *Qui non facit id, quod scit, vel facere debet, tenetur ratione officij, & quare. ibi. numero 106.*
- 107 *Socij se inuicem preposuisse intelliguntur, vel illum, qui communi nomine negociatur.*
- 108 *Solutionem factam esse qui dicit, ei incumbit probatio; Et appellatione probationis venit etiam nominatio. numero 109.*
- 110 *Socius non tenetur ex contractu socij, nisi probetur, pecuniam versam esse in communem arcam; Et vnus sociorum, alium non obligat. num. 111.*
- 112 *Definitiuè qualiter in hoc casu pronuntiandum, & numero 114. Quæq; in hæc actiones veniant. nu. 113.*
- 115 *Culpa nulla est societas.*
- 116 *Similitudo tutorum non omnino conuenit Reipublicæ administratorum.*
- 117 *Administratores ex beui culpa & ignauia, tantum ad periculum sortis tenentur.*
- 118 *Iuramentum ad non cogitata non extenditur.*
- 119 *De natura cõtractus societatis, tantum propria, non aliena, vel prius contracta debita veniunt.*
- 181 *Probationes pro Bromio, & responsiones siue relationes contra Bromium; vt num. 119. 122. cum seqq. vsque ad numer. 152. item 153. 154. 157. 158. 160. cum 4. subseqq.*
- 120 *Iuramentum ad non cogitata non extenditur.*
- 121 *De natura contractus societatis, tantum propria, non aliena, vel prius contracta debita veniunt.*
- 151 *In re mandata, in negociis gerendis & societate sufficit, illam adhibere diligentiam, quam in rebus propriis quis prestare solet.*
- 152 *Socius tenetur probare, quod socius in rebus communibus non adhibuerit eam diligentiam, quam tempore contracta societatis solitus erat adhibere in propriis.*
- 155 *Vnus à pluribus facilius, quam plures ab vno decipi potest.*
- 156 *Duo vel plures oculi plus vident quam vnus.*
- 159 *Socius contrahens secundum mandata & conuentiones factas in societate, obligat socios alios solummodo, pro quantitate, quam alij habent in corpore societatis, & non vltra.*
- 165 *In reconuentione prima in hoc casu, ex dolo, ad tria actum est, & ad quæ.*
- 166 *Ad absoluendum debemus esse promiores, quam ad condemnandum.*
- 167 *Dubitationes quæ, cur Bromio per sententiam Camera vltior probatio & liquidatio, & quidem grauis iniuncta, in hoc casu, fuerit & nu. 168. 170. cum 5. subseqq.*
- 169 *Debitum idem bis à duobus in solidum, contra bonam fidem exigitur, & nu. 183. Limitatur. n. seqq.*
- 176 *Culpa non caret nimia commendatio.*
- 177 *Responsiones ad obiecta Bromij quæ, vt num. 180. 181. 182. 184. 187. 188. 189. 194. & 195.*
- 177 *Dolus sub se comprahedit culpam, separatiue tamen.*
- 178 *Dolosus est etiam culposus, sed non econtra.*
- 179 *Ad dolum qui agit, is & ad culpam agere dicitur, nec alteram tollit, vel consumit alteram, cum facile & commode ad inuicem separari possint.*
- 183 *Duo in solidum quando sunt obligati, quandiu quia à primo non recepit, vel habere non potuit id, quod sibi debetur, licet etiam à secundo vel tertio idem exigere, ita tamen, vt solutione vna liberentur reliqui.*
- 186 *Facere quid qui suscipit, is idem explicare debet, alius tenetur.*
- 190 *Actiones plures, quando ex narratione facti elici possunt, quarum vna apta, & altera inepta, etiam si conclusio fiat super inepta, probatio tamen & sententia super apta fieri potest.*
- 191 *Actio de dolo quum sit instituta, & biennio continuo finita, in eius locum succedit actio in factum, quæ in locum actionis est inducta, & perpetua est.*
- 192 *Iudex ex virtute clausula salutaris, impartiri potest solum officium, etiam non petiturum.*
- 193 *Iudex secundum Felin. officium suum impartiri potest etiam si clausula salutaris non adsit.*
- 194 *Ex consilio quando quis non teneatur, & quando teneatur.*
- 196 *Causa vna ex altera profluit.*
- 197 *Pro defensione & confirmatione interlocutoria dõ minorum in hoc casu quæ, vt num. 198. 199. vbi tamen distinguitur.*
- 200 *Ex persuasione quando quis obligetur.*
- 201 *Societas, & rerum communio, & dolum & culpam recipit, nisi socius suisset negligens in rebus suis tempore cõtracta societatis, tunc enim sufficit, eam adhibere diligentiam, quam in rebus suis. numero 202.*
- 203 *Socius faciens alium socium expendere res suas in malos vsus, vt in actione ad illas resarciendum tenetur.*
- 204 *Sociorum vnus si ponat factorem, pro socio, si is male gessit, tenetur pro socio.*
- 205 *Culposus non solum est, qui fecit, quod non debuit; sed & qui omisit, quod facere debuit.*
- 206 *Negligentia magna, culpa & dolo equiparatur.*
- 207 *Administrans nomine ciuitatis, si in administrando*

- fit negligens, & quid omittit, tenetur etiam ad interese.
- 208 Culpa est id asserere, se scire quod non scit, vel ignorat, & sic alterum in damnum inducit.
- 209 Argumenta, quibus Brom. contra sententiā latam vititur qua; Itidem responsiones aduersus eius argumenta qua; vt numero 210. 212. cum 25. subseq.
- 211 Consilium qualiter & quando obliget mandantem.
- 238 Ad condemnandum in hac causa qua sufficiant.
- 239 Actio in factum, duo habet potissimum capita n. 240.
- 241 Probanda fuerunt Bromio in hoc casu duo, & qua.
- 242 Res iudicata pro veritate habetur.
- 243 Terminis submissionis cur in sistendum.
- 244 Iudicatio huius presentis causa consistit in eo, an ei interlocutoria in totum vel aliqua ex parte sit satisfactum. numero 146.
- 245 Dolus & lata culpa non aequiparantur.
- 247 Præceptum impossibilem conditionem continens, ipso iure nullum est.
- 248 A sententia & præcepto continente quid impossibile non est opus appellare, nec ob nullitatis existentiam meretur executionem numero 249.
- 250 Distinctio in hoc casu adhibenda, vt nu. 251. 252. Distinctio alia, nu. 253. 254. 255. 256.
- 254 Iudex si est ignorans impossibilitatis, valet eius præceptum & sententia, salvo tamen restitutionis beneficio.
- 257 Equipollentia sunt, aliquid facere posse, vel stare per se, quo minus fieri possit.
- 258 Fortuitum casum allegans, duo probare debet, casus scilicet emergentiam, & quod sine sua culpa interuenit casus.

VOTVM D. B. Referentis. Submissum principaliter in puncto liquidationis, ad interlocutoriam 26. Iunii, Anno 72. hic latam, iuxta quam duo probanda sunt Bromio. Primo, quod summa trium diuersarum postarum, videlicet 20000. fl. 80000. taleri, & 30000. fl. de quib. in 58. articulo primæ reconuentionis, ipsius senatus, in utilitate der Schadlos, Beschreibung conuersa, hoc est, æs alienū der 171000. fl. ibi specificatum, inde exolutum sit. Deinde, quod quantum senatus pro summa sua capitali, & sic proportionabiliter, siue pro rata, vt loquuntur, in eo teneatur. Quod ipsum tamen ex obligatione societatis (si reliqui socii in eo consistere, ac senatum ulterius grauare non vellent) satis clarum & indubitatum videtur, vt quia ibi veteres socii 230000. fl. pro sua summa capitali prætenderunt: senatus vero, in vniuersum, tantum 100000. fl. tanquam fortē, in negociationes habuit, prout est in confesso. Et sic rata ipsius nō deberet excedere summā 51818. fl. 2. Bakern. 12. Pfennig. Hoc non obstante, vel attento, nihilominus conqueritur Brom. quod senatus cum dictis tribus postis, siue mutuis, nō dum præstiterit ex sua parte, quod debet, idque male cum eo conuenit. Quod impossibilitatem rationum, & ratæ allegat, nisi veterum sociorum damna & æs alienum iam olim, & ante nouam societatem cum senatu initam,

contractum ipsi à multis retro annis indebite obtrudere moliretur.

Cum autem, quoad vtrunque inter deducta & allegata per Bromium, nil admodum noui appareat, quod in prioribus actis, id est, ante interlocutoriam, non fuerit in medium allatum, senatus ipsdem quoque rationibus & fundamentis, quibus antea, contendit, Bromium ad vltiora de iure teneri. Cumque tempus præfixum, quatuor mensium, ante plures iam annos elapsum sit, sperat Senatus (prout sæpius etiam hæctenus inflitit) ad dicta priora, & vigore clausulæ salutaris, petitioni libelli annexæ, pronūciatum iri, quod iuris est. Nempe, & inspicit: Quod Bromio non licuerit, siue per dolum, siue temerariam assertionem, atque continuam instigationem & pollicitationem, Senatū, qui alias nunquam fuisset cum antiquis socijs contracturus, nec vnū denarium in illam societatem vel negociationem collaturus, articulo modo in ducere: sicque ad emendationem omnium damnorum & interesse, imo & ad pœnam aliquam extraordinariam, condemnandus, vel ob id ad Senatū remittendus veniat, vt habetur in dicta petitione libelli. Vbi tamen notandum. Quod extraordinaria illa pœna concernat etiam illud caput actionis, quod Brom contra datam fidem vnd Handgeilb/ ex Francofurdia recefferit, vt in 99. vsque ad 108. articulū huius reconuentionis. Sed quia in secunda conuentione, vbi actio, quod metus causa, ad liberationē eius instituta, idem pertractatum, nihil opus est rursus illa repetere: nec quicquam amplius desuper pronūciandum, cum sufficiat, semel ibi esse absolutum. Sicut & secundo, ratione summæ capitalis, ipsius Senatus videlicet 100000. fl. & 10000. fl. quos idem Senatus Bromio mutuo dederat, priori suo voto inhæret, vbi ob delegationem & nouationem, ex interuentu nouarū personarum, id est, der Mannlichen zu Augspurg factā (quæ delegatio loco solutionis habetur, Castrens. consilio 181. n. 1. part. 1. Bart. Socin. in l. 2. num. 3. solut. marrimon. & singularia, n. 20. si certum petatur. Et hic saltem ope exceptionis factæ, datur tacite nouatio Röchi-gall. de duob. Reis, in princ. l. 3. n. 18. fol. 140. vbi multa allegat, & Referens circa 2. conuent. late tractauit) Bromium absoluendum duxit. Postquam enim semel facta est delegatio, quod vt hic, non poterit postea fieri executio contra debitorem principalem, sed contra delegatum, si obligatus fuerit denuo, instrumēto sigillato, vt hic, per Mannich. Petrus Rebuff. in tract. de liter. oblig. articul. 1. gl. 9. n. 21. Quia nouatio, (quæ tollit priores obligationes, §. præterea. Inst. quib. mod. toll. oblig.) semper inest quæ delegationi. Wesemb. 31. n. 37. part. 1. Quod & aliis dominis tunc temporis visum fuit, quantum ex illorum votis intelligo, & satis ex ipsa absolutoria, penes dictam secundam reconuentionem colligitur, vt quæ ad defendendum & indemnem seruandum Senatū, ratione dictorum 10000. fl. propter litigiosam factam solutionē totalis sum-

ma,

ma, detur 1000. fl. inter dictos Mantich & veteres socios, vt qui illam comunem esse contendunt, ex vna, & senatum ex altera parte, instituta fuit. Quia vero hactenus super dicta summa capitali pronunciatum non est, sed vna cum aliis punctis, ad definitiuam vsque processum, merito referuari debuit, omnia per ipsum allegata iura, & rationes, ad hoc caput der Hauptgüter pertinentia, hucrepetit, & conclusiue Bromium a petitione libelli absoluendum censet.

Restat igitur solum dispiciendum, quid de istis tribus postis controuersis, iuxta & post interlocutoriam nostram, plus probatum sit, vel non, quam antea. Et quid desuper pronuncianum.

Prius tamen ad duo Bromii obiecta necessario respondendum erit. Primo, † quod dicit, non ad instantiam senatus, sed ex nobili officio ita Iudicem interlocutum esse, quasi velit dicere, modum in eo excessum: cum penitus non fuerit petatum: verum si attendatur clausula salutaris, cuius supra facta mentio, & quam etiam vrget senatus in probationibus, n. 78. vna cum vbique expositis, ac toties per eundem repetitis, maxime vero & quinta ipsius Bromii conuentione satis vtique ista etiã per dictos Actores petita videntur, & sic iure quoque, vt ex infra dicendis patebit; pronunciatum opinatur. Quoniam sufficit, † coram Principe narrare factum, & petere iustitiam: quia intelligitur, omni meliori via, &c. *Asst. f. d. decisio 95 num. 7.* Cuius virtus est, † vt Iudex possit cognoscere & iudicare super omnib. quæ ex narratis & probatis colligi possunt, etiam si specialiter & expresse hoc per libellantem non fuerit petatum, *Berous conf. 165. n. 21. vol. 1.* Deinde quia † imprimis conqueritur de iniuritate dictæ interlocutorie (cui tamen per omnia acquieuit, & etiam pridem transiit in rem iudicatam) proinde ac si non ipse, sed quondam Christophorus Moschauer & Philippus Lãberger, tanquam administratores & factores Salariati, ad ibidem contenta, soli ex omnibus sociis teneantur, eique præ cæteris, ac contra ius societatis, aliquid grauius & impossibile iniunctum fuerit. Ideoque ad diluendum hoc, & vt Domini, qui priori relationi non interfuerunt, merita causæ tanto melius intelligant, ac sciant, super quibus fundamentis Actorum petitiones innitantur, hoc est, cur Brom, vel saltem ratione culpæ & negligentie, † quæ alleganti probandæ sunt, *Benedic. Capra, 12 reg. 78. num. 56.* cum culpa † non præsumatur, nisi probetur, *Bart. & Dd. in l. quod Neruam, depof. ad omnium damnorum & interesse emendationem, pœnamque extraordinariam condemnari debeat, ex pluribus ac variis coniecturis, rationibus & circumstantiis, ex qualitate personarum, rerum & factorum desumptis, quæ (singulis tamen coniecturis) se & alios dominos, dum hanc causam Anno 71. & 72. referret, tam ad sic interlocuendum, quam ad præambulam sententiam, de se purgando, & iurando, quod nihil dolose egerit, (cuiusmodi argumenta, occasiones, per-*

feuerantia, atque obstinatio consequenter, imo multo magis, culpâ & negligentiam ipsius arguunt) mouerunt, nonnullas breuiter nunc attingendas, & ordine præmittendas, remque altius (quia omnis vis huius reconuentionis in eo consistit) repetendam statuit. Prolixius autem ista in suo voto, eiusque emendatione, cum singulorum probationibus, deducta inueniuntur. Idemque iam senatus in exceptionibus suis, pag. 5. §. ob auch wol in dem 38. r. & pag. 10. §. aber es me chre. Referendo se ad articulos libelli non nihil digito quasi demonstrat.

Sequuntur iam rationes, cur Bromio iniuncta probatio, etq. fere in omnibus culpa & negligentia imputanda sit.

Primo: † Quod Brom non tantum per aliquot annos, veterum sociorum desß Steirachsen Sätger Handels / quo ad Kupffer vnd Bley / institor Franc. fuit. vt ipsemet fatetur in exceptionibus num. 97. fol. 98. sed etiam postea, & adhuc ante senatum 30000. fl. in eadem negociatione habuit, ita vt per cõsequens, etiã vnus ex numero illorum fuerit, qui cum senatu societatem contraxerunt: vnde de dolo latiori, & lata culpa, *l. cum duobus, §. venit. ibi Bartol. pro socio.* Item de leui quoque culpa tenetur, *glossa ibid. textus in l. socius socio, eodem tit. §. fin. eod. inst. l. contractus, de reg. iur. l. si vt certo, §. nunc videndum, vers. sed vbi commod.* De pluribus speciebus culpæ vide *Bened. Capram in d. regul. 78. à n. 7. vsque ad 30. & Marant. in d. l. contractus.*

Secundo: † Quia de suo primatu Bromius, quod propter dictam summam 30000. fl. rationibus assidere sibi liceat; ac reliqui socii acquiescere teneantur, ijs, quibus ipse cū alijs tribus deputatis concluderet, diu multumque gloriatus est.

Tertio: † Quia cõtractæ nouæ societatis cum senatu actor, instigator, exhortator, persuasor & promotor vnicus, vel certe præcipuus, tam priuatim, quam publice, in senatu fuisse dicitur, & conuincitur: Idque multis ac variis rerum argumentis, postulando etiam: vt senatus præstiti istius beneficii mentionem faceret, ab initio libri sui, quem super lucro huius negociationis confecturus esset, atque illud in sui, ac familiæ suæ honorẽ, aureis literis, ad perpetuam rei memoriam annotaret. Quod senatus in secundis Ruplicis, nu. 164 fol. 9. tantum ad ostentationem & spem illam refert. *Es solte länger verhelet bleiben / das der Handel also vbel stünde / oder die Schäden möchten mit der Zeit auch gebüßt werden:* vt ut autem sit, ad minus culpæ adscribi posse; cum ipsi eo magis, tanquam conciuu & senatori, imo & Consuli, sicque duplici iuramento obstricto: imo homini, alias prudenti, perito & exercitato, in rebus etiam suis diligenti & studioso. Deinde & consocio, mandatario & deputato, senatus in omnibus semper fidem habuit, prout idem sæpe quoque expediuit: maxime autem tum ob frequentem & insignem eius commendationem, dicti Sätger Handels / præsertim ab immensa utilitate, ac quæstu incredibili, (idque vel exemplo Michaelis Mineburgi, Vlrici Rufferi, sui, & aliorum)

rum) tum & propter consilium & incitationem continuam, vt is pecuniam suam huc collocaret, tum, quia denique accessit asseueratio certa, firma, cōstans ac perpetua, adeoque bey seiner Seelen Seltsamkeit: quasi ista omnia, quæ toties laudauit, extulit & prædicauit, vera essent, ipseque sciret, quam optime addendo quoque, Man soll ihme darum vertrauen/ er wol Senatam nit auff ein Eyß führen/ neque se semetipsum, & germanum fratrem decepturum libenter. Quod senatus in dictis Replicis iterum bonæ spei adscribit, dicto fratri wol darauß zu heiffen/ etiamsi alij damnum paterentur. Is autem, qui dat consilium, † ratione officii, vt assessor officialis, decurio vel senator, & ad ministrator Reipub. teneatur ex malo consilio, etiam nõ doloso, si in damnum Reipubl. tendit, secundum Dec. in l. consilij, de reg. iur. & Cagnol. ibi. nu. 3. vbi post Philip. Franc. in c. nullus, n. 2. 3. de reg. iur. in 6. Illum ex consilio teneri dicit, quia ratione alicuius artis vel exercitii se peritum asserit: si tamen per imperitiam malum consilium dederit, teneri de damno dato, maxime in foro conscientiæ: quia imperitia † adscribitur culpæ. l. qua actione, in fin. ad l. Aquil. & l. illicitas §. sicut, de offic. presid. licet Franc. ibid. videatur velle, quod consulens non teneatur illi, cui præstitum est consilium, ex quo ille non tenebatur id sequi, sed illi teneatur contra quem est secutum consilium. Quod in proposito, Respublica esse posset, Præterea tu, qui mihi consuluisti contrahere cum certa persona, cum qua alias contraurus non essem, nisi te consulente, obligaris mihi actione mandati ad interesse, §. tua tantum, vers. & adeo, Instir. de mandat. l. si remunerandi. §. plane si tibi. ff. eod. & glossa vtrobiq. præsertim tali casu, vbi quis etiam terminos consilii excedit, vt in proposito deducitur in senatus exceptionibus, num. 88. Et vbi consulentis, id est, Bromii, & antiquorum sociorū, & eius, cui consulitur, interest, vt similiter deducitur in d. replicis fol. 44. de quo & Dd. in d. l. contractus & Franc. in d. c. nullus.

18 Quarto: † Quod non solum iuramento, & quidem insolito, adstrinxit senatum, vt pote de non patefaciendo ista secreta cuiquam, ita quod impeditus fuerit, aduocatos suos adhibere in consilium: Et quo minus statum, siue qualitatem & successum dictæ negociationis inuestigare poterit: sed quod etiam ipsemet Brom sapius profectus Islebiam, & in istas regiones, vbi ex quotidianis conuersationibus, cum suis confociis, iisque affinibus intimis & ministris, imo ab extraneis etiam (exemplo Consulis in Bonn/ qui de interitu iam sciuit) multa explorare & inuestigare potuit ac debuit. Cuius rei etiam argumento sunt ea, quæ Michael Meyenburger scripsit ad Bromium, vt inter eiusdem documenta n. 27. litera A. vbi Anno & c. 53. de 30000 fl. huc collocadis, vnd so viel er immer auffbringen könne/ daß man müß recht Welt haben. & litera C. Veneris post Oculi Anno, 54. ibi: Dun wißt ihr selbst/ das vnser Handel mit statlichem Hauptgut versehen. Item,

liter. D. Anno eod. de 20000 fl. solutis, ratione debitorum, Waltin Leiffen/ & ibidem in scheda, de 15000 fl. auffgenommen Wechsels. Præterea litera E. Anno eodem, de cupro, so nit folgen. Itē de 5000 fl. mutuo datis Ebnero. Et ibi in scheda: Quod parum cupri accipiant, vbi potissimum verba hæc obseruanda, vnd hoff/ es sol sich nit dermassen/ wie ihr schreibt/ vnd bericht/ er finden/ dann man nit dem alten Vorrath mehr/ dan alles Zins gelt/ mit dem dritten Theil viel mehr/ dan alle Wechsel/ bezahlen kan. Item in litera D. quæ est sine dato: vnd mangelt an Welt an den vier vnd vierzig tausent Stüden vnd andern/ das wir auff die Wechsel bezahlen möchten. Itē, wann wir zu Zinsgelt können kommen/ verhoff ich großes Nutzen. Vt taceam hic, quæ inter Bromium & Raulcherū, item Woschauer & alios, peracta sunt. Deinde, quod Anno 55. suscepto mandato à Senatu, solus interfuit rationibus, fidei suæ omnino commissis, nolens etiam aliquem sibi adiungi: eo nimirum prætextu & ostentatione, quod nullus admittatur ad dictas rationes, nisi habeat 30000 fl. in societate, vñ wann man ihm nit vertraut/ so sol man es ihme nit sagen/ de quo inter alios Bromii testis secundus Hans G. ad 53. interrogat. super elisiuis Bromii, vbi ait, se bene audiuisse ex Bromio, das man niemand zur Rechnung kommen laß/ vnd er selbst hab zu schaffen/ daß man ihn beylaß. Inde secutum, daß man ihn hincyn verordnet/ zu Anhörung d. r. Rechnung/ vnd einen/ als Philips N. zuordnen wollten/ das hab er wieder sprachen/ vñnd ge sagt/ Man mög den Kosten wol ersparen/ daß es sey vergeblich/ vñd er werde nit zugelassen/ ic. Et licet quidam testium de petito adiuncto dicant, tamen in eo, respectu temporis, errare videtur, cum alii plane contrarium deponant, & tantum in fine, da es nicht mehr gut thun wollen/ id petatum asserunt. Quare tanto etiam diligentior, in intuitu dicti mandati, & reculationis adiuncti, in suo officio, ac cautior ac prudentior in rebus omnibus, vel communicando saltem post reditum suum omnia Senatui, (prout alias communiter assolebat, & hic omnino tenebatur) præsertim vero in audiendis & examinandis melius rationibus; Item, conspiciendo libros ipsos, & inquirendo singula proprius, ac certius, nec sola Außbeut Zettel. Et generalissimis illis rationibus ex veteri societate, & forte à multis retro annis dependentibus (vt nu. 113. alias 53. quarum generalitatem, & quod ita moris, etiam allegat Brom in exceptionibus nu. 97. folio 78. & folio 83.) contentus esse, multo minus aliorum veterum sociorum, vel autoritate, vel facilitate & silentio, ac prætenfa obseruantia, in eiusmodi rationum redditione (quorum sociorum negligentia & oscitantia, imo dolo potius, sua confidentia, se nunc excusare conatur) commoueri, ipsorumque vestigia, in re tati momenti, leuius insequi debuit, prout hisce exceptionibus innititur, maxime in dictis exceptionibus numero 97. cum ipse bene sciuerit, quod liber rationū debeat esse taliter cōpositus: † quod

in eo omnia singulariter inferantur, non autem
debeat in genere, vel summa poni, & hoc ideo,
vt possit reperiri vel falsitas, Bart. cōsilio 150. incip.
cum prae dicta examinarem, per l. antepen. de condit. & de-
20 monstr. Et subdit, † quod qui aliter reddit ratio-
nem, non videtur edere, quia intelligi nō potest,
argum. l. argentarius, §. edi, de edend. Goz. ad. in consilio
17. n. 10. Bart. Socin. consilio 190. n. 1. volumine secundo.
Item sciuit, vel scire debuit, quod rationem red-
21 ditio contineat duo: Vnum, † quod consistit in
facto, videlicet, libros exhibere, & reddere, ex-
computare, percontari, examinare, dispungere
22 & excutere rationes. Aliud, † quod consistit in
damno, videlicet, soluere reliqua, & pecuniam
23 dare, l. si statu libera. in fin. de statu lib. Et vnum † sine
altero non sufficit. ad hoc, vt rationes redditae di-
cantur, l. cum seruus, l. qui sub conditione. de condit. &
demonstrat. Berous consilio 191. n. 38. & 42. volumin. I.
ad quorum neutrum B. om hic satis respexit, nec
24 obseruauit. In lata ergo culpa fuit, † nō indagando,
quae specialius & accuratius hic perquirenda
fuerunt. Bald. l. 3. num. 5. C. de naut. sen. Grauet. consil.
132. numer. 13. & consilio 115. num. 3. part. 1. Bened. Capr.
conclusione 5. numero 37. maxime in ita hac noua so-
cietate, & circa haec primas rationes: Item, quo-
niam antiqui focii Raulchero semper fuerunt
suspecti, de summa illorum capitali, adeoque, vt
istis nullam etiam lucrum ea vice fuerit compu-
tatum. Quantumvis hoc male ipsos habuerit, teste
25 Lambergero. Imo lata culpa est, † non facere ea,
quae quilibet homo fecisset, praesertim mandata-
rius, & iuratus Senator, l. lat. & culpe, de verborum sig-
nificat. Bart. in l. quod Nerua, deposit. Berous cōsilio 144
numer. sexto, volumine I. Paris. consil. 123. num. 4. 5. part.
26 I. vbi dicit, Mandatarium † de omni culpa, etiam
leuissima teneri; & ibid. num. 6. secundum Bart. quem
communiter D. d. sequitur col. 8. vers. sexto principaliter.
27 Culpam leuem, † quando consideratur in rebus
alienis, vt hic, nihil aliud esse, nisi deuiationem
ab ea diligentia, quam adhibēt homines diligen-
tes, eius conditionis & professionis: faciunt, quae
per Molin. in tract. de eo, quod interest. num. 205. scili-
cet propter materiā subiectam. Et necessitatem
imminentis periculi, quod prauiusum erat (vel,
& proiudici hic potuit, ex quo tantū aëris alieni
adesse rescit) omnem culpam deberi, etiam le-
uissimam, per iura, & multas auctoritates, addēs
rationem: quia in istis minimum negligentiae po-
test esse causa maximi periculi. Et Zas. in l. pericu-
28 lū, n. 4. 5. §. si cert. per. at. Administratorem, † si vni-
cus, teneri tantummodo de dolo & lata culpa, id
29 est, de culpabili negligentia. De leui autem, † id
est, de culpabili negligentia, non teneri, de quibus
plura in prioribus votis. Et praedicta tanto for-
tius stringunt, cum B. om seipsum tutiori com-
parat & fateatur, se ad idem teneri, ad quod is in
causa pupilli, vt in fine suorum defensionalium
contra hanc primam reconuentionem numero
21. Sed in l. a tutoribus. in princip. de administ. tut. eadē
diligentia ab ipso exigitur, circa administratio-
nem, quam pater familias rebus suis, ex bona fi-

de probare debet. Ergo. Hinc frigida, vel certe
non satis iusta vel verisimilis (saluo iuramento i-
pſius) videtur excusatio, qua in cōclus. n. 52. vti-
tur, nimirum, quod Anno 55. non obseruauit,
ex qua causa veteribus sociis nullum lucrum ad-
scriptum, idque minime ipsi suspectum fuisse,
propter aliorum statliche Aufseht: & quia pecu-
niā tam suam & vxoris, quam ēt mutuatam à se-
nato, indubitata spe, huc collocauit. Ponamus
enim ita esse, & quod in suum quoque propri-
um damnum sic cœcutire, neque id ex nimia so-
cordia & ignauia (si credere fas est) curare & at-
tendere voluerit (quod vel quilibet alius, etiam
non diligentissimus, haud fecisset) cum contra-
rium ab omnibus communiter fieri soleat. Ta-
men in rebus alienis negligens esse non potuit
vel debuit, vt per Ioseph. Assif. in decisione 10. n. 13. id-
que non tantum ex capite, vel qualitate, quia so-
cius, sed etiam, quia Senator iuratus, & deputa-
tus, mandatum que in se suscepit: qui alios etiam
adiungendos recusauit, se ad omnia paratissimū
obtulit, & in omnibus sibi credi voluit. Vnde
nec obiici potest Senatui, quod sibi imputan-
dum, quod talem elegerit. Quia supra dictum
est, quod ab initio, & ante in ita societatem, lon-
ge aliter se gesserit, & semper pro diligenti repu-
tatus: ita quod si voluisset, & debitā operam hic
nauasset, huic negotio, solus quoque, recte pra-
esse potuit. Similiter non releuant adducta in di-
ctis exceptionibus n. 97. folio 67. & 77. quod non
habuerit speciale mandatum à Senatu, neque i-
pse in se receperit, compellere veteres socios, si-
ne causa, vt cōtra morem solitum, & antiquum,
rationes ab ouo inciperent. Quod in spacio to-
tius anni fieri non potuisset, vt etiam dicit in ex-
ception. numer. 124. folio 11. Quia si praedicta bene
ponderentur, longe alia, & perfectiores requi-
rebantur rationes, saltem ab vnico illo anno, (vt
quae erant primae, nouae illius societatis) etiam si
nihil ob id in specie fuerit demandatum: Ex quo
ipso iure subintelligebatur, vt debito & legiti-
mo modo omnia perageret, neque in minus
sufficientes consentiret, vel incertas, obscuras
& intricatas rationes approbaret, ad quod etiam
tantum temporis in sumēdum non erat, vt pra-
cederet. Imo eodem labore & negotio, si aperte,
fideliter & diligenter rem expedire voluissent,
omnia illa praestare potuissent, vt satis elucet ex his,
quae infra, octauo loco subiungam.

Quinto: † quod praedicto Anno 55. rediēs de
rationibus, neque Senatui, nec deputatis, vllō
verbo indicauit, quod veteres focii tum tempo-
ris non acceperint Aufseht/ alias de causa fuisset
interrogatus, vt dicit Senatus: nec etiam retulit,
quod nullas ibi summas capitales veteres focij
habeant. Et sane quoad Aufseht/ praetensa eius
ignorantia, vel inanimaduertentia parum habe-
ret fidei nisi desuper iurasset. Cum ad duode-
cimum interrogatorium sui examinis (inter
documenta Senatus, numero 36. ipsemet fateatur,
d̄s man den alten sociis damalt nichts gegeben/ sed

Fran

Francofurdienſibus ſociis, ipſi Bromio & Rau-
 ſhero 12. pro 100. dati. Sed hic notandæ ſunt va-
 riaz & inconstantes illius reſponſiones, nimirum,
 quod in conſuſionibus num. 15. fol. 12. hiſce
 31 verbis dicit: *Posiro, † quod Brom confesſus eſſet, ſe ſci-
 uiſſe, & c.* tamen talis conſeſſio dolo a ducrantium
 fuiſſet extorta, & modis omnibus erronea, & re-
 uocabilis. Secundo dicit, † *interpretationem penes
 proferentem eſſe, & non penes inimicos capitales.* Ter-
 33 tio, † *quod in die dominico factum, ideo actum in ſe nul-
 lum eſſe, ſi contra ſeipſum aliquid dixiſſet.* Quarto, †
 34 *quod depoſitio ſua facta ſit 28. Aug. Anno 58. que refer-
 ri debet ad annum 57. & non annum 55. quo tempore,
 ſcilicet anno 57. ex rationibus primū de iſtis certiores fa-
 35 cti ſint.* Quinto, † *quod in eo ſuſpectum habeat protho-
 cellum Iacobi Urban vel extensionem eiusdem, (Nota:
 Dieſer Iacobus iſt iudor Statſchreiber vnd dem
 Raht geſchworen geveſen) cum medio nouo iuramen-
 to non obtinuerit: quod originali ſua diſpoſitio conformis
 ſit, ideoq. d. prothocellum edi petierit, ſed non impetraue-
 36 rit. S. x. i. o. † quod etiam in civilibus, nedum in crimina-
 libus, & cauſis, tam grauis preiudicij, vbi de honore, vita
 & fortunæ agitur, ex nuda conſeſſione in aliquem duriter
 nihil ſit ſtatuendum. Septimo: hiſ † verbis reſpon-
 37 dit Was hat auch Brom ſit ein andern zu ſorgen
 gehabt weil er ſein eygenē vñ dan der andern Bräc-
 farter Außbeut Zettel empfangen gehabt. Octa-
 38 uo † *quod nullo modo ſit præſumendum, daß er Brom/
 ſeinen höchſten aduerſariis ſich alſo ergeben vnd an
 ihm ſe ſelb ein Verräther werden hab wollen.* Qui-
 bus tamē nihil obſtantibus, Bromio nihilomi-
 nus, & quidē merito imputari & nocere debet,
 quod in aliorum dānum (ſi non fraudem &
 deceptionē) mediā e ſua culpa tacuit, vel, prout
 39 debuit nō obſeruauit, ſicq. indicare ſenatui, quæ
 neceſſaria fuerunt, non potuit, Scire enim, † vel
 ſcire debere, vel potuiſſe, facta diligentia inſqui-
 ſitione & animaduerſione, & q. reparantur, *Caſtrens.
 in ſi duo, de acquirend. heredit. Bari & alij in l. quod te,
 ſi certum petatur. ibi gloſſa in verb. deberes. notat quod*
 40 † *lata culpa poſſit tali imputari, & eſt etiam tex-
 tus in l. penultima, ad ſenatus conſultum Mā edon.*
 41 Sexto: † *Quod Brom non ſolum adminiſtra-
 tor in particulari, iuxta obligationem ſocietatis
 & propriam conſuſionem in exceptionibus, n.
 97. f. 98. 99. ſed etiā ipſe, & Hieronymus Kauſch-
 er præcipuo tēpore Senatus directores & guber-
 natores negociationis fuiſſe dicuntur, adeoque
 pollicitus ſit ſenatui, daß er wolle der ſenige ſit
 der alle Ding wolle verweſen: Itē, daß er ſich zu aller
 Erforderung erbotten: quibus etiā dicti Moſ. Saw-
 er (præpoſitus negociationi ante ſenatum) &
 Lamberger) & omnes, obtemperare debuerunt:
 maxime, cum reliqui antiqui ſocii, ob def. ſtum
 ſummæ ſuæ capitalis, quaſi pro vmbra & fūco
 ſolum (nur zum Schein) adſuerunt, nuda ſua
 nomina accommodantes, vt ipſemet Bromius
 depoſuit ad 22. interrogatorium dicti ſui exami-
 nis. Nec illi duo quicquam aliud, quam quod à
 dictis ſuis principalibus & præponentibus, in
 mandatis habuerunt, auſi fuerunt negociari &**

exercere, vt vel ex ipſius Lambergeri examine
 (inter Senatus documenta numero 16) haud ob-
 ſcure colligitur, quos etiam durante hac noua
 ſocietate, cum ſenatu, vlla in re modum exceſ-
 ſiſſe, vel aliud, quam quod in mandatis haberēt,
 geſſiſſe, hætenus non eſt probatum. Hinc non
 ſolum Moſchauerū, ſed ipſummet etiā Bromi-
 um, adminiſtrotorem fuiſſe teſtatur Caſpar M.
 ad 11. 13. interrog. vt in extractu atteſtationum,
 quem Brom. in cauſa ſua Iohann. Sixti, Franco-
 furdia exhibuit, nobis inter documēta Senatus,
 numero 20.

Septimo: † *Quod contra obligationem ſocie- 42
 tatis, eiusq. ue capitula, multis modis actum eſt,
 inter alia. Primo: quia antiqui ſocii nullam ſum-
 mam capitalem, in eam poſuerūt, vel ibi habuc-
 runt, vel certe iterum clandestine abſtulerunt.
 Secundo: quod de anno in annum, magnæ pecu-
 niarum ſummæ ex negociatione mutuatæ & ab-
 lata. Tertio: quod rationes adminiſtrationis nō
 ſingulis annis, nec debito tempore, nec legitimo
 modo reddita: quæ ſola ſufficiens cauſa fuiſſet,
 etiam ſi alia non eſſent, Sich von den alten ſociis
 abzuſondern / vt dicit Senatus in ſecundis Repli-
 cis, n. 64. folio 30. licet Brom omnem ſuam ope-
 ram ſemper pollicitus, ac ſolicitando etiam in-
 demnitatem expeditionē promiſerit. Vt & quar-
 to, Bromiuſmet & Kauſcher aliquoties, tam ore-
 tenus, quam in ſcriptis cōfeſſi & conqueſti ſunt,
 quod ab antiquis & infidelibus ſuis ſociis egre-
 gie decepti ſint. Quæ omnia, & ſimilia, faciunt
 pro ſenatu.*

Octaui: † *Quod in exceptionibus nu. 79. 124. 43
 contra officium deputatum, de quo ſupra, negat,
 quod ante annum 55. rationibus vnquam inter-
 fuerit (quod quidem ſenatui in Replis, n. 164.
 veriſimile nō eſt) & aſſerit ibidem, quod eo quo-
 que tempore iſtas non aliter obſeruauit, dan das
 er ſich auff bonam fidem deß oberſten Factors ver-
 laſſen / vnd keines wegs einigen Argwohn gehabt /
 das Zins vnd Wechſelgelt ſolten für Schäden ge-
 acht werden. Et in dictis exceptionibus, n. 124. ſo-
 lio 48. iterum fatetur, quod tantum debiti adſue-
 rit: ſed negat, ſe anno 57. ſciuiſſe daß dicta pecu-
 nia, zu Schaden deß Handels ſolt Brſach gegeben
 haben. prout etiam iuramētum eius innuit, præ-
 fertim intuitu der Außbeut / vt ſupra circa quartum
 argumentum. Item, quod 68. articulum huius
 reconuentionis, & pluribus in locis fatetur, ac
 pro ſui excuſatione prætendit, daß etliche vnter
 ihnen ganz vntreuwlich gehandelt vñnd das er
 ſolches erſt die Zeit, als man vom Handel abgeret-
 ten geweſt erfahren. Quæ omnia parum cum illis,
 quæ toties de ſuo ſcire & intelligere: Item de de-
 putatione, offi. io & præminentia ſua iſtauit,
 conueniunt. Quod autē hoc maturius, & abſq.
 magno negotio & difficultate inueſt. gari potue-
 rit, nēpe ex rationibus & libris ipſis, ſi diligētius
 attendiſſet, conſtat non ſolū ex iam allegata rela-
 tione Glaub. & Bromii (vt in Repl. Senatus nu.
 138. & in 2. repl. n. 164. daß ſie am 28. Jul. An. 56. 57.
 die*

die Rechnung angefangen / also sey man auff den Grund kommen, das die Danicken/Reiffenstein/vnd Michel Meyenberger/so jeder Zeit 107535 fl. (vt in rationibus de Anno 55. pro summa capitali fürgeben) nichts mehr im Handel gehabt/sondern statliche Summen Geldes von Jahren zu Jahren darauff entlehnet/ &c. sed etiam ex ipsius Lambergeri depositione, ad Senatus interrogatoria, & inter documenta Senatus num. 6. cuiusmodi in specie, & examinatione rationum & librorum, etiam an ea per Bromium omnino fieri potuisset ac debuisset, & quidem nō tantū Anno 55. (qua vice pro 100000. fl. suo & Senatus nomine interfuit rationibus, & sic pro tertia fere parte, reliquis sociis fere par fuit) sed etiam, priusquā Senatus interfuit, id est, ante initam societatem Senatus. Ex quo ipse ad rationes deputatus, & de isto suo officio laepius gloriatus est: nec certe integer ad hoc, vel ad has rationes, annus, vt dicit, requirebatur, sed satis fuisset paucis diebus (vt per dictum Glauburgerum factum, Anno 57.) ex dictis libris fraudem deprehensam, & Senatui expositam. Alseuerare igitur, imo † pertinaciter inculcare ea, quæ postea quis contortis quibusdam excusationibus, se ignorasse dicit, adscribitur lata culpa. *l. Iulianus, §. 2. de actione empti. Wilh. Mayner in d. l. contractus, num. 41. de regulis iuris. Couarruu. libro quarto miscellan. capite primo, num. 10 in fin. Alex. & Castr. in l. 2. quod quisque iuris id latam culpam esse dicit, vt ipse Bromius allegat in conclus. num. 151. per ea quæ notentur in l. qui cum alio, de reg. iuris. Et eo casu paria esse, scire vel scire debere, d. l. per te, si cert. petat. Quod hoc loco recte etiam in Bromium ipsum retorqueri potest, de quo infra, in septimo argumento Bromii plura.*

45 Nono: † facit huc, & fortiter contra Bromium stringit missiua Rauscheri, ad eundem de dato 27. Maii Anno 57. per ipsum iam producta, numer. 10. vel 16. vbi de ære alieno soluendo apertius scribit, & maxime ibi obseruanda verba: Euch vñ mir ist nichts anders zu rahten / dan das wir darauff bedacht seyn/wöllen wir nit anderst gar zu Binnämern werden / wie wir auß den Schulden kommen / es verdrif, wen es woll. Et facile coniecturandum est, quod iam antea, scienti illa præscripserit, alias pluribus verbis & circumstantiis hoc erga ignorantem fecisset, quaque occasione illud rescuerit, siue expertus fuerit, in specie expressisset. Quod ipsum tamen forte ad rationem de Anno 55. ex quibus de Zins vnd Wechselgelt / notitiam habuerit, referre posset. Cui accedunt quoque allegata missiua ipsius Bromii, ad Michaelem Meyenberger / & Christoff Moscharver / de anno 49. vtque ad 55. in eum scilicet finem, quod Brom multa ibidem scripserit, cum quibus iuramentum hic præstitū non conueniat, petente etiam ob id Senatu compulsores, ad Casparum Meyenberger / & fratres, pro editione literarum. Adde his depositionem Danielis zum H. Senatoris Francofurdienlis, ad 75. articulum nostræ reconuentionis, vbi dicit: se bene scire, das ex responsione Bromii, cum Francofurdia examinaretur, so viel zu finden gewesen, das

er Brom wol gewußt / das Anno 55. der Handel in grossen Schulden gesteckt / dann Brom hab als angezeigt / dar er dicto Anno auff dem Michels Tags Markt zu Leipzig gewesen / vnd mit Kaufscheln geredt/er Brom bezorgte/die Sach stünde nicht recht bey dem Handel: petendo, vt secum abiret iste hiam, die Bücher zu ersehen / vnd Erkundigung zu pflegen. Quod vb. fecissent haben sie befunden/das der Handel mit viel taußent Gilden Schulden belästigt gewesen sey. Auff diesen Bericht haben deputat in der Verahschlagung je einer den andern angesehen / sich entsetzt/vnd sich bestrembt, quod Brom hoc scieuit; & rediens, non tantum non indicauerit, sed etiam vltorius commendauerit, als ob der Handel gar zum besten stünde. Quæ corroborantur per ipsammet Bromii confessionem, in dicta sua responsione Francofurdiana, ad quintum interrogatorium: Quod tū temporis der Handel 17000. schuldig gewesen/coniuncto eo, quod veteribus sociis (vt in Replis num. 138. Senatus arguit) kein Aufbeut computatum est. Faciunt denique & alia coniectura, siue argumenta, quibus Brom, quasi omnibus Senatoribus suspectus, de scientia damnosa negociationis, tandem factus, vt accumulando deduxi in 21. argumento probatoriorum articulorum, in priori meo voto. Quibus adde 27. 28. argumenta ibidem de Pfinsing / qui propter interitum negociationis, liberationem suam quæ siuerunt, & de ipsomet Bromio, quod Anno 57. repetiit 10000 florenorum, ex dicta negociatione, de summa capitali, teste Lambergero, ad quartum & quintum interrogatoria sui examinis, quæ iussu hoc annotare inter exposita:

Decimo: † Tanto ergo maior ipsius culpa est, 46 quod post dictum reditum à rationibus, non solum nihil prædictorum indicauit, vel, tanquam incertus, vt ait (ex supina nimirum negligentia indicare & præmonere non potuit: quæ tamen, ob præiudicium maximum, principaliter, & ante omnia obseruanda & præmonenda fuerant.) Nec rationes ipsas, quantumuis generales, senatui communicauit: Sed etiam non minus, quam antea cōmendauit statum negociationis, adeo, vt illa continuatione, atque indubitata lucri prædicatione, ietum persuaferit & induxerit eūdem senatum, vt adhuc 30000. fl. suum capitale auxerit: Et tamen post hæc omnia Brom, se ctaffa & supina quadam ignorantia defendere conatur, vt supra dictum. Quia generaliter verum, † quod ignorantia in facto alieno non excusat, vbi quis tenetur inuestigare, vel vbi quis de facili cerior fieri potest. *l. regula. §. sed & facti. verb. diligenter inquirendum. ff. de iur. & facti. ignor. ant. leg. 3. §. sed si sic. de in rem vers. l. qui hominem. §. si nullo. de solut. Imo sic † ignorans 48 dicitur in lata culpa, Castrens. consilio 295. numero 2. part. 1. Præterea talis ignorantia, † quando quis tenetur inuestigare, dicitur habere mixtam negligentiam, non inuestigando, vt per eundem Castrens. consilio 168. circa fin. part. 2. Vnde alleganti † 50 iusmodi ignorantiam, tanquam negligentiam, iura non subueniunt: de quo & Roland. à Vall. consil. 72.*

à num. 20. vsque 24. lib. 3. Ac quidem verisimiliter conuenit Senatus in Replis numero 138. Quod si copias rationum ipsi attulisset, potuisset ex illius generalitatibus istam percipere, ac diligentius percontari & inquirere de singulis. Imo & omit-
 51 tando, siue denegando vltiora, etiam maiora damna in posterum praeuere: culpa enim frunc afficit, cum casus propter illam euenit, qui alias non euenisset: *Strach de mercat. titul. de nau. part. 4. Crauetta consilio 1. numero 29.* Et quamuis in exceptionibus numer. 97. fol. 78. & 82. & in exceptionibus num. 122. fol. 12. fol. 16. Brom asserat, quod dictas copias rationum Senatui atulerit, quas etiam sine contradictione approbaueit, & ad acta reposituerit: Idque tam verum esse, sicut Euangelium Ioannis: referendo se ad dicta testium, & praesertim Iohann Glauburgs ad 44. Interrogat. 22. Elifui articuli: Senatus tamen hoc plane dissiteur in Replis, num. 138. & 175. & alias. Neque vllum ex testibus scit, qui illud aperte affirmet. Et dicit Glauburger in loco iam allegato, tantum hisce verbis dicit: Post reditum, hab Brom senatui Relation vnd Bericht gethan / auch ein Ausbeutzetel oder ein Summarischen Bericht der Rechnung / in einer Verzeichnis fürgelegt / mit Erbietung hernacher dieselbe fürgangene Rechnung auch zu vbergeben vnd erwerben. Nec releuat dictum 21. testis, Philips Vffstenders ad secundum Interrogator. 38. peremptor. articul. 4. conuenit. nimirum de rationibus acceptis post Ausbeut Zettel. Quia non certo scit, sed ita recordari videtur, attento: quod istis non fuerint contenti: quia non ab Annis, qui bus Senatus in societate fuit, computata: vt iterum sibi videtur.

52 Vndecimo: † Quantum ad tres litigiosas postas: Et primo 20000. fl. mutui a tinet, constat ex dictis testium, ad 38. articulum peremptor. 4. conuention. Quod Anno 56. ante nundinas autumnales, illas Brom sollicitari apud Senatum, ex causis ibidem deductis, & in tertio, & quarto, articulis peremptorialibus, 5. conuentionis allegatis, videlicet, quia ipse sciuit, (vti Senatus Rechenmeister) maiorem extare summam, in parata pecunia ociofam, & societatem plurimū obaratum, praetendēdo, hoc vsitatu esse in magnis negociationibus, vnde es fōnne der Handel ohn Wechselgelt nicht getrieben werden. Item conquerendo, quod Aquenses, & alii Emptores Cupri, conspirauerint, de vendendo sibi cupro, pro libita suo, idque si fiat, totam negociationem inter turam: Socios etiam libenter daturus 1000. Guldē pro interesse, vsque ad festum Michaelis, & hoc se in commodum Senatus, ratione iuramenti sui, filere non potuisse. Deinde, quod Anno 57. in der Ostermess obtinuit protogationem solutionis, ad subleuandū onus artis alieni, der 17. 000 Guldē / vt in 58. articulo nostrae reconuentionis, & 49. peremptorial. 4. conuenit. Similiter, quod in eadem Fastenmess 8000. Taler / & in nundinis autumnalibus Anno eodem, 30000. Guldē / pro exolendo diare alieno impetrauerit, vt in d. 58. artic.

Duodecimo: † Quod Brom, omnes illas tres postas receperit, vt probatur in genere inter alios per testem trigesimalum, ad 58. art. & ad interrogatorium decimifexti, art. reconuention. Facit testis 31. ad 58. artic. ibi. *Auff ein Rarch gelegt / Brom tragen helfen.* Deinde probatur per Nicolai Harfsen / Rechensehreibers manum, in senatus Rechenbuchlein / vt not. trigesimo septimo, lit. K. de 20000. fl. & liter. 1. L. de 8000. Taler / & litera LL. de 30000. Guldē. Item per recognitionem Bromii, propria manu & sigillo confectam, per Senatum cancellatam, inter documenta Senatus, numer. 55. vbi habentor etiam verba, bin auch gegen mehrer Theils der Lieferung gewesen / & per confessionem eiusdem, in exceptionibus num. 122. fol. 2. vbi dicit *Es sey nit ohn / das er Brom / als der jüngst ex culpa talis Senatus, den creditoribus, welcher de Factor Moschauer von wegen des Handels zuthun gewesen / vnd auff die Rechenmeister zu Franckfurt verwisen die f. eundlich Befürderung gethan / vnd etwann zu Empfangung der angeordneten Bezahlung verholffen.* Idque iussu, & scientibus reliquis deputatis: in specie audiamur ad 43. 44. 45. peremptorial. 4. conuention. in testes 69. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 22. 27. 28. facit inter documenta Bromii n. 3. De 8000. Taleris, inter alios testes, 19. 30. ad 58. art. Extat etiam confessio manifesta in hoc puncto liquidationis, vbi de transmissis Coloniae, multa verba, de quo *infra plura.* De 30000. fl. deponit testis 23. ad 1. interrogato. & contestes, 2. 5. 6. 13. 15. 16. Quibus accedit testis 20. Interrogatorio 2. 37. defen. Item in responsionibus ad 85. artic. huius reconuention. Facit inter documenta Bromii conceptum des Rechensehreibers zu Franckfurt / vbi etiam habetur, Bromio in illis rationibus quaedā fuisse defalcata. Vnde vel ex hoc solo argumento, ratione acceptorum, æquum & iustum apparet, vt de istis tribus postis litigiosis, rationes quoque reddat, atque interlocutorie satisfaciatur, maxime, cum ipse ad certum vsum illas sollicitauerit & obtinuerit, item rationes & alia promiserit, cauereque debuerit & potuerit, ne contra obligationem, & bonam fidem, atque iuramentum agat.

Decimotertio: † Quod Brom fuit pro illis mutationibus semper institor & obtentor pecuniae, & autor indemnitate, promissae summae, cum per suasionibus, vt in 5. conuentione circa 4. *Elisionen dixit.* facit testis 25. ad 112. reconuention. vbi habetur: *Soll jhn / Bromium, sorgen lassen / es sey viel Ers vorhanden / er dorff selbs Senatum schadlos halten.* Cum tamen ex Lambergeri examine constet, quod Anno 56. 57. tantum 4000. Centner pro pecunia vendiderit, reliqua vero omnia socios debuisse, videlicet 26. millia Centner. Et fateatur Brom. quod Anno 55. 56. 57. 30000. Centner gemacht worden / vt 32. defension. 5. conuenit. est in confesso, vbi & promittit, rationes in posterum expeditores, fore & alia, &c. Notandum etiam, quod instrumentum indemnitate confectum, & subscriptum, sigillatum, antequam senatui relatio facta, & ab ipso approbata. Et putarūt omnes deputati, quod

quod si relatio præcessisset, disputationem peperisset. & vix, vel difficulter obtenta fuissent: Senatum tamen commotum, propter rationes promissas. Addit Glauburg. ad 7. art. daß das anbringen ad Senatum hab nicht geschehen können / dann Brom hab daraus geehlet / wie sein gewönllicher Gebrauch.

- 55 Decimoquarto, † quod Brom Senatores curiosos increpauit, suamque intelligentiam prædicauit, & promissit restoratione: Er wöll sein Kopff nicht sanfft legen / Sed & officium administratoris Reipublicæ vel consulis, est, prouidere, ne sua culpa aliquid detrimenti Respublicæ capiat. *tur. vulg.*
- 56 Et qui † causam dat, damnum dat. *l. qui occidit. §. in hoc quoque. Ad leg. Aquil. Bartol. Socin. consilio 156 numero 20. volum. 2. facit l. 2. §. 2. de administr. rer. ad ciuit. pertin.* Præterea, exemplo tutorum, prior conueniendus, tanquam is, qui gessit. *leg. prior. 4. in princip. eod.*
- 57 Decimoquinto: † spe vana, & promissione inani suspendens senatum, in causa fuit, quo minus rationes aliunde exigerentur. Nec Bromium excusat, quod Moschauerum infimulat negligentia: Quia instare, & lena ui communicare, non occultare debuit: Et licet Brom ad general Rechnung nicht schuldig: Tamen debuit des Handels Bericht thun, vt dicit Stalburger 5. tripli. interrogator. 64. artic. huius reconuenit. Et quod in Replie. *num. 138. fol. 39.* Senatus hisce & iisdem verbis dicit, vt iam commemoratum.
- 58 Decimosexto: † A Bromio, & aliis consociis, ne in hodiernum quidem diem origo, quantitas & qualitas debitorum immensioram extorqueri potuit, vt inde præsumatur mera tergiuersatio & negligentia Bromii, vt ostendunt dicta testium, & Epistola deputatorum ad Rauscher de dato 16. Martij Anno 59.
- 59 Decimo septimo: † Bromius docere non potest, vllum damnus negociationi, tempore initæ cum senatu societatis accidisse, sed præsumi, quod ex negociatione potius lucrum, quam damnus capretur, *Berous consilio 191.* Vnde colligitur, non immerito, quod tantum æs alienum det 171000. fl. prius contractum, & sic etiam per solos antiquos socios (inter quos Brom. tum temporis vnus ex primariis fuit, vel certe, ante senatum iisdem adhæsit) exoluendum fuerit, & adhuc sit.
- 60 Decimo octauo: † Bromius speciale mandatū senatus, ratione exolutionis æris alieni, excessit:
- 61 Plures † socii administrantes, singuli pro rata ad rationes tenentur *Bartol. & alij in l. 1. §. actio. de tut. & rat. distrab. l. quadam in princ. de eend.*
- 62 Decimonono: † Nondum probatum, iam dictam summam, conuersam esse in vtilitatem negociationis, etiam quoad solutionem det 171000. fl. nisi, quod Brom. cum suis except. *num. 20.* tantum exhibuit copiam extractus Factorum, quod debita & credita, in nundinis paschæ; Anno 57. *sub numero 28. alias 55.* Et esse tria probanda in i. cōuentione copulatiue: Primo, † quod Brom, vna cum Rauschero, die 171000. fl. außbracht / quod nõ

probatum: Secundo: † Quod d. pecunia mutuata, 64 dem gemeinen Handel zu gutem / wircklich angewendet. Tertio: † quia ad indemnitate actum, 65 fern dann dieselb in Recht erkannt werden solt / zuferderst bewisen worden seyn. Quia autem null. in existis tribus substant. alibus probatum: Ergo absoluedum esse senatum.

Vicesimo: † Conqueritur Senatus de ablata per Rauscherum & Bromium recognitione det 20000. fl. ex sua Wechselstuben à Rauschero & Bromio sigillata & subscripta. de quo 8. testis 9. interrogator. 33. vsque 45. artic. peremptor. 4. conuenit. Item ad 47. art. Item & Georgii Frosch. 19. test. Item 7. test. ad 44. artic. Item 20. ad 50. art. & in 9. Interrogator. 44. art. Item 22. 2. Interrogator. 44. peremptor. 4. conuenit. Eius tamen loco aliam suppositam fatetur Senatus, in quo Brom plerisque testibus suspectus est. Videatur 24. testis ad 50. art. peremptor. 4. conuenit.

Vicesimo primo: † Conqueritur etiam Senatus, quod Brom requisitus, noluit dare recognitionem siue Brfundt / & ablatam detrectauit, pro 8000. Taler / & 30000. fl. Sed etiam sibi voluit dare.

Vicesimo secundo: † Quod tandem Brom & 68 Rauscher obligationem pro dictis tribus postis, sociorum nomine, eidem Senatui obtulerunt, vt testatur Lamperger 27. in errogat Francof. r. diense Et Senatum, propter pericula, non remissis se statim, vt in replic. *num. 138.*

Vicesimo tertio: † Brom detrectauit, ad interrogatoria Senatus respondere.

Vicesimo quarto: † Quod Senatus indemnitate à Bromio; ratione trium postarum exegit iuxta decretum; ei prælectum, vt supra 19. argumento.

Vicesimo quinto: † Quod Senatui etiam ratio 71 ne lummæ suæ Capitalis, à Manliis controuersia mo a.

Vicesimo sexto: † Brom & Rauscher Moscha- 72 ueri rationes amouerunt.

Vicesimo septimo: † Bromius in probatione 73 quintæ conuentionis defecit. Quia autem hoc nõ fecit, potuisset Iudex ibidem sic interloqui, & probationem requisitorum, actionis mandati contrariæ iniungere. Hinc Brom cum sua quinta conuentione, nobis quoque ansam præbuit, ad sic inte loquendum, etiam si aliæ motiæ nõ fuissent. Accedit, quod iuris: Quod debita contracta per † vnum sociorum extra causam societatis, ante & post eam finitam, in diuisionem non veniant, nec pro eis aliquo modo teneantur alij socii, *Graijett. conf. 59 num. 8. part. 1. & consilio 129. n. 12. Roman. conf. 145. num. 4.*

Quibus sic præmissis, adeoque priori sua sententia, & dicta interlocutoria corroboratis, vnde in hodiernum etiam recedere non potest: Videndum igitur est, in præsentibus submissione liquidationis: An & quid vltra prius deducta & allegata in specie probatum sit, vel non, & quomodo singularæ postæ (quas Bromium accepisse supra demonstratum est)

tum est) iterum fuerint expositæ, atque in eo Bromium iterum audiamus.

- 75 Et primo: quod ad 20000. fl. attinet, innititur Brom obligationi Moschaueri, inter documenta Senatus numero 39. Et obligationi sociorum, pro omnibus tribus postis, numero 3. Item vtraque obligatio sub numero 6. propria manus Moschaueri. Quibus fatentur, se recepisse, & in utilitatem sociorum conuertisse. Sed his non obstantibus, vltior est iniuncta probatio, quia semper fuerunt suspecti, et ob culpam & negligentiam, & etiam collusionem sociorum veterum, & ita confidentium, in fraudem Senatus. Ideo non præiudicare potuit, &c.

- 76 Deinde obiicit Brom: Quod d. summa Factori Moschaueri mutuo data sit, in der Herbstmess Anno 56. dum adhuc de interitu nihil sciret, & sic per dimidium annum ante literas indemnitate, de dato Lunæ post Palmarum An. 57. adeoq; in cōmodum Senatus vt n. 8. iam antea inter documenta Brom. n. 3. Sed his respondetur, et vt supra in 20. argumento.

- 78 Quoad 8000. taleros, ad instantiam Rauscheri mutuo datos: Respondetur, et de Rauschero & Brom idem iuris esse statuendum, cum vtrique res sint cognita, & vterque res peregerint: quod deinde Brom in Moschauerum transfert: Sicque Brom in suis refutationibus varius & inconstans est, nec releuare, quod ante scientiam interitus, Bromio pecunia mutua sit. Deinde quoad missiuam originalem, & propriam manu Rauscheri, quod Brom den Eysenstock Antuerpiam miserit, &c. Respondetur, et non hoc referre, quid Rauscher de eo scripserit: Sed quæri, an d. summa fuerit debita ex Sayerhandel/an vero ex ra hanc negociationem fuerit soluta, hucque trāsata: Vt

- 79 in simili, tutor, et confundens suos & pupilli reditus, dicitur esse in culpa: Plot. de in lit. iur. §. 5. num. 11. Inde patet, Compulsoriales ad Colonienles frustra decerni.

- 81 Tercio, et quoad sociorum Schuldbrief d. nu. 6. & Senatus Rechnung Zettel n. 7. Responderi potest vt supra circa primam postam. der 20000. fl. Quia non sufficit generalis & breuis annotatio, et vltus pecunie summariz: Berous d. consil. 191. num. 20. vol. 1. vt supra 4. argumento dictum.

- 82 Quantum denique 30000. fl. Dicit Brom, eos ad instantiam deputatorum, Glauburgers & Stalburgers in der Herbstmess Anno 57. Cum iam scirent de interitu ex rationibus, antea, mense Iulio in Eistebeu redditis, quibus, vna cum Bromio, 83 Glauburger interfuit. Sed respondet et Senatus, quod de isto interitu tractatum sit in 63. articulo. (quod videlicet tunc temporis, ipsi veritas fuerit occultata, & quod veteres socii nullam sortem iam p. idem habuerint, sed omnia per Cambia & mutationes ex tracta) quem si sciisset, nihil dedisset mutuo. Deinde Glauburger & Stalburger nihil sciuerunt, vltra id, quod intellexerunt ex Bromio, quam diligenter & indefinēter institit. Quare eum non excusatum cenfeo.

Secundum Bromii fundamentum est, quod in Septemb. Anno 57. in pleno Senatu, & sequenti die Sabbathi, per sex deputatos, & sub iuramento sibi iniunctum fuerit, dass er Wechsel vnd Zinsgelt solte helfen auffbringen/ pro exoluendis creditoribus, promittendo indemnitate, nomine Senatus, idque se fecisse. Respondetur: et Quod Senatus aliquo modo neget mandatum. Fatentur enim Glauburger & Stalburger/ quod instituerint apud Brom & Rauscher/ sie wolten ihnen die Sach lassen befohlen sein. Quod vero dictum mandatum completum sit, & satisfactum creditoribus, & sic fines mandati seruati, non videt sic probatum, prout de iure & stylo requiritur: de quo & supra, in 27. argumento.

Tercio asseuerat Brom, quod pro ære alieno, der schadlos Verschreibung/ exoluendo, expositi sint, & in vim probationis dedit, num. 11. in originali. Extractum Lampergeri, sub manu eius propria, Anno 57. dum illam summam reciperet. Et alium extractum eiusdem Lampergeri 1. Decembris Anno eodem, ex Eistebeu. Ac reperiit denique saepe dictam sociorum obligationem pro 62460. fl. & Senatus Rechnung Zettel n. 6. 7. Ad quæ respondit Senatus, et quod d. extractus non sufficienter probent, cum ibi non fiat mentio, quod de 171000. fl. alieni æris, soluti sint 30. fl. iuxta formam præscriptam: in exception. Senatus sol. 13. Hinc scriptum Lampergeri nihil facere, qui aliud non, nisi quod iussit Rauscher/ scripsit. Item expresse dicit, se nescire, wo der Schuldenlast herkomme/ & esse e valde suspectam, incertam, & dubiam. Et ex his omnibus, nihil fere noui, vel aliud, quam in prioribus actis deductum & allegatum, & ne verbo quidem interlocutoria satisfactum. Deficiente igitur probatione, & perpenis istis circumstantiis, ac tot simul contra Bromium concurrentibus indicis & argumentis, de ipsius culpa, negligentia, dolo, & suscepto mandato & administratione, vt præmissum est supra, tandem in causa pronunciam dum existimat, quod iuris est. Prius tamen ad alia quædam in hoc ipso liquidationis puncto, per Bromium obiecta, & quæ contra institutam, & probatam actionem, elisionis loco refutari, aliisque argumētis Bromianis vt supra, recte annumerari possunt, breuiter respondendum duxit.

Et primo, et quod ipsam non releuat iuramentum præstitum, vt ob id statim ab Actione absoluendus sit. Licet enim illud à dolo, et non tamen à culpa & negligentia quoque excusat, vt in suo priori voto per Iason lib. singul. respons. cap. 2. numero 28. & Bald. in l. si quis id la. 2. numero 2. de iurisdic. omni. iud. Roland. à Valle consilio 95. numero 5. volum. 2. vbi dicitur quod leuissima et culpa ab emendatione damni non excusat, Grammat. decis. 71. numero 10. Plot. vt supra. Præterea et culpam abesse, non excludit vt per iuramentum, &c. Cæpol. consilio 18. numero 5. per l. præsentem. S. sane. ibi gloss. Cod. de his qui ad Eccles. confug. Ad hæc, et al. ud est conueniri ex culpa, vel ex dolo, l. si liberis. Cod. de administ. tur. Lid. in l. contractus. de reg. iur. Et dolus et præponderat culpa l. item si obse-

fi obstetrix. ad l. Aquil. Bartol. Socin. consil. 68. nu. 5. part. 2. Nec debet remanere impunitus: Card. Clem. 1. de foro compet. glos. d. l. si liberti. Marant. 4. part. in 1. distinct. n. 59. Item, † conuentus de dolo, tenetur in solidum. l. fin. C. de reuocand. his, que cum fraude vend. Etiam ad damna & interesse. l. si. C. de mag. conuen. Quæ solo partium iuramento probantur. Tirāq. in tract. de pen. caus. 44. n. 28. Si autem † ob leuam culpam tantum conuenitur, tunc ad periculum fortis tantum tenetur Bald. in l. fœnoris. Cod. de peric. eor. qui pro magistr. in cer. lib. 11. Hinc si quis turbat scienter, † sic est in dolo, vel lata culpa, tunc habetur pro maleficio. Hieron. de mont. de fin. c. 38. nu. 7. 9. Hinc dolus † & lata culpa, imò & leuis & leuissima culpa plectitur, pecuniariter, extra ordinem; Nat. consil. 349. n. 4. tom. 2. Et qualiter dolo † in sit culpa, vide Bart. & Salic. in dict. l. contractus. nu. 28. vsque ad 35. Bened. Capr. in d. reg. las. l. periculum num. 5. si cert. per. Cagnol. d. l. contractus. las. in singul. Bart. l. quod Nerua depof.

Quod autem Brom. dicit, das Jurament sey wol gespicks / in eo seipsum redarguit oportet, si Acta & producta eius reuideat. At parum absuit, quin ad iuramentum non fuisset admissus, propter præsumptiones vrgentes, quæ contra ipsum militant. Secundò: dici non potest, talem violentiam commissam. Tertio: fieri nequit, q̄ Brom. non compræhédatur sub citatione Episcopi Herbipolensis, cum fuerit de numero sociorum. Nec iuuat, quod dicit, insinuationem dictæ citationis tantum ratione decem millium florenorū, quos Brom. à Senatu mutuo acceperat, factam esse. Quarto, non obstat allegata per Senatum, in der Gültigkeit / & reconuentione Herbipolensi, scilicet, quod nostras tres postas communibus sociis mutuo dederit, & q̄ ibidem petierit, dictos socios ad restitutionem, & rationes condemnari. Resp. Quia in prioribus actis extant reseruaciones deputatorum Senatus, & aliorum, das sie sich des Schadens an denen / so daran Ursach haben zu theilen. Sed si vel rationes, vel restitutionem damnorum, à cæteris consociis consequi possent, non opus foret, Bromium ob id conuenire. Quod autem is quoque (Brom.) conueniri possit, constat ex eo, quod quilibet † pro parte, quam habent in societate, sunt obligati l. Titianus. quod cum eo qui certo loco. & quisque potest in solidum conueniri l. habeat. §. fin. de institut. act. l. nec quidquam. cum seq. de exercit. Ne in plures aduersarios quis distingatur: l. 2. eod. tit. Bald. consil. 262. part. 5.

Quintò, non opitulabitur, quod Senatus in commissione Herbipoleali factus dicitur, versam esse pecuniam ad destinatum usum. Quia respondetur, q̄ tunc ita persuasus Senatus, cum aliorum fidem in eo securus sit. Sed plus † valet veritas, quam opinio l. si quis rem. de leg. 1. Et confessio † errore facta, reuocari potest: Sicque non exolutio confessio, sed quod ad hunc finem mutuationes factæ.

Sextò parum ad rem facit allegata litis pendentia, coram Herbipolensi, super rationibus reddendis:

quia vt supra tertio loco dictum, illa commissio tantum in prætextum litis pendentia, per Rauscherum & Brom. obtenta: qui non satisfecerunt decreto Herbipolensi, ideo deinde remissa ad Wormatiensem, & Cameram, per modum compromissi: refert se ad testimonium Herbipolensis Episcopi, & Rauscheri missiuam, vt in artic. 67. Item eiusdem fallimentum. Sed electione † vnus ex obligatis in solidum, alii merò iure non liberantur: Ronchigall. de duob. Reis. l. 2. §. vbi duo n. 78. fol. 223. præsertim cum hic concurrat contumacia prius conuenti: facit, quod dicit Bartol. in d. §. vbi duo 2. col. n. 5. Ronchig. d. loco n. 80. 81.

Septimò, non excusat, quod Brom. fidem habuit Moschauero: quia hoc senatui imputari non potest, cum antea, à veteribus sociis fuerit receptus. Item, † obligatus Brom., hoc inuestigare potest c. innotuit. de Elect. Ripa c. cum M. nu. 163. de constitut. Cum † paria sint, quem esse certum, vel posse certificari Sceph. consil. 218. n. 15. 16. li. 2. Alber. Rosat. l. si quis in graui. §. si quis ignorans. n. 3. ad Syllan. Ideo tenetur † damnum refarcire l. si seruus. §. si ex placito. ad l. Aquil. Grammat. consil. 22. n. 6. & decis. 71. n. 10. Plot. d. §. 4. n. 85. Imò maxima culpa: Pinell. de bon. matern. n. 35. fol. 198. Idem de errore. Plarer. ad l. diffamari. in princip. verb. interpretatione. nu. 13. vsque ad nu. 16. Hip. Riminald. l. 1. num. 17 6. & 77. quod quisque iuris in alium.

Octauò, non mouet, quod & ipse Senatus Lampergerum non adiunxit dicto Moschauer. Respondetur enim, quod Lamperger statim Anno 55. adiuctus fuit, sed arcana desj Handels hab man ihn nicht wissen lassen / sey Anno 57. ad rationes aller erst gezogen / & eodem Anno d. Moschauer substitutus: Licet culpa † cum culpa compensetur: Capoll. consil. 18. n. 25. Alexand. consil. 47. nu. 1. lib. 1. Id tamè procedit, quando partes sunt in culpa, Berous consil. 191. n. 34. vol. 1.

Nonò: Impossibilitatis rationum allegata non obstat, ex quo Rauscher / Brom. & alii socii, non fuerunt tam imperiti & oscitantes, vt tanquam præpositi negotiationi, non omnia diligenter obseruauerint. Cum & Brom. Maenbergerum Anno 54. instruxerit, quomodo obligatio, & alia confici debeant. Facit exemplum Maenburgeris ad Herbipolensem, Anno 71. die Lunæ post Quasimodo. Et Brom. in suis conclusionibus, n. 152. vbi dicit, das er sich für die 171000. fl. verschrieben.

Decimò: argumentum Bromii à pari conditione cum aliis sociis nihil momenti habet: quia se in officio, præter ante consuetum morem, diligentem præstitit. Præterea, sicut ab aliis, facilitate sua & spe bonæ fidei, se deceptum conqueritur: Ita & aduersariis, à se accidisse, conqueri potest, vt ipse Brom. in Monasterio Francofurtensi, zu den weisen Frauen / confessus est. Sed qui non facit id, † quod scit, vel facere debet, hunc teneri, ratione officii, constat, Bartol. in l. qui reperiuntur. nu. 20. de administrat. tur. Præsertim lata ex culpa, † quæ æquiparatur dolo, quando a-

corporali, vel infamia. *Hieron. Grat. consi. 32. nu. 8. lib. 107* 1. Facit, quod socii intelliguntur ꝑ se inuicem ꝑꝛæposuisse, vel illum, qui communi nomine negociatur: *Wesembec. consi. 31. n. 29 part. 1. per l. 1. §. si cum ll. seqq. de exercit. action. fecit quod notatur in l. 1. §. nunc tractemus. de tut. & rat. distrab. Ronchegall. de duob. reis l. 3. n. 91.*

Vndecimò, quamuis Brom ꝑrober, vel iuret, se restituisse pecuniam: Tamen interlocutorie non satisfactum: qui enim dicit, ꝑ solutum esse, debet hoc ꝑrobare: *Afflict. decis. 91. n. 2.* Ergo etiam nominare personas tenetur: Cum ꝑ appellatione probationis, veniat etiam nominatio: *ibid. n. 7. Stracha de Mercat. tit. de mandat. num. 31. vsque 35.* Auger & suspicionem, quod vereres socii nullum ibi habuerunt Capitale. Hæc & alia Brom ꝑotuisset ꝑꝛæcauere, vel monere, nisi ꝑꝛæter morem negligens & inscius esset. Facit, quod socius ꝑ non tenetur ex contractu socii, nisi ꝑrobetur, pecunia versa in arcam communem: Tunc tenetur, non aliter, nisi ꝑo socio: *glos in l. iure societatis. ꝑo socio.*

111 Et vnus ꝑ sociorum, alium non obligat: *Roman. consi. 145. n. 4. facit Petr. de Vbald. de duob. frat. in 9. part. princip. nu. 6. in princip. Græuetta consi. 129. nu. 12. part. 1.*

Duodecimò: respondet ad *schadlos Verschreibung* vt *supra* argumento 13. Quod ea multis vanis ꝑerturbationibus fuit impetrata. Imprimis notandum, ꝑ Senatus expresse diffidetur in replicis, n. 173 & duplicis, n. 174. quod Anno 57. quo sollicitata & impetrata est indemnitas, de extractibus rationum Lampergeri quidquam sciverit: Similiter in Replicis n. 138. de rationibus An. 55. Vnde facile colligitur, ꝑ ꝑostea Anno 57. multò minus indemnitatem promiserat, si rationes tales vidissent, vel de illis audiuisent.

His ita ꝑ vtraque parte deductis, ꝑurat, definitiue in causa ꝑronunciandum. Et quamuis antea, dum hoc ꝑromissum referret, ꝑimò statuerit, ꝑ Bromium in totum, si se iuramento ꝑurgasse, à dolo absoluendum: idꝑ; tam respectu ꝑænæ extraordinariæ, quã accepti damni. Item, dictas tres ꝑostas: item, ipsam summam capitalem, centum millium, & decem millium florenorum, Bromio mutuo datorum, deinde tamen, emendato ex certis causis voto, ipsum, ratione culpæ & negligentia, ad restitutionem dictarum ꝑostarum, vna cum interesse, condemnandum existimauit, nisi & versionem pecuniarum, ad vsum destinatum, & ratam ipsius Senatus, iuxta literas indemnitatis, & interlocutoriam nostram, ꝑrobare ꝑosset: ne alias Senatus & Respublica, secuta fidem ipsius, damnum indebite patiat, vel alii locupletentur: *Berous d. consi. 191. n. 49. vol. 1.* Et

113 venit tam dolus, ꝑ quam culpa & negligentia, in dictas actiones quacunque ꝑroponatur, vt puta: De sociis, ex l. contractus. de reg. iur. De mandatario, d. iam l. & l. si ꝑrocuratorem. §. fin. C. eod. De negociorum gestore, l. Tutori C. de negot. gest. glos. in l. 3. §. interdum. eod. §. sunt autem. institut. de oblig. quæ ex quasi contract. Et hoc vrget Senatus, vt *supra* dictum:

Et in libello hoc ꝑetitum, per l. quicquid. C. de arbit. Tutel. leg. magistratus. de administrat. rer. ad ciuit. ꝑertin. cum similib.

Verum diligentius ꝑerꝑensis omnibus (Et ꝑimo, ꝑ ipsius Bromii defensionibus, quod ad culpam & negligentiam ipsius attinet, vt *supra* dictum. Deinde: Quia per d. §. sed etsi quis. instit. de action. & l. verum est in ꝑinci. ꝑo Socio. nisi de doli actione conueniatur, quia tunc secus l. sed hoc ita. de re iud. Facit, quod ꝑ culpæ nulla est societas, *Roncheg. in l. 18. n. 18. fol. 944.* Tertio, quod non omninò ꝑ similitudo tutorum & administratorum Reipublice. conueniant *Roncheg. ibid. in l. eandem in ꝑinci. n. 210. 227. fol. 558.* Quarto, quod & Senatus cum deputatis suis minus fuit diligens in officio, vt *supra* dictum.) Nunc, quoad interesse, aliud, & mitius cum illo agendum censet: nimirum, vt tantum in ipsam sortem dictarum trium ꝑostarum senatui condemnandus veniat, iuxta *Iohan. Plat. in l. 1. ibi glos. fin. C. de ꝑeric. nominat. Bald. in l. fenoris. C. de ꝑeric. eorum, qui ꝑo magistratu lib. 11. vbi dicit, administrat. ores ꝑ ex leui culpa, & ignauiâ, teneri tantum ad ꝑericulum sortis. facit Azo in tit. C. de administrat. Reipub. & d. tit. C. de ꝑeric. nominat.* Quæ sententia, si cui adhuc dura & iniqua videbitur, & Bromium esse minus culpabilem & negligentem, Imò ex pluribus hinc inde, interuenientibus circumstantiis, excusatum, quis ipsum habuerit, ipsius rationes libenter vult audire: si enim fieri, satisque commode defendi ꝑosset, mallet ipsum solummodo ꝑo rata sui capitalis, hoc est 28000. florenorum, ad restitutionem dictorum mutuatorum (scilicet 62460. fl. vna cum interesse) iuxta obligationem, siue recognitionem sociorum condemnare, quod tantum constitueret, absque tamen interesse, circiter 5430. Quibus si addantur dicta interesse, à nundinis Quadragesimæ, Anno 58. vsque ad quadragesimam Anni 80. & sic ꝑ 22. Annos, nimirum interesse, 5973. fl. efficiunt capitales cum interesse, in summa 11403. fl. Moueri autem ad hoc quis fortè ꝑosset, rationibus hisce sequentibus, ꝑo ansa cogitandi solummodo enumerandis, super quibus Dominis suum relinquit iudicium, rem etiam alius ꝑerpendent.

Primo: Quod Senatus erga veteres socios se obligarit, statim ab initio contractæ societatis, sicut alle Zins vnd Wechselgelt / mit ihnen zusehen / etc. vt habent ipsorum literæ Reuertales, inter documenta Bromii n. 44. Respond. Sed ꝑ de tanta summa Senatum latuisse, nec de illa cogitasse quidem sentit: vnde nec in iuramentum quidem ꝑ venit, vt quod ad non cogitata non extenditur, *Zaf. con. 9. n. 29. lib. 2.* Et interpolitum super contractu, regula vt de natura ipsius contractus: *Iason in leg. quod te in 8. col. si cert. ꝑetat. plenius in l. si conuenierit: de iurisdict. om. iud. Marcus Anton. Wacheria in tract. de effect. iuram. art. 72.* De natura autem ꝑ contractus societatis, tantum ꝑroꝑria, non aliena, vel ꝑrius contracta debita veniunt, vt *supra* dictum est, in vlt. argum. ꝑo senatu.

Secun-

- 122 Secundò: quod † Anno 55. post reditum Bromii de rationibus, copias istarum Senatus sibi tradi neglexerit, prout se nunquam tum temporis vidisse dicit: Imò Brom ubique contendit (licet Senatus neget, & testes ipsi contrarium dicant) se illas rationes tum senatui tradidisse: Idque tam verum esse, sicut Evangelium Iohannis. Sed ut ut
- 123 sit, † senatum non ultra ratam, multò minus ad prius contracta debita, obligare potuit.
- 124 Tertio: Quod † Anno 56. ante nundinas autumnales, instante Bromio, pro 20000. fl. de ære alieno, haud vulgari, iam certiores facti, dicente etiam illo, daß der Handel ohne Wechselgelt nicht getrieben werden könne: sicque in magnis negotiationibus vsitatum esse. Sed respondetur, † quod econtra de alio apparatu, & quod plus in credito haberent, persuasi fuerint.
- 126 Quarto: Quod † Anno 57. in der Fastenmess (nullis adhuc visis, nec auditis rationibus) non tantum in prorogationem solutionis dictorum 20000. fl. sed etiã in mutuum, 8000. Taler consenserint. Resp. Quod † eadem responsione, ut iam proxime dictum, dilucum.
- 128 Quinto, † quod eodem tempore, de integra etiam summa æris alieni, der 17000 fl. certiorati, atq; ob id indemnitas promissa sit, cui licet aduersantur verba Bromii in Replie. n. 125. daß man in der Fastenmess / An. 57. noch von den Schulden des Handels nichts gewußt. Resp. Id tamen alibi exponitur, † daß sie zu Schaden und Vndergang des Handels sollen gereichen. Vt & in excep. n. 124. fol. 24. dicit, Es sey allererst nach drey Monaten / post indemnitatem promissam / wissenschaftlich worden. quod veteres socii keine Hauptgütter sollen haben. Quo ipso etiam ipse Senatus recte excusatur.
- 130 Sexto: † quod 16. Augusti, Anno eodem, post auditas per Glauburgern & Brom / rationes, relatio senatui facta, vbi etiam defectum capitalis, & plura alia resciuit. Respondetur: Quod licet Senatus, † ob seruandam fidem tractus, aliquid fecerit & promiserit: Id tamen non eximere Bromium à culpa sua præcedente.
- 131 Septimo: Quod † eodem Anno, In der Herbst messiterum 30000. expulerint, prout 11. Septemb. in senatu conclusum. Respondetur † similiter, ut proxime.
- 133 Octauo: Quod † ratione dictorum muruorum, cum tota societate contractum sit, sicut & obligatio, nomine eiusdè societatis, desuper confecta, senatui tradita, nec restituta factoribus. Respondetur, † quod Brom tamen illa sollicitari, & ipsemet acceperit, & omnimodam administrationem, & expeditores solutiones promiserit: neque etiam Senatus dicta obligatione vnquam contentus fuit. Et ne omni probatione deficeret, dictam obligationem asseruandam, putauit.
- 135 Nonò: † quod Factori Moschauer / omnis pecunia, accepta & exposita, vigore der Gesellschafters Beschreibung / & ipsius Bestellunga concedita. Vnde si Bromio mandatam, daß in Handel zulegen / so ist ihm vnverbotten, daß selb d. Factori zu vberantworten. Respondetur: † Quod verum quidem ab initio: Sed postquã is factus est suspectus, atque omnes Senatores inceperunt dubitare de successu negotiationis, & Brom nihilominus conatus est illos confirmare, dicendo, quod audeat ipsis promittere etiam indemnitatem. Imò postquam ipsemet Brom animaduertit, Moschauerum negligenter, infidelem, & perfidum (ut vocat) sui meriti fuit officii, omnia melius obseruare, expedire & præcauere, ut possit senatui de singulis iam reddi ratio.
- Decimo: Quod † tum etiam temporis, id est, 20. Septembris An. 57. in delegationem Manlichianam, ratione summe suæ capitalis, consenserint, ut inter documenta Senatus, n. 6. Respondetur, † aliam esse rationem, quoad hoc, ut ab initio sui voti dixit, quam quoad mutua, dictarum trium postarum, vbi talis delegatio non est facta, nec alia cautio oblata.
- Vndecimo: Quod † 11. Maii An. 58. inierint conuentionem illam Lipsensem, ratione debitorum Comitum de Mansfeld adhibito etiam Bromio, inter documenta Bromii, n. 37. Respondetur: Quod † illud necessariò faciendum fuerit, intuitu istius debiti, nec per hoc senatui præiudicari, sicut nec vlla culpa Bromio remissa.
- Duodecimo: Quod † desuper 27. Iulii eodem An. Tresdæ rationes initæ per suos (iterum coniuncto Bromio) cum mandatariis d. Comitibus, vbi & de terminis solutionis, & ratificatione Principalium conuentum. Quæ etiam per quatuor deputatos, Senatus, in Epistola ad Electorem, de dato 13. Augusti Anno eodem, ratificata & approbata sunt, ut in documentis Bromii, n. 38. 39. Et suis exceptionibus, n. 124. fol. 26. 48. Respondetur, ut † supra proxime.
- Decimo tertio: Quod † prædicta omnia, partim iam habita scientia æris alieni, partim post exploratum, & damnum & interitum negotiationis, subsecuta & peracta sunt, adeoque sine vlla præuia protestatione de regressu, siue reservatione iurium Senatus, contra Bromium, prout de m. 28. Augusti An. 58. ipso per deputatos aliquot examinato, postea, 23. Septembris, eidem in Senatu decretum prælectum cæteraque contra ipsum agitata, ac lis desuper instituta. Respondetur, † ut supra.
- Nec protestatione tali opus fuisse, maximè cum res inter alios acta, scilicet, Comitum & Socios. Imò supra, in quarto argumento Bromii ostendit, præseruationem Francofurdensem contra illos, qui causam damni dederant videlicet in Epistola quadam ad Comitum Mansfeldensem, de dato 25. Augusti Anno 57. Et ad Rauscherum, de Anno 39. ut etiam ibidem.
- Decimo quarto: Quod † non Brom / sed Moschauer & Lamperger / factores salariati, quibus & onus reddendi rationes incumberebat. Resp. † ut supra ad 9. argumentum.
- Decimo quinto, † quod de 8000. Taler / hoc in ip. cie

- in specie deductum, & plenior eius probatio oblata, quod pro exoluendo Cambio Lipsiensi, à Iohann. de Molin. Antuerpiam transmissi. Quo spectare etiam videtur missiva Francofurtentium, ad Rauscherum, de 1. Maii Anno 57. inter documenta Bromii n. 40. vbi dicitur, quod solui debeant Cambia Lipsiæ, Noribergæ, Antuerpiæ, 148 Francofurti. &c. Sed illa † postea adhuc illiquida est ac incerta vnde proueniat, & sic magis specialis requiritur probatio.
- 149 Decimosexto: † Quod alii etiam deputati, vt Stalburger & Glauburger/pro dictis mutuis apud Senatum vehementer institerint, & fortè nec ipsi per omnia inculpati, quoad administrationem 150 & rationes. Sed respondeatur, † quod isti similiter, vt totus Senatus, Bromio crediderint, fidemque necessario saluandam duxerint.
- 151 Decimosextimo: Quod in re mandata, † negociis gerendis, & societate sufficit, illam adhibere diligentiam, quam in rebus propriis prestare quis solet. *dict. l. socius socio. pro socio. §. si. in fine. eod. Alex. ind. consil. 47. n. 7. 12. libr. 1.* vbi ait, quod ad ostendendum, quod socius † teneatur de aliqua culpa, 152 tenetur quis probare, quod socius in rebus communibus non adhibuerit eam diligentiam, quam tempore contractæ societatis solitus erat adhibere in propriis. per *diura, & Barr. in l. quod Nerva. de pos.* Respondeatur. Quod † Brom initio, & ante societate initam cum Senatu, multò diligentior in rebus suis administrandis se semper præbuerit, plurimaque de se, suaque potestate iactatus ita quod hinc merito pro diligentissimo habitus & reputatus fuerit.
- 154 Decimosextimo: † Quod, sicut Brom, etiam durante societate, pro suo proprio iure & interesse (vbi similiter de fratris quoque, & affinium hominis agebatur) aliud non egisse reperitur Sed prioribus, siue antiquis sociis, & factore Moschauer/ tanquam tunc temporis adhuc fide dignis, atque in authoritate existentibus, in omnibus credidisse dicitur: Ita etiam pro Senatus interesse, eadem agendo & omittendo, merito pro excusato habendus videatur, maxime cum vnus à † pluribus 155 facilius, quam plures ab vno, decipi possit, à cuius doli præsumptionibus, etiam iuramento iam se liberauit. Idem quoad culpam quoque procedere videtur: Cum duo † vel plures oculi (vt dicitur 156 †) plus videant, quam vnus. Hinc & Senatus plures deputauit (quatuor scilicet) & ab initio per socios conuentum, vt primo quoquo tempore factori Moschauer / quidam adiungeretur.
- 157 Respondeatur, † vt *supra, & ad 9. argumentum*: Imò quod Brom omnes alios præ se contempserit, quasi solus ipse omnem rem rectè intelligeret: Sibi ergo, & non aliis, hoc imputet.
- 158 Vigésimo: † Quod in 45. defensionali 5 conuentionis, Senatus dicit: *Dass sie vigore literarum indemnitis, den Brommen. vmd die alten Stetmacher / zum wenigern des Übersuß halben / so viel sie mehr / als ihr rata ist / erlegt / zu conuenen / vnd dasselbig von ihnen widerumb einzufordern haben:* hoc tamen in eum tantum casum, vt in 34. *arric. ibidem.* Quo æs alienum tempore Francofurtensium contractum sit, q̄ hætenus minime est probatum, idque efficere: in summa circiter 10642. fl. Sicut & iam iuris est, quod socius, † contrahens 159 secundum mandata, & conuentiones factas in societate, obligat alios socios, solum pro quantitate, quam alii socii habent in corpore societatis, & non ultra. *Paris. consil. 94. n. 28. part. 1.* Respondetur, † quod hoc tantum conditionaliter positum 160 sit, quæ conditio nondum impleta, id est, probatum, quod tempore Senatus, æs alienum contractum fuerit.
- Vigésimoprimo: Quod † in tanta facti perplexitate, obscuritate, incertitudine, & præsertim allegata impossibilitate rationum (si ab ouo, & sic multis retro annis exigenda & reddenda) fortè iudicis arbitrio relinquenda decisio, atque is in benigniorem partem se inclinare possit. Sed † 161 ex *supra deductis, res sibi expedit a videtur.*
- Vigésimosecundo: Quod † si vel ad maiorem 162 summam condemnatur: imple tamen non erit soluendo, maximè facta bonorum vxoris separatio. Sed ob id † nihilominus pronuntiandum, quid 164 iuris, sicut quotidie in causis pauperum.
- Quod si quis denique tres illas postas, inter omnes partes & Socios: (nullo penitus excluso) iuxta cuiusque fortè, siue capitale, ex quo diuidendas, & ita simul etiam senatui suam quotam, loco damni, siue solutionis, an den 171000. fl. adscribendam putarit, non posset Brom (facta vbi que computatione, iuxta sortem der *Gesellschaft Berschreibung* / & adiectis etiam der 3000. fl. quibus aucta est postea summa Senatus: quoad particulares enim alias Francofurtienses, nihil iam certi occurrit, & alia supputatione opus erit) pro suis 2000. fl. sortis, ultra 3785. fl. ad restitutionem senatui condemnari: quibus si ineresse, à 22. Annis adiciatur, id est 4166. fl. 15. Kreuzer efficerentur in summa 7951. fl. 45. Kreuzer.
- Sed omnibus istis non obstantibus, prima sua opinioni inhaerendum putat.*
- Quoad reliqua, videlicet summam capitalem der 100000. fl. & mutuum der 10000. fl. vna cum eorum interesse, & damnis: Item, discessum Bromii ex Francofurt contra promissionem, & datam fidem: similiter quoad commendationes, instigationes, reticentiam, & practicata per ipsum (de quibus omnibus conqueritur Senatus, eoque nomine & ad poenam, & ad emendationem agit) primæ suæ sententiæ consistit, & ad præstitum iuramentum, conuictis aliis suis defensionalibus, vt in d. suo voto, ipsum absolueret, nimirum, quoad dolum, & poenam extraordinariam. Imò respectu dicti capitalis & mutui, etiam quatenus culpa & negligentia interuenisse dicitur: idque propter delegationem & nouationem, cum mandatiis factam, vt *supra dictum.* Saluo.
- Aliud, in eadem causa.*
- D. Correferens Gm. Quamuis in hac causa solummodo in puncto liquidationis nunc sit submit-

sum, num interlocutoria, 16. Iulii, Anno, &c. 72. in Camera lata, satisfactum, nec ne? Ob gravitatem tamen causæ huius, res erit paulò altius repetenda. Et imprimis aduertendum, † in prima reconuentione, quam Senatus contra Bromiū instituit, in causa compromissi, principaliter secundum articulos & petitionem, ex dolo, actum esse, ad tria: ad summam capitalem 100000. fl. tres postas litigiosas, det 20000. fl. 30000. fl. 8000. Thales, & penam extraordinariam, Bromio infligendam: Sed quia tam pro, quam contra dolum, in persona Bromii, variæ fuerunt in primis actis inuenta præsumptiones, probationes & argumenta, prout id latè per dominum Referentem; in primo suo voto tum temporis, in prima reconuentione copiosissimè fuit deductum: & post huius causæ liquidationis relationem; relectum votum. Cumque proniores † ad absolundū, quam condemnandum esse debeamus, solenne, & satis specificum iuramentū purgationis Bromio fuit delatum, quod & in persona præstitit, vt quasi de dolo nunc sit sublata. Verum cum quibusdam dominis tum temporis, maximè D. Sc. quem reliqui deinde secuti, aliquid culpæ & negligentia adhuc subesse videretur, vltiorem probationem pro maiore cautela & securitate iniunxerūt. Quæ probatio tamè magis ad quintam conuentionem, vbi Bromi ad indemnitatem egit, referri poterat, & minus difficultatis peperisset: & sic in prima reconuentione facilius absolui potuisset, ab instituta actione. Dubitari verò verisimiliter, quare Bromio, præstito iam solummodo iuramento purgationis, eiusdem rei nomine, per sententiam Cameræ, vltior probatio & liquidatio, & quidem grauis iniuncta fuerit.

167 Primo: † Quod in prima reconuentione ad dolum principaliter sit actum, cum tamen Bromius dolum per dictum iuramentum iam purgaret: sicque nihil aliud, quam absolutionis sequela restiterit.

168 Secundò: † Quod Senatus hoc idem debitum (nostrarū scilicet postarum) iam antè, per modū reconuentionis, coram Comitissario Cæsaris, Episcopo Herbipolensi, à veteribus sociis petierit, nec dum lis illa finita sit, & sic idem debitum

169 bis, † & à duobus in solidum, q̄ contra bonam fidem, exigatur, l. bona fides, de regul. iuris.

170 Tertio: † Quod d. tres postæ, non Bromio, sed vniuersæ societati mutuatae sint, iuxta Schadlosch Beschreibung / Moscharvisch / vñnd gemetner Gesellschaft / Obligation: iuxta documenta in hac causa, num. 6. vbi habetur, quod Moschauer d. tres postas, à tribus deputatis, in deputata pecunia acceperit. Quomodo ergo potest dici, acceptum à Bromio: alias enim eadem pecunia bis soluta fuisset. Nec constat, quod Bromi se in specie pro isto mutuo obligarit, sed solummodo sollicitarit, damit die Zins vñd Wechselgeld abgethan möcht werden: magisque in eo reliqui tres deputati sunt culpandi, quod sibi in d. obligatione non melius prospexerint.

Quarto: † Quod non solum Bromi / sed & Glauburger / Naufcher & alii, huius mutui nomine, dem Handel zu gutem sollicitarint: ita vt ex parte Bromii, suum factū magis in consilium, quam obligationem declinet.

Quintò: † Quod Senatus adhuc hodie vrgeat petitionem primæ reconuentionis, quæ tamen tantum ad dolum instituta fuit: ita vt per purgationem, dolo sublato, Bromius adhuc absolui debeat. Actio enim extincta est, & Senatus nunc sine actione experitur.

Sextò: † Cum culpa, in d. prima reconuentione, non sit articulata, quomodo extra articulos probari potuit. Si itaque culpa non sit probata, nec certè super ea pronunciari potest.

Septimò: † Si dicamus, Bromium ita consuluisse, tunc aut eius consilium fuit fraudulentum, & fraus fuit per dictum iuramentum purgata: aut non fuit fraudulentum, & ex regula iuris, ex consilio fraudulento non tenetur.

Octauò: † Quæ de negligentia & culpa Bromii dicuntur, fere magis intelligenda videntur de capitali summa, quæ referenda ad tres nostias postas, cum non satis constet, quod in mutuando tribus postis tantoperè sollicitarit, prout in capitali.

Quibus tamen non obstantibus, de interlocutoria Cameræ, quæ iam lata est, latius non existimat ambigendum, eo, quod, quoad Bromi, transit in rem iudicatam: sicque pro veritate habeatur. Etsi enim Bromi se à dolo purgavit, & sic à pena extraordinaria, quæ ei, eius rei nomine infligi poterat, prout Senatus petit: Noti tamen à culpa & negligentia, quam in hac causa commisisse dicitur, quod scilicet sua persuasione, sollicitatione, commendatione, mouerit & induxerit Senatum, ad mutuandum, quod alias non fecisset, & pollicitando non solum operam suam, sed & periculum, quasi periculum in se suscepisset, per verba: *Hett er sic hincyn geführt / wolt er sic wider darauff führen.* Nimia † autem commendatio culpa non caret: quare etiam prospicere debuerat, vt mutuata illa pecunia in eos vsus conuenteretur, in quos debebat. Idq; est, quod dicta interlocutoria exigit.

Respondendo nunc ad obiecta primæ rationi dubitandi responderi potest tripliciter. Primo, † q̄ dolus sub se comprehendat culpā, separatim tamen. Dolus enim tertiū culpōsus est, sed nō e- contra. Vnde est, q̄ is, qui agit ad dolum, † ad culpā agere dicatur, nec altera tollat, vel consumat alterā, cum commodè & facile ad inuicem separari possint, nec nō v erba præstiti iuramenti, magis ad dolum, quam culpā destinata sint. Quid ergo prohibet dicere, culpā & negligentia in iuramento exceptam, & adhuc superesse. Quod eo magis patet ex eo, q̄ per d. interlocutoria vltior probatio Bromio fuerit iniuncta, cui si satis fecisset Bromius, nō esset dubiū, quin Bromi & que se purgasset per hanc probationē à culpa & negligentia, quem ad modū se ante purgavit, per iuramentū, à dolo.

Et

Secus-

- 180 Secundo, quod in hac re conuentione prima, variæ Senatui dari possint actiones (ea enim, quæ utilior est Actori, semper dari debet) ratione negligentiae & culpæ. Primo, actio in factum (quæ successit in locum actionis de dolo) in qua culpa venit. Secundo, Mandati. Tertio, negotiorum gestorum. Quarto, pro socio. Quinto, actio in factum, l. *contractus, de reg. iur. l. tutori, C. de negot. gest. & utrobique Dd.* Et hinc est, quod Senatus in exceptionibus contra liquidationem, adhuc hodie urgeat culpam, & in initio dictarum exceptionum, samptlich vnd sonderlich Bromium condemnari petat: Idem etiam ex prioribus actis elici potest, vbi in libello & articulis conqueritur & articulatur Senatus, damnum, culpa Bromii, datum: quod in hoc supremo Principis consistorio de super pronuntiandum sufficit, per iura vulgata.
- 181 Tertio, quod re conuentioni primæ, vbi que clausula salutaris sit annexa, *omni meliori modo, via, &c.* Quæ omnia id important, vt super eo, quod probatum est, & iure sit pronuntiari possit, maxime per ea, quæ *infra* allegabuntur, in allegatione sexta.
- 182 Quoad secundum, verum quidem est, quod debitum à duobus non licet exigere & obtinere coniunctim. Attamen, quando duo in solidum sunt obligati, quæquamdiu quis à primo non recepit, vel habere non potuit, id quod sibi debetur, licet etiam à secundo vel tertio idem exigere, ita tamē, vt solutione vna liberentur reliqui, *Decius in l. bona fides, in princip. de reg. iur.* à reliquis etiam locis habere non potest, cum facti sint non soluendo. Deinde, propter quod compromissum, & Imperatoris commissionem, liberum fuit Senatui Bromium de nouo conuenire, etiam si eo à Herbipolensi, vt Commissario Cæsaris, antea fuisset conuenus, quod tamē non satis est, & fuit, in persona Bromii specificatum, referendo se ad d. re conuentionem Herbipolen. maxime cum senatus ibi nihil adhuc sit consecutus, & parua spes sit, cum quid consequi posse,
- 185 Quoad tertium, quod et si soli Bromio d. tres postæ non sint mutuata, sed toti societati: ita tamen & non aliter, prout vbi que asserit Senatus, Bromio & Rauschero, iuxta eorum commendationem fuit conceditum, vt ipsi curarent, iuxta *Schadlos Verschreibung*, in exolutionem der *Zins* vnd *Wechselgelt* expendi & erogari, dann sic haben sich all auff den Brom verlassen: eo que nomine literæ indemnitate sunt confectæ. Quod propter si non doceat, se id præstitisse, non solum culposus, sed & negligens merito dici potest. Qui quod enim quid facere suscipit, is idem explicare debet, alias tenetur. Ita non impedit quoque, quod Brom se in specie ad id non obligarit, instrumento aliquo: quia id intelligitur ex natura & substantia Rei, prout etiam senatus formam & modum sese obligandi, illi præscripsit. Quod tamen, cum pecunia iam esset numerata, non sine suspicionem facile recusauit. Accedit, quod aliquo: ex testibus (& Senatus ipse conqueritur) deponant, prout deduxit dominus Referens: quod Brom veram obligationem suppresserit, & aliam substituerit, scilicet Moschaueri.
- Quarto: Solicitauit quod quidem non solum ipse Bromius d. mutuam, sed & alii. Attamen is principaliter, commendando, suadendo, & sollicitando: Et sic etiam principaliter tenetur. Sed et si non esset principalis; quia tamen veteres socii facti sunt non soluendo, merito in subsidium conuenitur: se enim inuicem præposuisse intelliguntur, l. *fin. §. fin. de act. exercit.* Ita vt etiam is, qui non gessit, obligetur, pro gerente, in subsidium, quatenus non sit soluendo, l. *§. nunc tractemus, de tut. & rat. distr. & per ibi notat.*
- Quinto: Respondetur, quod vt ad primum.
- 188 Sexto: Quamuis quod culpa non sit principaliter articulata: secundario tamen, & ex prioribus actis de ea satis constare potest. Quando vero ex narratione facti quod plures possunt elici actiones, quarum vna apta, & altera inepta etiam si conclusio fiat super inepta: probatio tamen & sententia fieri potest super apta, *Abb. c. cum dilectus, de ord. cogn.* Ita hic, quamuis actio de dolo instituta sit, quod & biennio continuo finita (id enim tempus ante commissionem Cæsaris effluxum fuit) in eius locum succedit actio in factum, quæ est inducta in locum actionis de dolo, & perpetua est. *l. questum, §. si. de pecul. l. itaque, de dolo.* Quod maxime hic verum est, virtute quod clausulæ salutaris, libello adiectæ, cuius clausulæ etiam tanta vis est, quod Iudex possit impartiri suum officium, etiam non petitum: *addit. ad Capic. decision. 10. per iura ibid. & dicit, Felinum tenere, quod quod possit Iudex impartiri suum officium, etiam si non adsit clausula.*
- Septimo: Ex quod consilio quidem nemo tenetur, quando statur in simplicibus terminis consilii. At quando persuasiones, & quasi cautiones (de quibus latè Senatus in exceptionibus contra liquidationem *fol. 2. 3. 4.*) accedunt, & quis alias non fuisset facturus, nisi hic suafisset, tunc tenetur. *Dyn. in cap. nullus ex consil. de regulis iuris.* Quod maxime procedit, quando consulentis interest, vt hic: de quo *infra*.
- Octauo: Ex quod actis patet, Bromium non minus, ratione trium postarum, sollicitasse, quam in summa capitali, cum vna causa quod ex altera profluat: Et nisi ratione capitalis summæ delegatio & nouatio cum Manlichuis facta esset, & ibi veniret condemnandus.
- Pro defensione & confirmatione interlocutoriarum nostrarum, & quod ad rationes Bromius tenetur, facit.
- 197 Primo: Quod quod in conuentione quinta Bromius ipse asserat, ponat, & articulet, quod ipse & Rauscher diligenter à Senatu rogati, *Zins* vnd *Wechselgelt* aufzubringen. (anno 57.) Ideoque ipsis indemnitate promissam. Idque factum, & pecuniam realiter conuersam in d. vsum, vigens der *Schadlos Verschreibung* / propterea se à re demittit: em age: e. Si itaque Brom. ex *Schadlos Verschreibung*

Schreibung agere potuit, prout fecit: quid impedit, quo minus & teneatur, accepta pecuniam in dictos vsus conuersam, probare? Iniquum enim esset, Bromium actione mandati contraria, contra Senatum, ex literis indemnitate, experiri posse, prout in quinta conuentione articulatum & peti- tum est, nisi & Senatus ex iisdem, ad indemnitate mandati directa agere posset, quatenus scilicet susceptum mandatum non fuit legitime expeditum, & pecunia conueria. Actum autem esse contra mandati actione, in quinta conuentione, late deducum est in votis dominorum, quate conuentionis, quo se dominus Conreferens, cum superfluum sit, hic repetere, breuitatis causa remittit.

Quamuis autem in prima reconuentione actio mandati expresse instituta non sit, tamen id tacite subintelligi potest, & eam dari ex clausula salutari, & officio nobili Iudicis implorato. Quod autem actum ex Schadlosch Verschreibung pater ex 112. conuent. artic. dasz er Brom sic auch der 63000. fl. Schad'off halten soll.

198 Secunda ratio sententia, quod ob nimias assertiones Brom, videtur in se periculum suscepisse, quando dixit, Haber Senatum hincyn geführt / so woll er ihn auch herauß bringen.

199 Tertio facit, quod varia in persona Bromii possint esse considerationes. Aut enim consideramus ipsum, ut instigatorem, & persuasorem: & tunc quod ex persuasione obligatur, *Item si obsterix, §. 1. ad legem Aquilianam, c. si tibi domino, 63. distinct. Bart. Brixien. q. dominical. 8, n. 5.* Aut considerandus, ut confocius, & qui in eadem communiione ante fuit:

201 Et intris, quod societas, quod & rerum communiio, & dolum & culpam recipiat, *l. contractus 23. de regulis iuris.* Quod in societate etiam de leui culpa intelligitur, quia gratia vtriusque celebratur societas, *l. si ut certo, §. nunc videndum, versicul sed vbi, & l. socius socio. §. finali, Institut. pro soc. ff. cod.* Nisi socius quod fuisset negligens in rebus suis, tempore contracta societatis: tunc enim sufficit, eam adhibere diligentiam, quam in rebus suis. Quod hic in Bromio praesumitur non potest, quia satis indultus & sagax aliis fuit: Si attendamus pecuniam mutuatam, non conuersam in vtilitatem societatis, prout id non est probatum, tenetur ad restitutionem.

202 Socius enim quod faciens alium socium expendere res suas in malos vsus, vtili actione ad illas resarciendum tenetur, *Neuzan in Sylua. lib. primi. c. 2. n. 17.* Si in teeamur personam Moschaueri, & redditio- nem rationum, is non a Francofurdenisibus, sed ab antiquis sociis susceptus fuit. Si autem vnus quod sociorum ponat factorem, pro socio, si is male gessit, tenetur pro socio, *§. non solum, de administ. tut. Instit. Francisc. Luc. de fisco. & eius priuileg. in 4. part. princ. de vectig. & publican. num. 38.* Si itaque Moschauer male administrauit, antiqui socii, quorum vnus Bromius fuit, eo, quod hunc administrationi praefecerint, tenentur. A culpa excusati non potest: cum non solum culposus sit, quod qui fecit, quod non debuit, sed & qui omisit, quod facere debuit, per

l. qui petitorio, §. fin. de rei vendicat. Et certe si in nulla culpa vel negligentia fuisset, male Senatu remotus fuisset, in eoque absolutus Senatus a Bromii petitione, vbi se in Senatu restituere petiit (prout in tertia conuentione) & ita conclusum per maiora dominorum vota.

Si ipsius negligentiam attendamus, ea certe tanta est, ut culpa, vel etiam dolo, annumerari possit. Magna enim negligentia, quod culpa & dolo aequi- paratur, *l. magna, de verborum significationibus. Petr. à Beacco, in directorio electionum, c. 52. part. 3. n. 4.* Si ut administratorem ciuitatis, reperio ea, quae la- sime deducta sunt in voto Domini Referentis. Nominem enim quod ciuitatis administrans, ut hic, quia deputatus, si in administrando sit negligens, & quid omittat, tenetur etiam ad iniuriam esse, *Henning. conf. 31. n. 4.*

Aut enim Bromius intellexit negocium, prout cerè intelligere deuit, propter affectiones & per- suasiones suas: debebat enim prius explorare, an verum esset, quod assererat. *Castrus. conf. 295. in princ.* Et sic maiorem curam & diligentiam adhibuisse, an ad constitutum vsum duntaxat conuersum fuisset. Aut non intellexit & tamen non ita temere persuadere, consilium, argere & promo- uere tam graue negocium debebat. Culpa enim est, quod id asserere, scire, quod non scit, vel ignorat, & sic alterum in damnum inducit. Vtroque ergo modo culposus est, & merito illi inuncta probatio, iuxta dictam interlocutoriam nostram.

Nunc consequenter videndum (iustificata interlocutoria) an & quatenus Bromius ei satisfecerit. Et primo quidem satis subtile contra eam excipit, quasi post praestitum iuramentum male sit lata, nihilominus amen deinde satisfacere conatur, & fere his argumentis vitur.

Primo, quod totum hoc negocium principa- liter, a tota societate, factori Moschauer sit com- missum, cum deputatis suis aequè, ut sibi, et si con- sului: vel promouit, quia tamen hoc consilium non frauduleatum, ipsum non teneri. Ad hoc argumentum responderi potest: Moschauer quod a Francofurdenisibus suis nihil commissum. Is enim ab antiquis sociis susceptus fuit, in antiqua societate: Quare Senatui nihil imputari potest. Cumque principaliter Bromius Senatum ad mutuum induxerit, prout id factis ex actis & votis deductum est. Ideo non immerito, omisis tribus reliquis deputatis, & antiquis sociis, qui amplius soluendo non sunt, Bromius conuentus fuit. Quoad consilium, non releuat: quia non fuit simplex consilium, nec in terminis puri consilii per- mansit: maxime, quia Bromius interfuit. Consi- lium autem, quod ut mihi & sociis meis mutuo des, quasi mandantis, & aliena gratia factum, obligat mandantem, cuius interfuit, mutuo dari societa- ti, per iura in exceptionibus contra liquidatio- nem allegata.

Secundo, quod Primam postquam ante literas indemnitate mutuatam: ideo in Schadlosch Verschreibung venire non posse. Respondeo, quod quamuis ante

- mutuata sit, tamen ex postfacto nouatio facta, & in formam der Schadloß Verschreibung conuersum, itaque naturam mutauit, & nouam assumpsit, quasi ex Schadloßverschreibung deberetur.
- 214 Tertio: Senatum ¶ solum vrgere persuasionem Bromii, & non integram traditionem mutui.
- 215 Respond. Sed ¶ nec hoc impedit, eo quod integralis traditio mutui, ex obligatione antiquorum sociorum satis probata sit.
- 216 Quarto: Senatum ¶ tam in gültlicher Handlung/ quam in reconuentione coram Herbipolenti petiisse dictas postas ab antiquis sociis, tanquã illis traditas iuxta documenta, quorũ recognitionem
- 217 ex Cancellaria Herbipolensi petit. Respondet, ¶ quia ibi nihil sit & proceditur: ideo hic in subsidium, vt supra dictum est, recte Brom conuenitur, maximè cum reliqui socii non sint soluendo.
- 218 Quinto: Ex ¶ petitione reconuentionis constare, quis ad rationes teneatur. Respondet, ¶ Ab antiquis sociis quidem generales rationes petita, verum cum ibi nihil obtineri possit, non iniquè ex supra dictis rationibus particulares hic à Bromio exiguntur.
- 219 Sexto: ¶ Brom sanctè confirmat, d. tres postas, in Erleichterung des Handels impensas. Sed nec hoc releuat: Cum ¶ magis mirandum sit, quod
- 220 tam temerè affirmat, de quo tamen nihil omnino docet: vel in specie nihil indicare potest, maximè in tam magna summa, quæ inter tam multos diuidi debuit. Deinde, q̄ per talem assertionẽ non satisfaciatur d. interlocutoria.
- 221 Septimo: ¶ 20000. fl. antequam de damno constaret, Moschauer mutuo datus: ideoque etiam Moschauer se obligasse, prout illi à Senatu præscriptum. Respondet, ¶ vt ad secundum.
- 222 Octaudo: Cum ¶ Moschauer fuerit supremus factor: quomodo Brom potest reddere rationes?
- 223 Respondet, ¶ sed nec hoc releuare, cū Moschauer à nouis sociis non fuerit acceptatus, sed ab antiquis sociis, quorum Brom vnus; deinde, quod mandatum semel in se receperit Bromius.
- 224 Nono: Per ¶ posteriorem obligationem nu. 6. nouationem factam, & imputet sibi Senatus, q̄ non curarit fideiussionem Rauscheri inferi posteriori obligationi. Respondet: ¶ A Senatu posteriorem obligationem non fuisse approbatã, nec receptam, sed solum retentã ad probandam numerationem.
- 225 Decimo: ¶ 8000. Thaler ad Rauscheri Schreiben societati mutuatos, iuxta missiuam Rauscheri ad tres deputatos, cuius copia si credi nolit, adhuc petit, Senatum ad editionem compelli. Idem probat alia missiua in originali, n. 11. Et Brom habet auffs Rauschers Befelch die Thaler eyngeschlagen.
- 226 His respondet Senatus, ¶ quod id debitum, quod solutũ ex 8000. Thaler/ non descenderit ex Saitgerhandel/ idque probari ex missiua litera E. Sed et si id nõ esset, quia tamẽ Rauscher nõ est soluendo, recte Brom/ vti consors, conuenitur in subsidium.
- 227 Vndecimo: ¶ Brom medio iuramento, Spiræ præstito, ait, Das nach dem Senat' auff Rauschers
- Zuschreiben Brommen die 8000. Thaler zugeselltemissos Antverpian, & Wechsel inde solutos, petit compulsores ad Senatum Coloniensem & Antverpiansem. Resp. ¶ Sed nec hoc releuat, quia in specie probare debebat, was für Zins vnd Wechselgelt danton bezahlt. Deinde, & hos compulsores ante petiit.
- 228 Duodecimo: ¶ Quoad 30000. fl. Glauburgerum sollicitasse d. summam, de eaque rationes reditas per Lambergerum, prout constat ex n. 11. 12., das zu Abzahlung der Zins vnd Wechselgelt gewendet seynd worden. Respond. Sed ¶ nec hoc sufficit nõ .n. sequitur, Brom/ Rauscher & Moschauer dicunt, das Geld sey dahin verwendet/ cum docere oporteat, quib. solutũ, & desup recognitiones, pducere, alias min' perfecte dicuntur rationes: imò cõtrariũ est visibili: Weil de Handel gar nicht darmit gehoffen.
- 229 Decimotertio: ¶ Bromio bey seinen Eydtspflichten mandatum, Wechsel vnd Zinsgelt nach allem seinem Vermögen helfen auffzubringen/ damit die creditores damit gestillt/ mit Versprechung/ schadloß zu halten/ welchem er nachgesetzt. Respond. ¶ Ex hac confessione satis constat, Bromium propter mandatum teneri docere, in quos vsus sit illa pecunia conuersa, maximè, an facta sit vigore der Schadloß Verschreibung/ quam vbique vrget.
- 230 Postremo: ¶ Quatenus vltior liquidatio necessaria, petit Senatum Lipsensem & Lambergerum compelli, Moschauer's Mess vnd Marktbüchlein auffzulegen: In de satis constare, wo die drey Posten hinfommen: Idem se Wormatia petiisse, sed Senatum Lipsensem denegasse. Responderi potest, ¶ eum solũ subteifugia quærere: quales enim Moschaueri sint futurae probationes, ex allegato n. 11. 12. patet. Præterea Moschauer à Francofurtensibus nunquam fuit approbatus.
- 231 Ex his concludit, in puncto liquidationis nihil, vel parum, quoad d. interlocutoriam, probatum vel liquidatum. Et si quid sit, id tamen per exceptiones Senatus elisum, Bromiumque ad solutionem dictarum trium postarum teneri.
- 232 Quoad capitalem summam, propter delegationem & nouationem, quæ loco solutionis sunt, per Senatum cum Manlichii factam, & pecuniã extraordinariam à Senatu petitam, ob purgatum dolum, per iuramentum absoluendum: Expenlis compensatis, eo, quod in totum Brom non succumbat, tum etiam propter præstitum iuramentum, sed pro maiore parte vincat.
- 233 In condemnando autẽ sufficere putat, si Bromius ¶ simpliciter condemnetur ad restitutionẽ trium postarum: eo quod à latiore culpa, ob præstitum iuramentum excusetur, & sic, si in leui culpa sit condemnandus, solum ad periculum fortis tenebitur. Bald. in l. vnica, Codic. de his qui ex offic. libr. 11. Azo in summa, Codic. de administr. Quatenus autem administratores teneantur, patet ex toto titulo. Codic. quo quisque ord. conueniatur. Si Bromii, vt supra dictum est, per sonã consideremus, vt consocii, non nisi in quantum facere potest, condemnandus erit. Petr. de Vhalh. de duobus fratribus, nu. 5.

Et vltim. part. princ. in princip. & quasi per totum. quem etiam omnino vide, quomodo rationes sint reddendæ inter socios. Saluo dominorum iudicio.

Aliud votum in eadem causa.

D. If. Ante votum, legit supplicationem Bromii nouiter datam in Senatũ, pro maturanda sententia: vbi conqueritur primo de iniuriis & diffamationibus, quod sibi & suis successoribus & liberis hoc sit famosum, &c. se non fuisse factorem, sed Moschauer & Lamberger/Lamariatos; Item, se satisfacisse sententiæ, & iterum petit, edi Rechnung à Lambergero, per Lipsenses & Francofurtenses, quia inde constabit, wo die drey Posten hinkommen: sed & hoc non necessarium, quia doctũ, daß Moschauer die 20000. fl. empfangen vñnd verschrieben: inde sequi, quod ex mandato Senatus, des Handels Factorum zugestellt/sic ipsum absolui ex effectu rei, dictos Moschauer & Lamberger in ihren Posten verrechnet: sibi esse impossibile, in specie hoc indicare. Propter præstitum iuramentum sperat se absoluum: petit, senium suum considerari, & magnos sumptus, per 21. annos. Vult sperare compensationem expensarum. In summa, non nisi priora argumenta per totum allegauit.

Votum ipsius.

Copiose est hæc causa per Referentes tractata, ita vt per omnia cum ipsis cõcludat, & per placet concludere possit. Quod enim ad reconuentionem nostram attinet, actum actione in factum ²³⁹ putat, quæ duo ¶ habet potissimum capita. Primum de dolo: quod tamen propter iuramentum præstitum à Bromio hic, iam est decisum. Secundum ¶ respicit damna, & latam ignauia culpam, prout *Zaf.* nominat. *libro 1. respons. singul. capite 2. numero. 26.* quæ dolo non æquiparatur. Et in hac quidem culpa Bromium constituisse dominos antecessores nostros putat, qui interlocutoriam nostram sic promulgandam esse censuerunt, prout patet ex votis Referentium, & argumentis, tam pro dicta interlocutoria, quam contra Bromium à Senatu deductis.

Verum causam ad sic interloquendum Bromius ipsemet dedit, vt per Referentes. Sed iam hanc ipsam interlocutoriam ipse Brom eludit potius, quam vt ei satisfaciat. Nam omnia eius argumenta, fundamenta & rationes eo tẽdunt, ipsum ad rationes non teneri. Quod si non aliter ex actis constaret, imo si non ipsemet ad probationẽ eius, quod nostræ litigiõs postæ, in utilitatem & commodum dictæ negociationis essent conuersæ, se adstrinxisset, vt patet etiam *ex decimo articulo quintæ conuentionis*: male certe illi hæc probatio, præstito iam iuramento, esset iniuncta. Iam vt aliquid ad dictam interlocutoriam agat, dicit quidem in der Liquidationsschrift/ se accepta à Senatu, omnia integraliter, administratoribus restituisse: in eo tamen ipso non perseverat. Petit enim ponderari, quod hanc non vrgeat Senatus, sed saltem persuasionem & consilium. Et hac quidẽ ratione Brom

se liberare possit, quod non teneretur ex consilio, præsertim nõ dolo: imo purgato iam dolo. Sed aliud postulat ab illo interlocutoria, & quidem quoad primam postam 20000. fl. ex depositionibus testium à Referente in 12. argumento allegatis, tantum colligit, quod illa non sit integraliter Moschauero, vigore obligationis, reddita. Nam testes deponunt expresse, quod viderint soluere ignotis auff der Rechenstuben/quod Rechenmeister sint conquesti de ignotis adductis: quorum nomina Brom sine dubio sciuit. Quia si potuit dicere, solue huic tantũ, sine dubio et sciuit nomen eius, cui soluere iussit, & causam soluendi. Interim tamen non pugnat cum his obligatio Moschaueri. Nam etsi dicat, *Er hab das Geld in sein Gewarsam empfangen/* tamen obligauit se pro se & sociis, ex quibus Brom primarius fuit, vt idem sit, per Brom satisfactum esse creditoribus, ac si Moschauer pecuniam numeratam accepisset. Et si Brom bona fide agere, & interlocutoria satisfacere vellet, sic posset nominare eos, sicut etiam debuisset, per *d. decis. Afflict. 91. numero 6.* quibus pecuniam exoluere iussisset. Dum recenser, 8000. taleros missos esse Antverpiam, iussu Rauscheri, se magis suspectum reddit, præsertim vero propter exhibitã ibidem numero 10. in 2. epistola Rauscheri ad Brom/vbi sunt verba, *Ihr vñnd ich hafften/ vñ seynd für die meisten Summ verschrieben. Item, Euch vñnd mir ist nicht anders zu rahen/wõllen wir nicht anders zu Binmännern werden /dann sehen wie wir auß den Schulden kommen.* Et hic iterum se prodit Bromius. Nam sciuit is sine dubio, an & quibus fuerit obligatus Bromius; an iis satisfactum, & vnde? Hoc cum adhuc celet, haud in leuem perituri suspitionem incurrit, & quod fortassis aliorum debita, ex dicta pecunia litigiosa ad negociationem non spectantia, vel inde profluentia, fuerint exoluta. Et asserit quidem Brom medio iuramento, hic præstito, dictos 8000. thaleros missos Antverpiam, pro exoluendo Cambio, non tamen asserit, id in vsum nostræ negociationis esse factum.

De exhibitis pro 30000. fl. illa parum, vel nihil, imo contra Bromium aliquid probant. Nam *num. 11. ibid.* generaliter ponitur, ratio accepti det 30000. fl. Sed postea in specie ponitur in der Aufgab/quod Bromio sint soluti 10000. fl. vñnd Zins 550. fl. Ex quo colligi potest, Bromium semper sibi vigilasse. Et *ex num. 12.* patet, quod summam suã capitalem amplius non habuerit integram, in d. negociatione. Quia interesse est ei saltem exolutum pro 10000. fl. vbi prius habuit 20000. fl. dem ptis decem millibus, quos Senatus illi mutuarat: Idem in depositione Lambergers/n. 16. inter documenta Senatus habetur, quod Brom 10000. fl. auß dem Handel gefordert/ vñnd in Aufgab hat heissen segen. Item in extractu attestationum, *num. 20.* inter documẽta Senatus habetur, daß Brom vñnd Moschauer fürnemlich Befelch haben/das Geld einzunehmen vñnd aufzugeben. Ex his & aliis argumentis, per dominos Referetes copiose adductis,

cum ipsis per omnia concludit, Quoad ratam, an den dreien Posten weren Senatui noch 11000. fl. hin auß zuständig etc.

Vorum aliud, in eadem causa.

D. Q. Duo probanda fuerunt Bromio, scilicet, quod tres postae fuerint in exolutionem aris alieni conuersae. Et de rata Senatus: quia ratam partem aris alieni Senatus soluere teneatur. Et quidem iustus ex causis hoc illi impositum esse, diligenter a dominis est deductum, vt ulteriori discussione non egeat. Et licet forte durior illa videri possit, maxime post iuramentum prestitum, et in rem tamen iudicatam transiit, & ideo pro veritate habetur, *l. re iudicata, de regulis iuris.* Sed & ex multis patere videtur, Bromium potuisse, si voluisset, vel sibi profuisset nominare eos, quibus dicta pecunia est soluta. Verum quia nullum, praeter Iohann. de Molin (de quo non constat, an aliquid crediderit societati, nec hoc asseuerat) magna certe oritur suspicio, si non totam, maiorem tamen partem in alium usum esse conuersam, quam in solutionem dictorum 171000. fl. Deinde, cum in quinta conuentione de Senatu conquestus sit, quod pro rata sua non satis contribuerit, ad eam solutionem, mirum est, illum nunc ignorare, quanta sit illa rata. Itaque cum astute in sua generalitate consistat, in specie ne minimum quidem, quod in dicta sententia iniunctum, docens. Imo ne de diligentia quidem, quam in perquirendis rationibus adhibuerit, aliquid dicat, nihil restare videtur, quam vt in hoc puncto trium postarum definitiue pronuncietur contra ipsum Bromium, tanquam eum, cuius culpa illatum est Senatui damnum, *cap. final. de iniur. & damn. dat. l. qui occidit. §. nam & qui. ad legem Aquiliam. Paris. consilio 62.* Culpam autem & negligentiam hic probatam esse satis est ostensum; & licet Brom passim culpam in Moschauerum conferat, tamen in specie nihil proponit, ex quo vel culpa vel negligentia appareat. Imo cum ad 19. interrog. Senatus, Brom deponat, *Moschauer hab nichts dainit zu thum haben wollen* / mirum est, hoc illi permillum fuisse, vt sic sine redditis rationibus ab officio discederet: nisi forte ideo officium reliquit, quod Xauscher & Brom eius registra abstulerint, vt scribunt Matenbergeri heredes ad Herbipolensem. Alioqui certe ad Xauscher & Brom pertinuisset, dictum Moschauerum ad reddendas rationes tunc temporis compellere. Ad quod eum nunc solum teneri Bromius asserit. Quare ex hac etiam culpa & negligentia Bromii conuincitur, quod sine legitimis rationibus ab officio suo discedere permittit, nec Senatum admonuit.

Quoad sortem capitalem Senatus, & poenam extraordinariam, quoniam illa puncta prius sunt decisa, eo se refert, *vntd lasset dabey bleiben.* De interesse, & condemnatione: quoad ratam trium postarum, cum domino Referente. *Expensis compensatis.*

D. Q. Non videt, quid addi possit votis Referentium, ideo cum tam ex actis, quam ex argu-

mentis & rationibus ab iisdem in suis votis satis dilucide deductis, & exacte ponderatis, Bromii negligentia & culpa plus quam notoria sit, atque ex documentis ab ipso met Bromio ad satisfaciendum interlocutoriae productis, liquido constet, Bromium potius impugnare & eludere interlocutoriam, morasque tantum ad diutius celandam culpam commissam, & sic in consequentiam, ad protrahendam solutionem trium postarum, nequere, quam quod ei satisfaciat, iniunctamque versionem ligiosarum summarum, & ratam Senatus, vigore d. interlocutoriae prober, nullas alii, sex praescripto Iurisperiti super esse Iudicis partes existimat, quam condemnationem. Concludit cum dominis Referentibus, Brom ad restitutionem trium postarum, absque damnis & interesse, compensatis expensis, condemnandum.

Aliud.

Si submissionis nostrae terminis nobis insistendum erit, prout transgrediendi non sunt, & mihi videtur, eos minime transgrediendos, ne rei iam iudicatae id repugnet & sententia contraria sententiae feratur, contra iura, *l. Iudex, de re iudicata. Doctores in l. ab executore, de appellacione.* Idque nulliter, secundum communem opinionem Doctorum, per allegata per *Vant. capit. ex defectu process. & c. num. 125.* siue expresse siue tacite, directe, vel per obliquum id fiat. Inde iudicatio praesentis causae consistit non in eo, An iuxta institutam actionem bene vel male sit interlocutum, neque in eo, an sententia praambula secundo Iulii Anno 72. lata, complectatur iuramentum purgationis dolitantum, vel etiam culpae & negligentiae, cum lata culpa & dolus non aequiparentur, *l. de Plor. §. flex. 10. num. 32.* Et ipsa sententia, & vota dominorum tum temporis, & praesens relatio id satis dilucide discernat: quibus omnibus acquiesco, & plura de effectu eius praambulae dicere omitto. Sed consistit in hoc, An ei interlocutoriae in totum, vel aliqua ex parte sit satisfactum. Hoc ipsum si consideretur, iterum ex deductis ante me satis constabit, Bromium aliud in effectu & principaliter non praestitisse, quam quod priora sua argumenta ac causas, effugiendae rationis reddendae, eademque latebras in hoc reperierit, inter reliqua vero praecipue, quod ad tres postas pertinet, super impossibilitate se fundarit, ac si dicta interlocutoria impossibilem conditionem contineat. Ideoque tale praecipuum sit ipso iure nullum, *Bald. Arg. Castrensis. Alex. & Doctores in l. si decesserit, qui satis dat. cog. Dyn. capit. nemo, de regulis iuris in 6. num. 4.* Adeo quod praetali praecipuo & sententia, conuincite quid impossibile, non sit opus appellare, *leg. penultima & leg. finali, qua sent. sine appellat. rescind. & leg. de quare, §. finali, de iud.* nec sit meretur executionem, ob nullitatis existentiam. *Doctores in lege 4. §. condemnarum, de re iudic. & leg. si cum nulla, eod.*

Sed, vt breuis sim, nec hoc obicitur. Aut enim ea assertio est vera, et aut est ficta & simulata. Si ficta & falsa, et prout domini ante me, ex validis argumenta-

argumentis & circumstantiis, mea etiam sententia (id quod est penes arbitrium iudicantis, Panormitan. in cap. accepimus, num. 1. de fid. instrumēt.) re & concluserunt: tunc Bromius hoc casu non subleuabitur, nec alia ipsius inde dependētia subsidia consistent.

- 252 Sin autem vera esset ea assertio, † ita vt iam incatum impossibilitatis res deuenisset: iterum attendendum erit: An sententia illa contineat † omnino impossibile, vel saltem difficile. Tunc enim † si Index fuit ignorans impossibilitatis, valet eius præceptum & sententia, saluo tamen restitutionis beneficio, l. quæstum. cum glos. & ibi Bart. de rei iud. d. d. l. si decesserit. Item attendendum puto,
- 253 An impossibilis † ab initio & semper extiterit, an vero ex postfacto interuenerit. Quod vero redditio rationum in principio contractus der Gesellschaft Verschreibung & etiam postmodum, circa tempora mutuatarū trium postarum, Bromio non impossibilis, sed expeditibilis fuerit, satis est demonstratum, & omnes circumstantiæ docent. Sed quod demum mortuo & euacuato, & ad paupertatem redacto Moschauero, & aliis, qui nunc obiiiciuntur, res ad eam difficultatem peruenerit, & nunc in tali statu existat, non satis liquidum esse puto, sed potius contrarium colligendum: & firmiter præsumendum, vt per dominos. Quinimo, posita tali impossibilitate, vt asseritur,
- 256 tamen rursus considerandum venit, † An illa ex postfacto, culpa Bromii, vel sine eius culpa superuenerit. Si enim propria eius culpa factum sit, vt iam rationes reddere non possit, sibi, & non aliis hoc imputabit.

- 257 Cum æquipollentia sint, † aliquid facere posse, vel stare per se, quo minus fieri possit, l. si bona fidei, de noxal. action. Nec releuat difficultas & impossibilitas rationis, quæ resultat ex proprio facto, allegantis eam, Panormitan. in dicto cap. accepimus, numero 5. de fid. instrum. per leg. final. quod metus caus. & l. si quando, Cod. vnde vi. ibid. Felin. num. 16. in fine. Facit
- 258 in simili, quod is, † qui allegat casum fortuitum, debet probare duo, casus scilicet emergentiam, & quod sine sua culpa interuenerit casus, late Bal. in leg. si creditor, per tot. Cod. de pignor. Castren. in leg. si quis ex argentariis, §. prator ait, num. 6. de edend. Cum itaque Bromi istam difficultatē, oscitando & conuiuendo, contra officium suaserit, se condiruit in culpa, ideoque sibi hoc imputet. Inde etiam petita pro rationibus ab aliis edendis & exigendis rursus male inculcantur, id quod hactenus satis est discussum, cui & ego acquiesco. Prout nec ad iuramentum, cui se videtur offerre Bromi ad purgandam culpam & negligentiam, pro effugendis rationibus, tanquam administrator primarius negociationis, videtur admittendus, per allegata per Plotum de in lit. iur. §. 6. n. 35. Sicque concludo simpliciter cum dominis.

Aliud.

D. G. Cum Bromi non satisfecerit in interlocutoriz, & domini in prior relatione putarint, ob negligentiam in tres postas condemnandum, in qua

sententia adhuc persistunt, nō videt, cur in aliam sententiam trahatur. Cum senatui etiam ex pollicitatione Man soll ihm vertrauen/er woll sie herauff führen/obligatus sit, tot. tit. de pollicitat. Concludit in omnibus cum dominis.

Sententia.

Uder Compromiß Sachen Bürgermeister vnd Rait der Statt & Klägern eins/wider D. Beklagten anders Theils/ primæ reconuentionis, ist allem Fürbringen nach/auch auff gelystten End zu Recht erkannt/ das ermeldter Beklagter ihuen den Klägern/die im 5. Articul daselbst angezogene drey vnterschiedliche Posten Anlehens/widerumb zu erstatten vnd zu bezahlen schuldig/ aber von den vbrighen Klag Puncten zu absoluiren vnd erledigen sey als wir ihne hiemit respectiue dareyn condemniren/verdammen/auch dauon absoluiren vnd erledigen/die Gerichts Kosten alleenthalben auffgelauffen/auff bewegenden Ursachen gegen einander compensirendt vnd vergleichendt.

D. H. Quia satis deductum, non esse satisfactū interlocutoriaz, repetit breuitatis studio arguitur ta dominorum. Quibus, quia nil addi potest, concludit per omnia cum Referente. Compensatis expensis.

VOTVM XXVIII.

In causa C. contra E. I. & G. H.

SUMMARI.

- 1 Submissiones huius casus ad quatuor potissimum capita referenda sunt.
- 2 Iurisdictionis defectus maximus est.
- 3 Index potissima pars & fundamentum, Dux & Imperator iudicij dicitur.
- 4 Iudicatum dici non potest ab eo, qui ius dicendi non habuit.
- 5 Continentia litis qua dicitur.
- 6 Continentia causa non diuidenda. & n. 7. 8. 9.
- 10 Continentia causa diuersas species actionum ex similibus negociis descendentes non excludit.
- 11 Continentia causarum, ob publicum quidem bonum, in variis & diuersis tribunalibus non est agitata, quo lites abbrevientur & temporibus transignantur.
- 12 Causa connexa, hinc inde ipsorum litigantium gratia, distrahi prohibentur, ne partes frustrentur nouis expensis nouoque labore ad nouum iudicem instruendum & informandum.
- 13 Frustra fit per plura, quod fieri potest per pauciora.
- 14 Iudicij penam arbitrariam non immerito incurrit, qui in diuersis tribunalibus aduersarium suum exagitat.
- 15 Sententia contraria, si vnus litigantium coram hoc, alter coram alio iudice conueniretur, metuenda sunt.
- 16 Prohibitio alienationis. siue à lege siue à testatore fiat, dominij translationem impedit.

- 17 Rei vindicatio directa in quibus conveniat.
- 18 Finem quando habemus, de modo non amplius est curandum.
- 19 Finis est dignior omnibus illis, qua ad finem ordinantur.
- 20 Res inter alios acta, tertio præiudicare non potest.
- 21 Exceptio negans Actori ius agendi, impedit litis ingressum, & remoratur processum super principali; probataque à Rso, perimit Actoris intentionem. num. 23.
- 22 Sine actione nemo experitur.
- 24 Exceptiones præiudiciales, ante omnia sunt discutienda.
- 25 Iudex maxime vigilare debet, vt consuetum ordinem iudiciorum, tanquam normam præscriptam obseruet.
- 26 Ordo solitus & necessarius, si omitteretur, vel etiam præpostere fieret, ex hoc sententia reddetur nulla.
- 27 Iniustitia ex ordine plus inficit, quam ex causa, prima enim reddit sententiam nullam, secunda non.
- 28 Dilatio exceptionis, contra personam vel Iudicis, vel actoris, vel rei, ad merita causa nihil aliud est, quam ordinis præposterioratio & peruersio causaque vnius ad eandem reservatio.
- 29 Iudex, exceptione negante Actori ius agendi reiecta ad finem omnem operam & oleum, in discutiendo negotio Principali perdit & litigantes manibus sumptibus, cum maxima iactura aggèrat.
- 30 Actio quam excludit inopia debitoris, quemadmodum est manis, ita etiam vana & temeraria cognitio super causa aliqua suscepta, ad quam petendam Actor est inhabilis.
- 31 Actionem ad rem recuperandam qui habet, rem ipsam habere videtur. sic & is à contrario sensu, qui actionem non habet, re ipsa quoque destitui dicitur.
- 32 Iudex super exceptione litis ingressum impediente, non pronuncians iusto tempore, hoc est, ante litis contestationem, partem grauat vt iuste appellare possit. Huius exceptionis extensio que. num. 33.
- 34 Exceptio negans Actori ius agendi competere quare in hoc nostro casu, ad merita causa reicienda sit, & sub num. 35. 36.
- 37 Exceptio dicitur obscurior, propter facti incertitudinem, altior vero, propter iuris subtilitatem.
- 38 Exceptiones non solum in facto, sed etiam in iure tantum, altiore indagine requirentes, ad conclusionem cause asseruari possunt.
- 39 Exceptio requirens longam & dubiam iuris altercationem, ad instar erroris, iuris intricati, qui equiparatur errori facti, reservari potest.
- 40 Exceptio Morialibus, quod scilicet feudi sint incapaces, obiecta, quare differenda, & in causa Principali sit procedendum.
- 41 Ordo iudicarius super disputatione iuris non requiritur.
- 42 Exceptionis cognitio in facto altiore indagine requirentis, non statim postquam obicitur, est expedienda, sed post litem contestatam protrahenda.
- 43 Exceptio Compensationis, maiorem & altiore indagine exposcens, alij iudicio reservari debet, ne multis ambagibus spes condemnationis excludatur.
- 44 Exceptionis altiore indagine requirentis definitio qua. & n. 45.
- 46 Iudicis arbitrio relinquuntur ea, qua certa sub regula claudi non possunt.
- 47 L. quisquis. ad l. Iuliam maiestatis, est sedes ordinaria, & fundamentum exceptionis Reorum. Eademque lex in iure à Dd. in varios diffunditur intellectus. num. 48.
- 49 Quæstio, an ab omni feudo, an vero saltem à paterno, liberi ex delicto patris sint exclusi. Distinguitur, vt num. 50. & 51.
- 51 Sententia benignior in dubiis semper sequenda.
- 52 Factum incertum & alienum, prudentissimum saepe fallit.
- 53 Imperator pœnam ex proprio delicto etiam promeritam, & multo magis alterius culpa causatam in totum remittere, & contra sententiam, non modo quo ad vitam, sed etiam quo ad bona & honores, in integrum restituere potest.
- 54 Imperator ex mera gratia proscripto Imperij bannum remittere potest.
- 55 Bona litigiosa, ex statuto familia & testamento aucto alienari prohibita, propter delictum patris in confiscationem non veniunt.
- 56 Instrumentorum editio, vt ante litem contestatam Actori iniungatur, qua requiratur. & sub num. 57. (Extensio huius. num. 58.) 61.
- 59 Ex correlationis natura vnum alteri continuatur, vnde nisi exhibeatur illud ad quod est facta relatio scriptura referens nullius est effectus.
- 60 Relatum inest referenti.
- 62 Reus quando in ius vocatus, de scriptura in libello relata aliquo modo saltem certus esse potest, editio post litem contestatam differenda est.
- 63 Nemo inuitus ad edenda aduersario suo documenta, instrumenta seu privilegia compellendus est.
- 64 Iudex non nisi ex magna causa, partem ad exhibendum sua instrumenta, qua penes se habet, cogere debet.
- 65 A regula Communi recedere, & casum specialem in exemplum vel consequentiam trahere durum est.
- 66 Instrumenta regulariter omnia, qua in determinandis litibus, æqualem cum testibus vim habent, tam de iure, quam de stylo curia, post litem contestatam producenda sunt.
- 67 Curia stylus loco rationis est.
- 68 Productio facta in iudicio summario, hoc est, ante litis contestationem, non facit fidem in plenario.
- 69 Instrumenti editio an in hoc nostro casu adhuc sit differenda, & litis contestatio in iungenda.
- 70 Instrumentum vel scriptura edi, vel exhiberi de iure communi non debet, nisi duo copulatiue probentur. Et que illa. num. 71. & 72.
- 73 Terminus iustus ad omnia producenda in iudicio statuendus.
- 74 Tertius pro suo interesse, in quacunque iudicij parte, interuenire potest: Idque procedit, siue ad impediendum

pediendam agentem, vel remouendum, dum saltem de eius interesse aliquo modo apparet constet numero 75.

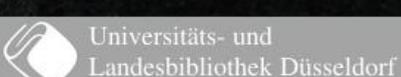
- 76 Interesse interuenientium hic duplex occurrit, & numero 77.
- 78 Ordinatio quosdam casus specificatos continet, qui statim immediate in summo tribunali discuti possunt.
- 79 Iurisdictio Camera, tanquam mediate superior omnium partium, ex iure communi, etiam ob causa continentiam non diuidendam fundatur.
- 80 Casus vulgariter tres, quatuor, vel etiam quinque connumerantur, quibus continentia causa existere dicitur.
- 81 Exceptio rei iudicata, in hoc nostro casu, tum demum obstat, quando res iudicata nocet ipsi actioni intentata.
- 82 Quæstio hoc loco circa duo præcipue vertitur, & n. 83.
- 83 Crimen læsæ maiestatis, vt quis notorie commississe dicatur, quæ requirantur, vt sub n. 84. 85. 86. 87. 88. 89. & 90.
- 91 Quæstiones quadam dubia circa huius casus materiam, vt sub numer. 92. & quinque subseq.
- 98 Inhabilitas agentium duplici respectu, in hoc casu, obiecta est.
- 99 Exceptionem, tibi non competit ius vel actio, nunquam, in Camera, ante litis contestationem examinandam esse, testatur Myns. obser. 24. cent. 1.
- 100 Exceptio, tibi non competit ius, tam possessoribus, quam interuenientibus in hoc casu, salua est, & sic non præiudicialis.
- 101 Exceptio, quæ opponitur in iudicio preparante, & altiore inuaginem requirit, venit examinanda in iudicio preparato, & reseruat.
- 102 Probatio quando dicatur fieri in continentia.
- 103 Instrumenta, quibus casibus, Actor non statim exhibere teneatur, sed demum lite contestata.
- 104 Particule ista, prout, sicut, sub diuersis significatis sumuntur.
- 105 Particula, prout, variis intellectibus ponitur.
- 106 Actores primarij hic cur non audiendi & num. 107.
- 108 Disponens aliquid, quando facit mentionem alicuius instrumenti, tum, presumitur, quod de contentis in eo, habuit scientiam.
- 109 Austriaca domus Cameram non recognoscit.

D. Q. Referens. Plurimæ sunt in hac causa, plures & distinctas personas cõcernentes, submissiones: quæ tamè ad quatuor potissimum capita referri possunt hoc modo: vt ÷ prima submitio concernat exceptiones dilatorias & peremptorias. Altera punctum commissionis. Tertia, citationis, pro denunciatione litis. Quarta punctum interuenientium. Reliquæ submissiones omnes partim ab his dependent, partim speciali decisione non indigent.

2 Et quia iurisdictionis ÷ de f. & us maximus est, vt puta, ab ipsa causa efficiente proueniens: Iudex **3** namque, ÷ potissima pars, & fundamentum, Dux & Imperator iudicij vocatur: à Bald. in rubic. si à **4** non compet. iud. Vnde iudicatum ÷ dici non potest

ab eo, qui ius dicendi non habuit. l. si §. fin. ad Tertul. Hinc præcipue examinabit exceptionem quæ contra iurisdictionem iudicis obiicitur, sequendo in hoc ordinem quem ipsi in excipiendo obseruant.

Contra Actores, tam primarios, quam interuenientes excipitur primo à plerisque reis conuentis, ad declinandum forum, contra iurisdictionem Camera, eique opponitur priuilegium der Austriac. Actor vero pro stabilenda iurisdictione, continentiam causarum allegat, ipsamque eo deducere conatur: Quod omnes eius libelli singulis creditoribus in specie obligati, ex vno eodemque fonte promanent, vnum idèque medium concludendi, alienationem scilicet in familia ipsorum prohibitam contineant, & ad vniuersalem finem scopum, cassationem nempe contractuum illicitorum, & restitutionem bonorum, contra statuta familiarum, ac testamentum auitum alienatorum contendant. Ex quibus libellis, meofane iudicio, satis constat, licet plures & diuersi reorum fori sint: Tamen nihilominus causam esse connexam, & quasi indiuiduam, id est, commodam diuisionem & distractionem in diuersa tribunalia non recipientem. Continentia etenim ÷ litis, non solum ea dicitur, quando plures habent res & iura communia l. 1. 2. de quib. reb. l. nulli. C. de iudic. ibi Dd. Sed & quoties est eadè causa essentia & qualitas, vt quod de vna dicatur, de altera etiam dici rectè, ac iudicari possit: & quando per finem vnus habetur plenior, vel saltem æqualis informatio in altera Bald. num. 2. Salic. numero 1. las. numero 3. Castr. in fin. Ang. Alexand. & communiter Dd. in l. nulli maxime vero Alberic. de Rosar. ibid. Afflic. decis. 355. numero 13. Iuris autem est indubitati continentiam ÷ causæ non diuidendam, d. l. 1. l. nulli. c. 1. 2. de caus. possess. & propriet. vbi Canonista. l. si pariter. de liber. al. caus. Quod declaratur vt procedat, ÷ etiam si partes diuersos iudices **7** habeant: vel quoties ad diuersas iurisdictiones res pertinet: Specul. tit. de act. seu pet. §. super petitionibus numero 15. & de compet. iudic. adit. §. numer. 35. per iam diuina. facit l. omnes. C. arbit. tut. l. cognitio. §. si plures de lib. caus. Secundo, ÷ locum quoq; obtinet tam in ciuilibus, quam in criminalibus, Iason d. l. nulli. numero 3. Menoch. de arbitrariis iudicium quæstionibus centuria. 4. libr. 2. cap. 371. nume. 9. cap. 13. Myns. obseru. 97. cent. 1. Gaul. obseru. 31. lib. 1. numero 8. post Bartol. in l. interdum. numero 1. de pub. iudic. Ac deniq; ÷ etiam in feudalibus, Bald. c. 1. numero 13. de **9** controuers. feud. apud pares term. Aluarot. c. praterea. si inter. nume. 8. de prohib. feud. al. per Frider. W. esember. consilio 41. numero 46. neque hæc sine maxima aliqua ratione à legumlatoribus ita cõstituta sunt, sed præterquam quod cū ipsius æquitatis norma, quæ in paribus causis paria iura desiderat, vt in cap. prima, versic. vt autem. de allod. Quæque diuersas ÷ species actionum, ex similibus negocijs **10** descendentes non excludit, l. fin. C. de constitut. pecun. etiam commodum, tam publicum, quam priuatum concernit. Et ob publicum quidem bonum



- 11 num, † continentia causarum in variis & diuersis tribunalibus, nō est agitāda, quo lites abbrevientur & temporibus transigantur, *Wesemb. in dict. rubr. de quibus rebus ad eund. Priuati vero vsus, &*
- 12 ipsorum litigācium gratia, † causā connexā hinc inde distrahi prohibentur, ne partes frustrentur nouis expensis, nouoque labore ad nouum iudicem instruendum & informandam: *Menoch. supra dicta centur. n. 9. vbi allegat Iohann. Igneum in l. necessario. §. nō alias n. 538. ad Senatus Consultū Syllan. Castrens. d. l. nulli. n. 2 in fin. post Innocent. in c. cum M. Ferrar. de constitut. in fin. Frustra namque † fit per plura, quod fieri potest per pauciora. Vnde non immerito iudicis † pœnam arbitriam incurrit, qui in diuersis tribunalibus aduersarium suum exagitat, vt post Bald. in fin. & las. n. 2. & 4. & reliquos Dd. in dict. l. nulli. tradit Iacobus Concenatus, in questione iur. l. 1. cap. 3. numero 8.*

Cum itaque in præsentī nostro negotio actio contra plures diuersi fori Reos instituta, vnus, eiusdemque sit qualitatis, vni medio cōcludendi inhæreat, ad vnum ac eundem scopum directā, & sic tandem qualificata sit, vt vnus cognitio, planam de altera informationem præbeat, & quicquid de vna definitur, de altera quoque arbitrandum & iudicandum veniat, adeo vt includendum sit, † ne contrariæ sententiæ ferantur, si vnus litigantium coram hoc, alter coram alio iudice conueniretur. *Abbas c. tuum n. 5. circa med. de ordinat. cognit. glossa dict. l. 1. per iura ibidem.*

Concludit, exceptionibus non obstantibus, iurisdictionem nostram ex continentia fundari: idquē eo magis: quia Imperator possessorum iam conuentorum, omnium est Iudex superior immediate, ad quem alias, deficiente illo medio, recurrendum fuisset, quemadmodum in simili causa creditorum, in Camera continentix fuisse habitam rationem *Mynsing. centu. 1. obseruation. 4* vbi etiam in terminis remotioribus, vigore connexitatis, ad hoc summum Imperij tribunal itum asserit, casu, quo vnus saltem ex pluribus distinctarum iurisdictionum correis, Imperio immediate subiectus fuit & requisitus, iustitiam administrare recusauit.

- Nec obstat, quod Rei admodum vrgent bona articulata esse diuersarum qualitatum, & alio atque alio titulo à possessoribus diuersimode acquisita: Et quod cuiuslibet eorum, nomine possessionis suæ, specialis & separata competat defensionis ratio. Quia non de qualitate possessionis seu acquisitionis, sed Vtrum alienari potuerint bona controuersa, nec ne? inter partes contentio est. Probato enim, quod alienari non potuerint, quod est fundamentum Actorum, quocunque titulo possessores dicti, illa teneant, à restitutione nō facile se liberabūt. Rei enim prohibet alienari, dominium acquirere, nullo modo potuerunt: siquidem prohibitio alienationis,
- 16 † siue à lege, siue à testatore facta sit, dominij translationē impediāt. *gl. in l. ea l. verb. alienat. C. de cōdict. ob caus. gl. 2. verb. alienaret. l. cum pater. §. libertis. de leg. 2.*

Præterea nec continentiam dirimit, quod Reus allegatur, diuersis actionibus, directā videlicet & vtili rei vindicatione, respectu diuersæ qualitatis bonorum cōtrouersorum, esse actum. Nam licet directā † & vtili rei vindicatio quodammodo differant: Tamen cum effectu, fine & substantia conueniant, *Bart. l. actione negotiorum. de negot. gest. Mantus. sing. 265.* in eo, quo conueniunt, scilicet in fine, & c. diuersitatem inducere, & causas alioquin connexas, separare non debent. Nec abs re: quando enim † finem habemus, de modo amplius non curandum *l. mater. C. de institut. & substitut. Lordo. de public. iudic.* Quia finis † est dignior omnibus illis, quæ ad finem ordinantur *l. etsi non sint. §. perueniamus, de auro & argent. leg. Bellon. in rubr. Codic. de edend.*

Sic quoque iurisdictionem Cameræ non remoratur, litispēdētia, nomine Brand. & Bllinger allegata. Quia illa, vt res inter alios acta, † tertio præiudicare nō potest, *tot. i. c. res inter al. act.*

Fundata Iudicis iurisdictione ad sustinendum iudicium: Nunc de Actorum persona, an ad agendum habiles sint, dispiciendum. Rei petunt, à limine iudicij Actorem arceri, ob patris delictum, contra Imperatoriam Maiestatem, & statum commissum. Quæ sane exceptio, cum propter notorium supplicium de parente Actorum in expeditione Gothica sumptum, ab ipsis Acto-ribus, vix diffiteri, nedum elidi possit, non parum hæsito, an ante litem contestationem determinanda: an vero ad merita principalia sit reseruanda.

Et quod ipsius decisio differri ad merita causæ non possit, monet ipsum, quod eiusmodi exceptio, † negans Actori ius agendi competere, fit præiudicialis, & quidē duplici nomine: Primo respectu processus: impedit enim litem ingressum, & remoratur processum super principali, *Bartol. in l. cū querebatur iudicat. solu per l. nam postea. in princip. de iure iur. quia sine actione † nemo expe-ritur. l. si pupilli. §. videamus. de negot. gest.* Vnde non teneor intrare iudicium, *Abb. c. exceptionem. numer. 16. de exception.* Secūdo, est præiudicialis, respectu intentionis: Ea enim probata à Reo, † Actoris intentionem perimit, ipsamque ab agendo excludit, *Abb. c. tuam. n. 7. de ord. cog.* Exceptiones autem præiudiciales, † ante omnia sunt discutiedæ *l. i. c. de ord. cognit. & gl. l. 1. §. præiudicialis. inst. de act.*

Secundo mouetur, quod Iudex † maxime vigilare debet, vt consuetum ordinem iudiciorum tanquam normam præscriptam obseruet. Si enim solitus & necessarius ordo omitteretur, † vel etiam præpostere fieret, ex hoc sententia redderetur nulla, iuxta textum & notata per *interpp. in l. prolat. am. C. de sent. l. 1. c. de execut. rei iudic. c. ad petitionem. §. fin. de accusat. c. veritate. de dolo & contum. & ponit Specul. in tit. de sent. §. nunc videndum. n. 1.* Imo plus inficit † iniustitia ex ordine, quam ex causa: Quia prima reddit sententiam nullam, secunda nō, vt per *Panorm. in c. cum olim n. 27. de sent. & re iudic.* Dilatio autem exceptionis, † contra perso-

personā vel Iudicis, vel actoris, vel Rei, sine quibus iudicium consistere nequit *c. foris. ibi glossa verb. iudicium. de verb. signif.* ad merita causæ nihil aliud est, quam ordinis præposteratio & peruersio, causæq; vnus ad eandem reseruatō: quod iure est prohibitum, & nullitatē, quæ teste *Vantio dicto loco, quid sit nullitas. numero 10.* maior est iniustitia, inducit, vt notat. per *Dd. l. prolatam. Vant. in cit. de nullit. ex defectu process. numero 49. Abb. consil. 14. incip. in causa seu question. numero 2. lib. 1. Gram. decis. 85. num. 81.*

29 Tertio facit, quod Iudex † contra suū officium, omnē, vt dicitur, quam in discutiendo negotio principali nauauit, operam & oleum perdit & litigantes inanibus sumptibus, cum maxima temporis iactura, cuius in partium fauorem diligentem habere debet rationem, aggrauat, si dicta exceptione ad finem reiecta, meritorum principalium cognitionem peruertat. Si enim hæc exceptio tandem in fine (quod tamen in ipsolitis exordio commodius fieri potuisset) vera esse demonstraretur, processus institutus corruit, cognitio super primario negotio euanesceat, tempus frustra cōsumptum est, impensæ inutilis, *Abb. d. consilio 14. Grammat. decis. numero 82.*

30 Quemadmodum enim inanis est actio, † quam inopia debitoris excludit, *l. nam is. de dolo malo.* Ita etiam vana & temeraria est cognitio, super causa aliqua suscepta, ad quam petendam Actor est inhabilis. Nam si is, qui actionem † habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur, *l. qui actionem. de reg. iur.* Certe à contrario sensu, qui actionē nō habet, re ipsa quoque destitui dicitur.

31 Quarto: quia Iudex † super exceptione, litis ingressum impediendo, non pronuncians iusto tempore, hoc est, ante litis contestationem, partem grauat, vt iuste appellare possit: *Hosiens. & alij Felin. c. cum contingat. n. 18. versic. secunda conclusio de offic. del.*

Et licet Doctores modo allegati, imprimis *Innocent. Abb. & Grammat.* loquantur in illis terminis, quando cōtra Iudicis iurisdictionem exceptio obiicitur, quod tum illa demum ante litis contestationem determinanda sit: Tamen illud † ex pari & eadem ratione, quæ & idem ius desiderat, *l. illud ad. l. Aquil. ad exceptiones, personas Actoris vel Procuratoris spectantes, extenditur: quemadmodū habet Afim. in sua praxi. §. 18. c. 1. vers. id quod de except. post Bartol. & alios, in l. ille à quo. §. si de testamento. ad SC. Trebell. & Canonist. post Iohan Andr. in d. c. cum contingat.*

His tamen non obstantibus, habita ratione nostræ exceptionis, contrarium statuendum, & † illam ad merita † causæ reiciendam existimo. *Atque id quidem ex rationibus & iuribus sequentibus.*

35 Primo: † quia leges pro cōtraria sententia adductæ communi interpretū declaratione tunc demum procedunt, quando omnino est certum quod eiusmodi exceptio ex parte obiicientis, sit admittenda. Secus quando est dubium, an exce-

piones obiectæ competant excipienti: nec ne? *Felin. c. cum contingat. eod. num. Grammat. d. decis. 85. numero 84.* vbi etiam in fine eius decisionis asserit ex hac causa reseruatā esse exceptionem, contra iudicem, oppositam ob defectū iurisdictionis: quam tamen alias, ante omnia discutiendam fuisse, ex ratione supra deducta, eodem in loco decidit.

Secundo, † prædicta iura tunc demum locum sibi vendicant, quando eiusmodi exceptiones altiore indaginem non requirunt, *Bartol. & Dd. in l. nam & postea. de iure iur. Canon. in c. cum contingat. de offic. deleg. argumento Lille à quo. §. si de testamento ad SC. Trebellian. textus est in l. 3. §. ibidem. ad exhibendū. vbi glossa in verb. obscurior. declarat exceptionem † dici obscuriorem, propter facti incertitudinem, altiore vero, propter iuris subtilitatem.* Vnde innuere videtur argumento illius textus, exceptiones † non solum factō, sed etiam in iure tantum altiore indaginem requirentes, ad conclusionem causæ asseruari posse. Cui accedit, quod tradit *Capic. decis. 10. num. 20.* Exceptionem, † requirentem longam & dubiam iuris altercationem, ad instar erroris, iuris intricati, qui æquiparatur errori facti, *c. de quarta. num. 12. ibi Felin. de exception. reseruari posse.* Ex quo etiam ibi decidit in terminis nostris, exceptionem monialibus, † quod scilicet feudi sint incapaces, obiectam propter diuersas & varias interpretum opiniones differendam esse, & in causa Principali procedendum. Rationem autem huius Doctores allegant hanc, quia super disputatione iuris, † ordo iudiciarius non requiritur, *Innoc. c. cum contingat. numero 4. de consuet.* Quod dictum prædicat aureum, *Felin. c. exceptionem. num. 40. de except. Et licet Menoch. de arbitr. iud. quest. lib. 1. quest. 53. nume. 5. 9. post Bald. & Marian. Socin. ibid. allegatos, contrariū defendat: quod videlicet exceptio iuris dubii ad maiorem deliberationem reici non possit, quia illa dilatio cognitionis, nullius esset momenti: cum Iudex iustus, siue in principio, siue in fine illum determinet, semper vno & eodem modo determinare debet: Tamē omnes, Canonum & legū interpretes, vnanimi consensu disponunt, cognitionem exceptionis † in factō altiore indaginem requirentis, nō statim postquam obiicitur, expediendam, sed post litem contestatam protrahendam *dd. iuribus.* Quibus accedit *text. l. fin. c. de compensat. vbi Imperator Iustinianus, exceptionem compensationis † maiorem & altiore indaginem exposcentē, alij iudicio reseruari mandat, ne multis ambagibus spes condemnationis excludatur. Quæ autem sit exceptio, † altiore indaginem requirens, definit *Felin. d. c. cum contingat. de offic. deleg. n. 18.* dicens, esse talem exceptionem, in qua inuestiganda occuparetur tantum tempus, quantum ad determinandum negotium Principale sufficeret. Communiter autem † à Doctoribus concluditur, quod hoc sit arbitrium: *Felin. d. loco. Afim. in praxi. §. 18. c. 4. Menoch. de arbitr. iud. quest. lib. 2. cent. 1.***

casu 20. vbi allegat Tyraq. Sed iudicis arbitrio relin-
 46 quuntur, ea t̄ quæ certa sub regula claudi nō pos-
 sunt, Menoch. de arb. iud. quæst. in procem. numer. 5. Vn-
 de sequitur, cum nullam certam determinatam-
 que rationem, normam vel regulam habeamus,
 iuxta quam exceptiones, iudicio exactiori indi-
 gentes, metiri possimus, quod Iudex ponderatis
 quæstionis decidendæ controuersis, quid sibi
 ex arbitrio iustum & æquum videatur, circa re-
 seruationem, vel decisionem exceptionum dis-
 ponere possit. *Examinabimus itaq; & Reorū nostro-
 rum exceptionem & an differenda, vel iam expedienda,
 dispiciemus.*

Penitus autem inspecta, & ad calculum ratio-
 nis reuocata hac exceptione, negari certo non
 potest, Iudicem adhuc, an Reis illa cōpetat, nec
 ne, non satis instructum: quare merito ex com-
 muni Doctorum conclusio, inter illas, quæ ex-
 quisiuorem percuntationē merētur, annume-
 randa, & per consequens, reseruanda venit. Nam
 vt paucis primo de cōtrouerso iuris articulo dicat,
 nemo hercle, qui saltē iuris primitias gusta-
 47 uit, inficias ire potest, l. quisquis. t̄ ad l. Iul. Maiest.
 quæ est sedes ordinaria & fundamentū exceptio-
 nis Reorum, non certam in hunc vsque diem,
 neque in iure, neque in foro recepisse interpreta-
 48 tionem: Et in iure quidem eadem lex t̄ à Do-
 ctoribus in varios diffunditur intellectus: tam
 multi enim sunt, qui illam de liberis nascituris
 saltem intelligant, quam plurimi, qui eandem
 etiam ad natos ante delictum extēdant, vt vide-
 re licet apud diuerfos interpretes eius legis, & a-
 liis iuribus hinc inde inter referendum adduc-
 tis. In foro vero, quia nullum in hoc summo
 tribunali extat præiudicium, quod liberi pro-
 pter delictum paternum, ab actione vel limine
 iudicij sint exclusi, &c.

Secundo: non minor est inter Iurisperitos
 49 disceptatio: t̄ An ab omni feudo, an vero saltem
 à paterno, liberi ex delicto patris sint excludēdi.
 50 Aliqui enim t̄ duriores amplectentes opinio-
 nem, omnis feudi incapaces eos pronunciant:
 Quidam vero benigniorem fouentes sententi-
 am, quæ in dubiis semper sequenda, eos saltem
 à paterno feudo excludunt: *Gail. c. 13. lib. 2. de pace
 publ. Grammat. decis. 6. n. 4.* Posito tunc, sed non
 concesso, quod altercationes Doctorum, in hac
 intricatissima iuris quæstione, ex *Menoch. supra de-
 ducta sententia*, huius exceptionis decisionē pro-
 pter iuris certitudinem, remorari non debeant:
 51 Tamen facti incerti, t̄ & alieni, quod prudentis-
 simos sæpe fallit, l. in omni parte. l. regula de iuris &
facti ignorant. ignorantia, quam Iudex in hac ex-
 ceptione habet, primo id maxime causabit. Nā
 etsi de supplicio, quo parens Actorum fuit affe-
 ctus, non solum nobis, tanquam Iudicibus, ex
 confessione propria Reorum satis constet, sed
 alias etiam plus quam notorium sit: Tamē cum
 de declaratione publica Banni, causis, processu,
 & sententia denique condemnatoria, non æque
 simul nobis exploratum sit, illam exceptionem,

sine vltiore discussione admittere, vel omnino
 reiicere, graue esset. Inprimis, cum videamus
 (quod pro secunda ratione decidendi conside-
 rari potest) reliquos tunc temporis proscrip-
 torum liberos, & quidā etiam ex proscriptis ipsis,
 non solum omnes pristinas dignitates & hono-
 res, sed etiam bona parentum proscriptorum
 obtinere.

Tertio confirmat, quod iidem Actores aliis
 in causis, hic & alibi agentes & defendentes, sint
 admissi, neque vnquam repulsam passi.

Quarto, t̄ quod etiam adhuc nostri Actores, 52
 pro statibus Imperii habeantur & reputentur,
 quod patet ex processibus fiscalibus, contra eius
 filios.

Quinto, Imperatoris cōfirmatio, iurium, ho-
 norum, priuilegiorum, dignitatum, delictum
 paternum subsecuta. Qua cōfirmatione Imp-
 videtur animū suum declarare voluisse, quod pa-
 ternum maleficium, Actoribus nostris obesse,
 vel ignominia maculam inurere, multo minus
 actionibus & iuribus priuari eos voluerit. Quē-
 admodū enim priuatio præsupponit habitum,
 ita restitutio ex natura sua priuationem præam-
 bulam importat, & licet priuilegia sua Actores
 ex paterno priuilegio amisissent. Tamen eadem
 facilitate illa ipsis restituere, qua non amissa, Im-
 perator cōfirmare potuisset. Ex quo igitur con-
 firmavit & non de nouo restituit, satis superque
 ostendit, ipsos nūquam fuisse priuatos, nisi for-
 tassis contra Iuris regulas, confirmationem, ab
 omniū summo Principe factam, frustratoriam,
 & nullam velimus dicere, quod tamen in priua-
 torum Actibus non licet.

Quod autem Imperator pœnam t̄ ex pro- 53
 prio delicto etiam præmeritam, ergo multo magis
 alterius culpa causatam, in totum remittere,
 & contra sententiam non modo quoad vitam,
 sed etiam quoad bona & honores, in integrum
 restituere queat, est *tex. l. 1. l. si. si. C. de sent. pass.* Et
 ex mera gratia t̄ Imperatorē proscripso Imperij 54
 bannum remittere posse, tradit *Gail. decis. 18. n. 18.
 lib. 2. de pace publ.*

Sexto: quia hic cessat nullitas, quam alioquin
 ex intēpestiua huius exceptionis reseruatiōe,
 circa processum prouenire Doctores supra alle-
 gati tradūt. Nam licet hæc exceptio si à Reis pro-
 baretur, cōtra primæuos Actores obtineret: ta-
 men interuenientibus præiudicaret minime, sed
 processus nihilominus cōtra eos subsisteret. Id-
 que eo magis, cū bona litigiosa ex statutis fami-
 lia, t̄ & testamēto auito alienari prohibita, pro-
 pter delictū patris, in confiscationem nō veniāt:
*Textus & Dd. auth. bonā damnatorū. C. de bon. proscrip-
 ta.* Ex his ergo cōcludit, exceptionem hæc ad meri-
 ta reseruādā, & ea nō obstantē, Reis litis con-
 testationem iniūgendā, & litis cōtestationes
 euentuales pro paribus acceptandas.

Legitimata nunc Iudicis & Actoris persona,
 videndum, quomodo Reis, vt in iudicio parati
 & instructi compareant, cuius Rei nomine in-
 strumen-

strumētorū in libellis assertorē editionem ante omnia petunt, succurratur: Hæc equidem Reorum petitio, ipsa æquitate, in qua tota editionū materia fundata est, *l. edita. C. de edend.* niti videtur: Siquidem illa ipsa, quæ statim in exordio litis fit editio, eo fine à Legumlatoribus induc̄ta est, vt aduersarius instrui possit de futura litis specie *l. 1. ff. & C. de edēd.* Ac inspecto iure Actoris, deliberare, vtrū contendendū putet, an nō & si putet, vt veniat instructus ad respondendū. *d. l. 1. ff. de edēd.* Altera namq; editio, quæ post litem contestatam ordinario modo petitur, fit magis ad instruendā probationem *l. quadam. §. numularius. verb. quorum probatio. l. argentarius. verb. ad instruendum. ff. eod. vel fundandam intentionem, vel exceptionem l. 5. 6. & l. fin. C. eod.* Quam ad speciem litis declarandam, *Wesembec. in paratit. tit. de edend. nume. 14.* Ad hoc autem, vt editio instrumentorum ante litem contestatam Actori iniungatur, vnanimi Interpretum cōsensu requiritur. Primo, ¶ vt instrumentorū illorū Actor, limitatiue, conditionaliter seu relatiue in libello suo faciat mētionē, se se ad illa per particulas, sicut, pro, secundum, vel similes referendo, ex qua relatione & allegatione, narrata eiusdem adeo reddantur obscura & dubia, vt reus mētem illius, absque illis instrumentis consequi nequeat *Bartol. l. 2. de edendo. d. l. edita eodem numero 29. Idem. l. postquam. §. dies vt legat. nomin. caueat.* Quod etiam procedit, ¶ quando instrumentum in libello allegatum, referat se ad aliud: quoniam tunc, illud etiam, ad quod referatur, debet exhiberi. *d. l. edita. num. 87. C. de edend. Bald. l. in ciuile circa fin. vers. item nota. de ll. Zoannet. in rubr. C. de edend. numer. 36. facit text. in auth. si quis in aliquo iuncta glossa, ibi. C. de edend.* Quia vnum continetur alteri, ¶ ex natura correlationis, vnde nisi exhibeatur illud, ad quod est facta relatio: scriptura referens nullius est effectus: *Mant. cap. primo, de probat. n. 48. vers. quod etiam* Et tātō magis: quia ¶ relatum inest referenti, *l. assē toto. de hered. institut. l. ait prator. §. si Iudex de re iud.*

61 Secundo requiritur: ¶ vt Actor in instātia illa in promptu habeat, & possit ea absq; mora edere: alias enim iudicium non remorandum, sed ad vltiora procedendum. *Innot. cap. 1. de probat. Speculat. §. nunc dicamus. §. 5. de fid. instrum. Rota decis. 2. & 5. sub tit. de probat. in nouis. & decis. 7. sub tit. de fide instrum. in antiq. Abbas numer. 26. Felin. num. 27. d. c. 1. de probat.*

Quamuis autem tam primæui Actores, quam intruēnientes, in libellis suis statutorum familiaris & testamenti aucti, renunciationum, pactorumque mentionem faciant, & intruēnientes quoque se ad illa statuta familiaris in primo positionali articulo, ibi, laus de Statutenbuchs, in specie referant, vt sic primum requisitum editionis, ante litem contestatam faciendæ, hic apparere videatur: Tamen cum per allegationem horum statutorum, & aliorum documentorum omnium, ad vnum finem, prohibita videlicet alienationis tendentium, narrata libelli non ob-

scura, seu ambigua & limitata reddantur: sed potius per modum assertionis & enunciationis, ita allegentur, vt Reus conuentus explicite mētem Actoris & tenorem dictorum documentorum satis superq; quoad finem scilicet contendendū vel deliberandi, ex libello conicere possit. vnde vltiori editione, quam ordinaria, in termino probatorio faciendā, indigere nō videtur. Quādo enim Reus in ius vocatus, ¶ de scriptura in libello relata aliquo modo saltem certus esse potest, editio post litem contestationem differenda est, *Bartol. d. l. edita. per textum. vt ibi. Dec. d. l. edita. numero 88. vbi dicit,* in editione ante litem contestatam faciendā, considerari solummodo, an Reus ex libello certus esse possit, vel non: *Rota d. decis. 2. iuncta addit. ibi in nouis. Canon. in d. c. 1. de probat. vbi Decius hanc communem opinionem esse dicit,* quā refert *Mantua ibid. numero 50. dicens,* eandem rationabilem videri: quia nemo inuitus, ¶ ad edenda aduersario suo documenta, instrumenta seu priuilegia compellendus. *l. qui accusare l. ea qua. C. de edendo. d. c. 1. de probat. & Iudex ¶ non nisi ex magna causa, debet partē cogere ad exhibendum sua instrumenta, quæ penes se habet. Innoc. in d. c. 1. de probat. per l. 3. §. pen. ad exhib. Specul. §. videndum. numero 17. in fin. de fide instrum. Rota decis. 5. rit. de probat. in nouis: qua causa cessante, ¶ durū est à regula communi l. 1. verb. ad officium Iudicis. vbi glossa & D. C. de edend. l. vbi verb. decerneretur a pratore, de edend. Wesemb. in rub. ff. de edend. n. 11. recedat & casum specialē in exemplum vel consequentiam trahere; l. quod vero. de ll. cum regulariter omnia instrumenta, ¶ quæ in determinandis libris, æqualem cum testibus vim habent, l. in exercendis. C. de fid. instrum. cap. cum dilecta. de confirm. vtil. vel inutil. tam de iure, quam de stylo Curia; ¶ qui loco rationis est, *Gail. obseru. 13. nu. 6. de pignor. post litem cōtestatam producēda sint l. postquæ §. si vt dies. vt legat. nom. caueatur.* Ad hoc, vt productio in principio litis facta, vim probandi non obtineat, nisi post litem contestatam in termino probatorio repetatur: *Felin. d. c. 1. de probat. nu. 28. Frid. de Senis. consilio 160. incip. casus talis est.* Quia productio ¶ facta in iudicio summario, hoc est, ante litem contestationem, non facit fidem in plenario. *Felin. d. c. 1. per c. veniens. 38. de test. Bald. cap. 1. n. 26. de ordin. cognit. Vnde in hoc nostro casu editionem adhuc differendam arbitratur, & litem contestationem iniungendam: in primis cum nullum aut certe non euidens reorum interesse in ea vertatur. Aut enim ¶ Rei sciuerunt, aut ignorarunt asserta statuta. Si sciuerunt, amplius certiorandi nō sunt, per regulam *c. eum qui de reg. iur. in 6.* Sed sibiipsis, si quod damnū sua culpa, eo ēdo scilicet bona alienari prohibita, scienter vel alio modo acquirendo sentiant. *c. damnum. de reg. iur. in 6.* Si ignorarunt, tunc sunt in bona fide, iustoque titulo bona litigiosa possident, adeo vt non præsumēdum, ipsos cognitis nunc demum Actorum statutis, de suo iure cessuros, & possessionem, cuius nomine meliorē, quam Actor,**

fouent, conditionem, *cap. in pari. de regiur. in 6. ante sententiam deserturos: Sed potius omnibus iuris remediis, spartam semel natam ornatos & defensuros fore. Quibus accedit aliud, Actorum Principalem adhuc ab editione liberans, quod is instrumenta illa penes se non habet. Licet autem *Dd. in d. cap. 1. de probat.* Communiter in hoc nudæ Actoris assertioni non standum tradant, sed iuramentum insuper requirant. *Speculat. §. nunc dicamus. n. 5. de fid. instrum.* Tamen hoc casu iuramento locus non est, cum ad sinistram suspicionis ansam tollendam, Actor ipsemet ad exhibendum se offerat, & Commissarius petit: quod vix faceret, si tergiversari vellet: quæ tergiversatio etiam ideo non est præsumenda, quia possessionis commo modo destituitur. Sed nunc fortassis Actoris interuenienti, quæ tum in termino probatorio editionem pollicetur, tacite fateri videtur se instrumenta asserta habere, iniungenda erit editio: quam tamen & ipsam, eadem tanquam præpostera, nõ grauabit, ex causis iam deductis, & sequentibus. Primo: quod satis exprimat tenor illorum instrumentorum in libello, vt aduersarii, absque alia editione possint super contentis in libello deliberare, quemadmodum cum aliis Canonistis, *supra allegatis*, tradit *Egid. de Bellamer, d. c. 1. de probat. nume. 21.**

Secundo: quia iure communi, quo vtimur, instrumentum vel scriptura ¶ edi, vel exhiberi non debet, nisi duo copulatiue probentur. Primo, ¶ quod ad mandatum eius, qui instrumenta sibi edi postulat, eadem scripta fuerat, Secundo, ¶ quod edi, sua inter se l. *pretor. §. prima, l. fin. vbi Dd. & maxime Bald. de ed. d. Roman. consilio 83. n. 1.*

73 Tertio: quia ¶ iustus terminus ad omnia producenda in iudicio statuendus, *Rota d. decis. quem terminum Iudex exacte obseruare debet, & prospicere, vt omnia ordine, decenterque fiant Panorm. d. c. 1. numero 26. in fin. de probat. argumento l. nimis prope. C. de except. rei iudic.* His rationibus motus, in hoc puncto commissarium nominatum, quoniam à Reis nihil cõtra eum exceptum, deputabit, & pro prima dilatione, saluo notario, duos menses concedet.

Ad tertium punctũ, petitionis, pro citatione vel denunciatione litis: citationem à Ioan. & Marco Fuggeris, contra Brandenburg, & à præposito sum heyligen Creutz/ contra Antonium, Actoribus non contradicentibus, decernit.

74 Quoad punctum interuenientium, recepti iuris est, quod tertius ¶ pro suo interesse interuenire possit, in quacunque iudicii parte *Felin. c. cum supra. numero 3. de re iudic. Gail. obs. 70. lib. 1. Id.*

75 que procedit, ¶ siue ad impediendum agentem, vel remouendum defendentem, *l. sape de re iudic. saltem de eius interesse aliquo modo, vel vt interpretes loquuntur, apparenter constet Gail. decis. 69. numero 3. lib. 1.* Cum ergo duplex interesse

76 interuenientium hic concurrat; ¶ primum ex iure paterno, ratione bonorum parenti ipsorum insolutum cessorum, à Dauide patre Prin-

cipalium, Agentium: Secundum, ¶ ex propria persona, propter ius, quod prætendunt sibi ex delicto Dauidis quæsitum. Concludit, eos saluis Dominorum votis, admittendos, & Reis litis contestationem iniungendam, vt *supra dictum. Compensatis vbiq; expensis.*

Vorum aliud, in eadem causa.

In puncto exceptionum declinatoriarũ, siue beneficij primæ instantiæ (& prouocationis ad ordinarium) non facile permittendum puto, vt partes statim ab initio ad Cameram trahantur & iurisdictione ordinaria & mediata priuentur, prout ordinatio part. 2. §. Es soll/expressè disponit, estque iuris indubitati. Licet autem ordinatio ¶ quosdam casus specificatos cõtineat, qui statim immediate in hoc summo tribunali discuti possint: receptum tamen est ex iure communi, ¶ vt & ob causæ continentiam, non diuidendam, iurisdictione Cameræ, tanquam mediate superior omnium partium, fundetur, ne eiusdem rei nomine sub diuersis iudicibus litigetur, sed vt partibus consulatur, communiter Doctores in c. ex tenore. *ibid. glossa verb. negocio, de refer. & per allegata à Domino Referente.* Cum vulgariter tres, quatuor ¶ vel etiã quinque casus connumerentur quibus causæ continentia existere dicatur, puto, sub eis etiam compræhendi casum, vbi est quidem diuersitas personarum & rerũ, sed identitas actionis, quæ ex vno & eodem fonte procedit contra plures, vt per *Afflict. decis. 354. num. 13. versic. quarto.* Præsertim quando ad vnum finem, contra omnes agitur, & omnium vna eademque ratio, & defensio existit, prout eius rei quædam præiudicia notat *Myns. obs. 4. cent. 1. & obseru. 69. ead. cent.*

Nobis autem constat ex actis vniforme, imo eandem actionem ex vno, & quasi indiuiduo concludendi medio, contra omnes Reos & possessores bonorũ Domini Iohannis Baumgartners vigore eiusdem testamenti, & pactorum familiarũ, propositam esse. Vt vero id ipsum conuclatur, & vnice impugnetur, pariter omnibus Reis eandem, & quasi indiuiduam defensionem incumbere.

Licet igitur in mille tribunalibus cõtra Reos hæc lis agitur, non tamen nisi vnus eiusdemque causæ variata discussio dici posset: quæ diuersa præiudicia, si non ipsis partibus, tamè processui & cognitioni inferret id, quod sine dubio à dominis, qui hosce processus decreuerunt, satis fuit perpẽsum, quos culpate non possum, ideoque in hoc puncto simpliciter cũ Domino Referente concludo.

Ad hoc caput refero etiam exceptiones Carl. Villingers, qui obijcit præuentionem iurisdictionis, & dicit, Archiducem Ferdinandum, suum esse ordinarium. Sed id diluitur primo: quod excipiens sibi quodammodo contraria dicit, se videlicet habere *die Reichs Aufsrag.* Quod si verum est, male prætendit aliam iurisdictionem, Deinde negat aduersarius, molendinum controuersum

trouersum, situm esse in iurisdictione Marchionis Burgav. Denique vt hoc sit, tamen is ipse Marggrauatus nō putatur omnino exemptus à iurisdictione Imperij.

Litis pendentia à Marchione Brandenburgico, & Antonio Baumgartnero male allegatur: Quia vbique agitur inter diuersos ad diuersa, quoad causam & effectum. In iudiciis enim Archiducalibus, creditores inter se dimicant per hypothecariā, vter in pignoribus habeat potiora iura. Hic vero à tertio, videlicet à filiis der beiden Baumgärtner agitur rei vendicatione, siq; in alium finem, nec præiudicat sententia lata super hypothecis huic nostræ causæ, & cognitioni. Ita enim exceptio ꝑ tūc demum obstat, quando res iudicata nocet ipsi actioni intentatæ, Bald. in c. 1. in fin. de content. feud. apud pares termin. l. 1. nulli. C. de iudic. circa princip. Et sic intelligenda est l. vbi cæprum. de iudic. l. 1. C. de ord. cognit. Anchar. consil. 17. viso processu. Felin. d. c. exceptionem numero 32.

Supplicium Davidis Baumgärtners obiicitur, pro inhabilitandis personis agētium, tam ad postulandum, quam ad succedendum, in bonis auitis. Et licet posterior harum exceptionum ad causæ merita facilius reici possit, quam prima, ambæ tamē vna decisione determinantur. Ideoque hoc loco solummodo circa duo præcipue quæstio vertitur: Primo, ꝑ an obiectum crimen perduellionis ita sit liquidatū per Reos (secundum ipsorum asserta) vt ex eo statim in limine Iudicii abluendi sint. Deinde, ꝑ si res nondum sit satis liquida, an eius discussio ante litis contestationem partibus sit iniungenda, vel ad causæ merita referuanda?

De primo, parum dubito, quin concludam cum Domino referente: Nondum enim clare & aperte constat Iudici, prout in eiusmodi negotiis requiritur, sed valde dubium est, primo, ꝑ an verum sit, quod asseritur, scilicet, Davidem nocte commisisse crimen læsæ maiestatis: Item, ꝑ an facta sit rebellio in propriam personam ipsius Imperatoris. Item, ꝑ an hoc intuitu in Davidem facta sit executio. Itē, an ꝑ ob hæc, vel alia ex causa fuerit in banno Imperij: Item, ꝑ an ipsius pœnam & executionem præcesserit sententia banni. *Communes opin. crim. verb. læsæ maiest. tract. vol. 10. fol. 17. 18. Sed contra Ancharan. conf. 177. Ang. fol. 412.* Item, ꝑ an non in occupatione Grimmentstein David inter dimittendos, & non inter bannitos fuerit designatus. Item, ꝑ an David fuerit subditus eius, qui pœnæ ipsum subiecit. *tract. volumine 10. folio 16. & fol. 61. Iul. Clar. fol. 67. Vant. fol. 274.* Item, ꝑ an quispiam dimissorum, vel heredum eorum, postmodum pro criminis Reo fuerit reputatus, vel aliqua pœna affectus. Etposito, in his tam recensitis nihil deficiet, & supplicium digne subsecutum, tamen adhuc dubitatur, ꝑ an l. quisquis ꝑ contra rebellem alicuius, qui inferior est Imperatore, vltra pœnam capitalem ex-

tendatur, *Boer. de seditios. tract. volumine 10. folio 62.* Item, ꝑ an crimen læsæ maiestatis commissum contra vicarium, vel commissarium Imperatoris, extēdatur ad filios (*Angel. de malef. quod non, sed August. ibid. contrarium tenet, fol. 400. 401.*) item ꝑ an l. quisquis rigor, stricte in Imperio vnquam fuerit obseruatus. Item, ꝑ an non iuris determinatione, inhabilitas personæ purgetur, quando Princeps ex delicto paterno inhabilem tractat & vocat fidelē vasallum. Item, ꝑ an non sit alius effectus criminis læsæ maiestatis, & alius, seditionis. *Nellus de banmit. vol. tract. 10. fol. 121.* Item, ꝑ an non filii Davidis hodie sint in possessione, vel quasi, dignitatum auitarum, Item, ꝑ an confirmationi & renouationi Imperatoris, nec non processibus fiscalibus facile præiudicari debeat. De his, inquam, & aliis, ante me motis, & enumerandis, quæ tam in facto, quam in iure consistunt, Iudex ex actis & deductis hæctenus informatus adeo non est, vt iam hunc punctum decidere possit.

An vero partibus iniungendum, vt ante litis contestationem, exceptionē inhabilitatis agentium discutiant? Puto, sententiā domini Referentis æquam, tutam, & iuri conformem esse. Est enim, ꝑ vt dictum, inhabilitas agentium duplici respectu obiecta, videlicet, vt remoueantur tam ab agendo, quam à succedendo in bonis paternis. Sicque ea exceptio principaliter respicit merita causæ. Et licet Doctores varient, an debeant ante litis contestationem eiusmodi exceptiones examinari saltem summarie, refert tamen *Mynsing, obseru. 24. cent. 1.* in Camera esse decisum, ꝑ quod talis exceptio nunquā sit examinanda ante litis contestationē, sed ea imponēda, salua tali exceptione, & quibuscūque aliis defensionibus, post iudicium acceptū proponendis. Imprimis cum (vt ante me dictum) hæc causa multis modis requirat altiore indaginē & puncta obiecta in se grauissimi & maximi momenti, adeo sunt illiquida, quod nec de facili liquidari possint: Imo ambagibus multis in facto & iure sint innodata, vt magnum tempus requirant, nec statim probari possint, ita vt & ob hoc vnus Reorum, *Ludwig Langnawer* pure litem contestatus sit, refecando exceptiones ad merita causæ. Quo loco graue foret, Actoribus contra litem iam contestatam, præiudicium inferre, cum tam reliquis possessoribus, quam interuenientibus, ꝑ hæc exceptio, *tibi non competit ius vel actio, &c.* salua esse possit: sicque ipsis non præiudicetur nec in bonis auitis, nec post acquisitis. Reicienda ergo ad merita causæ. *Marant. part. 6. memb. 9. n. 15. Angel. in §. in bona fidei, verb. quæro, num. 5. Instit. de action. Felin. c. exceptionem, verb. fallis quarto n. 24. de exception. Bart. Bald. in l. in hac actione, in princ. ad exhibend. & l. 4. §. condemnatum de re iudic. Gail. obs. 74. num. 13. li. 1.* Exceptio enim, ꝑ quæ ponitur in iudicio præparante, quæ requirit altiore indaginē, venit examinanda in iudicio præpara-

TEA
 me Scilicet, ꝑ ce ppe
 s, qui presentate loc
 tum. Concluit, eod
 admittendo, & Reo
 negation, vt ipse d
 nge.
 de videri
 num de iurisdictione
 rize (& pœuocacione
 e permitendum pro
 o ad Camera m
 ditiaria & mediar
 par. 2. §. folle
 indubitan. Licet aut
 as speciatos cōtra
 vna, solummodo
 ptum tamen ob ex
 la contentiam, s
 amere, tanquam m
 rium, fundatur, ne
 fūiditudo digne
 r, ammittit d
 nge, de iur. &
 m vulgariter res,
 ne conuocacione
 e exilire dicitur,
 meli celum, vbi est
 de res, sicut idem
 oden fronte pro
 de iur. 2. num. 12.
 ad vnus hinc, m
 um vni cadentis
 eius rei quedam
 m. 1. & vbi d. 69.

am exceptio
 rauenonem
 orem Ferdina
 id dicitur p
 amodo conuoc
 Reo d. 2. q. 6
 m dicitur conuoc
 dicitur conuoc
 dicitur conuoc

præparato, & referuatur, vt post *Ias. Socin & alios* notat *Blanch. in tract. de compromiss. q. 4. verb. exceptio. n. 34.* agitur enim hic de exceptione tã dilatoria, quam peremptoria, respiciente & merita causæ, & personam Actoris, vt dictũ. Dicitur vero ¶ statim & in continenti probari, quod fit ad octo dies, vel plures, nec expectatur productio testimonium, vltra montes. Relinquitur tamen id arbitrio Iudicis per ea quæ allegat *Blanch. in tract. de compromiss. q. 4. numero 35.* Concludo igitur cum domino Referente.

Editio statutorum familiæ, & testamēti auiti, bis est petita: Primo, à possessoribus conuentis: quo loco iterum concludo cum domino Referente: quia omnes isti libelli perspicue & extensè continent ea, quibus Actores primarij suam intentionem ex dictis documentis fundare conantur: suntque documentorum contenta non limitatiue in articulis posita, Ac si, *exempli gratia*, dictam esset, statuta familiæ & testamētum auitum prohibet alienationes extra familiam, sicut, vel, prout in illis instrumentis continetur, quasi limitatæ essent eæ prohibitiones, de qua limitatione dubius esset Reus. Sed (vt ad sensum patet) ponitur declaratiue, vel causaliter, ita quod aduersarius non redditur dubius de narratis per Actorem, sed intelligit causas narratorum. Quo casu, reiecta opinione *Inno. in c. 1. de prob. Et Ang. in l. 1. §. edendo. de edend* receptum est, Actorem ¶ non teneri statim exhibere instrumenta, sed demum lite contestata. Idque tanto magis, cum Actor ea penes se non habeat, *Bart. in l. postquam, §. fin. vt legat. nom. caueat. Lanfranc. in c. quoniam contra falsam. rubr. de instrument. production. num. 35. Wurmbs. obs. tit. 9. lib. 1. Spec. in tit. de instrum. edit. §. nunc dicamus. vers. quod si quis. Ferrariens. in forma petendi copiam instrumentorum, vers. cum anno, nu. 7. Alex. conf. 3. nu. 1. vol. 1.* Siquidem & particulæ istæ, ¶ prout, sicut, sub hisce diuersis significatis sumuntur, *Alex. conf. 46. numer. 9. vol. post Bart. in extrauag. ad reprimend. verb. prout, nu. 2.* Et ponitur particula, ¶ prout, aliquando assertiue & demonstratiue, aliquando relatiue: item limitatiue: item iustificatiue: item causatiue: sicque variis intellectibus, vt passim colligunt *Dd. vide Bertach. in verb. prout.*

Secundo, est petita editio à primarijs Actoribus, quos nullo modo puto audēdos, tũ ¶ quod videntur sibi contrarii, petendo se ab interuenientibus instrui, de eo, quod in suis libellis certo & constanter asserunt & ponunt: tum ¶ quod ipsi met contenta eorum documentorum, assertiue, demonstratiue, & declaratiue, in articulis enarrant. Sed quando disponens aliquid, ¶ facit mentionem alicuius instrumenti, tunc præsumitur, quod de contentis in eo, habuerit scientiam, de qua præsumptione scientiæ *Bart. in l. qui Roma. §. duo fratres, in 3. & 5. q. de verb. obligat. Bald. in c. 1. tit. Imperat. Lothar. de vsib. feud. vers. iuxta hoc quero. num. 8. Alex. conf. 113. num. 17. lib. 6.* Cessat ergo ex parte petentis etiam causa edendi documenta. Decernerem itaque Actoribus originariis petitam com-

misionem, dissimulando hunc punctum.

Citationem & denunciationem litis Fuggeris contra Brandenburg: Item præposito zum heiligen Creutz/ cõtra Antonium Baumgärtner/ etiam decerno.

Quodque interuenientes, pro suo iure & interesse prætenso, in hoc processu admitti possint, & debeant, nec ego ambigo.

D. B. per omnia, vt Referens, vt & in puncto exceptionũ dilatariarum: allegat votum & præiudicium in causa *Reinck* contra N. Referente T. in puncto editionum, *Cagnol. in l. 1. de edend.*

D. I. & G. vt & D. Q. pariter, nisi quod dubitet: quoad *Reitern* / cum sit sub Austriacis, & illi ¶ non recognoscant Camerã, per priuilegium: Quomodo in puncto executionis consuletur, si contra possidētē executio fieri debeat. Idem forte sentiendum de molédino zu *Kapoltshausen*. Sed quia hoc ab alijs vix separari possit, *So werden es etwan die Parthenen hernacher bey Österreich müssen richtig machen.*

V O T V M XXIX.

In causa N. contra Episcop. Q.

S V M M A R I A.

- 1 Citatio agnatorum, quorum interest, an in hac causa sit necessaria.
- 2 Figuratio siue narratio casus qualis.
- 3 Actio in hoc casu qua competat.
- 4 Actor hic intentũ suum quinque documentis probat.
- 5 Documentum primum in hoc casu cur non probet. Similiter & 2. 3. 4. & 5. documenta nil probant, vt sub num. 6. 7. 8. & 33.
- 6 Super feudi successione, in testamento non potest disponi, maxime si antiquum & masculinum sit.
- 8 Documentum quartum huius casus, quare plus dubij habere videatur, vt n. 9. Probatio huius nu. 10.
- 11 Princeps ea, qua sunt iuris positivi, tollere potest.
- 12 Princeps alteri ius quesitũ, ex plenitudine potestatis, non potest tollere.
- 13 Princeps non potest legitimare naturalem in feudis, in præiudicium domini, quando illi apertum foret; & agnatorum, quibus ex pacto & prouidentia ius in feudo quasitum est. & numero 16. 19.
- 14 Princeps, an ex plenitudine potestatis tertio ius quesitum auferre possit, quaeritur? Respondetur negatiue.
- 15 Doctorum affirmantium, Principem in præiudicium tertij, naturalem legitimare posse. con. iustio qua.
- 17 Fœmina quando excluduntur à successione feudi, ex tantibus masculis, ille casus non extenditur ad legitimatos.
- 18 Imperator, quæ iuris gentium sunt, tollere non potest, nec dominia rerum adimere. & n. 20. 21.
- 22 Princeps ius agnatis differre & prorogare potest.
- 23 Spes succedendi agnatis & dominis, absque causa auferri non potest. & numero 25.
- 24 Læsio & præiudicium tertij spectandum est.
- 26 Iusta causa, vt alicuius ius quesitum tollatur; dicitur fauor

fauor publicæ utilitatis, non priuata, cuius gratia à regulis iuris communis receditur.

- 27 Fauor publicus, priuata utilitati præferendus est.
- 28 Princeps ex plenitudine potestatis alicuius ius quaesitum quidem auferre potest, attamen sine legitima causa non debet facere.
- 29 Imperator in præiudicium tertij non debet legitimare.
- 30 Feudi concessio intelligitur fieri cum clausula, saluo iure alterius, licet expresse in concessione non dicatur.
- 31 Imperator non potest legitimare ad feudum ecclesiasticum, Ratio quæ. Nec potest præiudicare directo domino feudi ecclesiastici. nu. 32.
- 32 Legitimatus cur hoc casu, etiam in feudo empto non possit succedere.
- 33 Documenta, quibus demonstratur legitimatum super feudo debere inuestiri, quæ. vt sub n. 36. 37. 38. 40. 42. 44. 45. 46. 47. cum 12. subseq.
- 39 Legitimatio est fauorabilis.
- 40 Ius in spe existens, non consideratur quoad agnatos.
- 41 Legitimatus per legitimatorem vere, non sic fit legitimus, & in omnibus pro filio reputatur.
- 42 Legitimatio ipsa, vel actus legitimatorem non facit aliquem legitimum, sed ipsa lex.
- 43 A lege quod inducitur, ius dicitur & est.
- 44 Legitimati dicuntur sui, nec debent esse dissimiles legitime natis. num. 46.
- 45 Legitimis sicut debetur legitima in bonis allodialibus etiam legitimatis.
- 46 Legitimatus testamentum rumpit vt legitimus.
- 47 Legitimis promissum, etiam legitimatis erit.
- 50 Statutum, quod extantibus masculis legitimis & naturalibus foeminas ab hereditate arcet locum habet in legitimo.
- 52 Legitimati & legitimi, omnino in successione exæquati, & par ipsorum in hereditatibus conditio.
- 54 Legitimatum esse plus est, quam adoptatū, & quare.
- 58 Legitimatus quare in emphyteusi non fiat habilis.
- 59 Legitimati à tempore legitimatorem sunt vere legitimi.
- 61 Verba illa, Quod legitimatus possit succedere omnibus & quibuscunque, ac in omnibus rebus, quem habeant effectum.
- 62 Legitimatus, in hoc casu, quare super feudo non debet inuestiri, neque in eo succedere. & sub num. 64. 65. 68. 69. 70. 72. 73.
- 63 Legitimatio cum cōsensu domini feudi scilicet, valet, vel si legitimans sit directus dominus feudi.
- 66 Legitimati non assumuntur in assessores. Contrarium num. 67.
- 71 Legimationis legitima causa quæ.
- 74 Imperator ex adulterino coitu verã legitimatorem inducere non potest.

D. Referens putat, in hac causa etiam videndum Gabriel. fol. 82. An agnatorū, ¶ vel quorum interest, necessaria sit citatio. vide etiã Ludouicum à Sardis in tract. de natur. lib. fol. 260. 6. Item Martin. Laudens. in tract. de legitimat. vol. 6. folio 280.

Casus talis est: Sebastianus ¶ à Mecklenheim² habuit ex concubina duos filios, & quatuor filias: Ab Imperatore Carolo Quinto impetrauit legitimatorem filiorum, Anno 1550. Deinde etiam à Comite Palatino, Vito Polando, Consiliario Heidelbergensi. Eo mortuo, filius Sebastianus, vigore dictarum legitimatorem, vult etiam succedere in feudalibus bonis, præsertim, cum secunda legitimatio ipsum in specie ad hoc habilitet. Sed Episcopus Q. recusat inuestituram, cum sit naturalis, & legitimatus.

Dominus Referens igitur, actionē ¶ dat, conditionē scilicet ex lege, vel, actionem in factum. Probat intentum ¶ suum quinq; documentis: 4. Primum est, legitimatio Caroli V. Secundum, Testamentū patris. 3. Confirmatio Ferdinandi. 4. Legitimatio Viti Polandi, Comitæ Palatini, quoad successionem in feudalibus. 5. Ein Natungas breiff.

Quoad primum, non satis probatum, ¶ quia simpliciter Actor ibi est natalibus restitutus, nec vlla mentio fit bonorum feudalium: quodque in hoc habitatus, tãtum abest, quod domino feudi derogatū sit: imo & hæc legitimatio expresse, saluo iure tertij, impetrata, quia expresse debet fieri mentio, vt *Dd. in §. naturales, si controuersia fuerit inter dominum & vasall. Gail. obs. 142. lib. 2. Bald. leam quam, C. de fideicommiss. Afflict. decis. 191. Forster. lib. 2. tract. de success. quæ ab intest. deferuntur, quem vide. Alex. cons. 2. 25. 67. lib. 1. Idē cons. 97. vol. 2. Nec cognatis præiudicium inferendū, l. nec auus, C. de emancip. lib.*

Quoad secundum instrumentum, testamentum patris, etiam non iuuat Actorem in nostris terminis, ¶ quia in testamento super feudi successione disponi non potest, maxime si sit antiquum, & masculinum, (secus, si ex pacto & prouidentia) *c. 1. de feud. success. Zas. nu. 60. & Feudista d. tit. de success. feud.* Nec fit in testamento mentio bonorum feudalium.

Tertium instrumentum. Etiam hoc non iuuat, ¶ licet confirmet vtrunque, tam legitimatorem, quam testamentum paternum non se extendit ultra confirmatum, nec aliquid dat. *l. si donati. §. i. de donat. inter vir. & vxor. l. quia, de iurisdic. omn. iud. c. 1. de confirm. v. il vel inutil. Bartol. & Doctor. in l. more. de iurisdic. omnium iudic. l. legata, de legat. 1. Et satis operatur in suis terminis, l. Aurelius. §. testamento, de lib. legat.*

Quartum documentum, videtur plus habere dubij. Est in plenissima forma, ¶ cum clausulis 8 successione in feudalibus bonis; Item restitutionis nataliorum. Itē ¶ cum clausula derogatoria. 9 Patet ex eo, Actorem à ¶ Comite Palatino (ex 10 plenitudine potestatis, nō obstantibus decretis, constitut. & quibusuis, in contrarium facientibus, à Carolo V. priuilegium habente) etiam ad feuda legitimatum, cum specifica clausula derogatoria, non obstante dicto §. naturaliter. *Schurff. consil. secundo centur. 1. Forster. de success. lib. secundo. Gail. obs. 142. lib. 2. Ideo idem, ac si ab ipso Imperatore*

toꝛe legitimationis facta esset ad feuda, gloss. in l. 1. de eur. & curat. dat. ab his. licet in quibusdam discrepet ab his, quæ immediate ab Imperatore fiunt, vt per Forster. d. loco. Ideo omnis difficultas pendet ex tenore priuilegii, l. fideiussores, §. pro Aurelio, de fideius. l. si quis stipulatus 112. de verb. oblig. l. porro, de priuileg. Sed Comes hic etiam ad feuda habuit.

Sed porro, si legitimationem inspiciamus, videre est eum in omnibus, & ad omnia, & expresse, vt in feudis succederet, in priuilegio sibi concessio, non obstantibus iuribus in contrarium, &c. Actoꝛem legitimum. Quo casu Doctores statuunt, quod legitimatio effectū habeat etiam, quoad successione in feudis, quæ sententia communiter approbata, vt per Afflict. decis. 195. per tot. Rebuff. consil. 33. Alexand. consil. 2. lib. 1. Dec. consil. 275. quos refert, & communem dicit Forster. lib. 2. de success. ab intest. fol. 231. Ratio, cum sit iuris positiuus, † ergo Princeps possit tollere, glossa & Dd. in dicto §. naturales.

Sed quicquid alii dicat, cum Zasius sentit (pro ut iam allegati omnes sentiunt) quod Princeps † ius alteri quæsitum, ex plenitudine potestatis, non possit auferre, Principem non posse legitime naturalem in feudis, † in præiudicium domini, quando feudum illi apertum foret & agnatorum, quibus ex pacto & prouidentia ius in feudo quæsitum est. Principalis est quæstio: An Princeps † ex plenitudine potestatis possit auferre ius quæsitum tertio? de qua vide Dd. in l. fin. C. si contra ius vel vtil. public. leg. rescripta. ibi Cyn. Cod. de precib. Imperat. off. Gail. obseru. 56. cum 2. seqq. & d. obs. 242. vbi tenent, Imperatorem hoc non posse Zasius consil. 10. lib. 2. Gail. lib. 2. c. 56. Peccat enim, vt Gail. iam allegato loco. Zasius l. 2. de orig. iur. & l. moribus, §. fin. de vulg. substit. allegat Bald. in multis locis.

35 Proinde Doctores, † qui tenent, Principem in præiudicium tertii, naturalem legitime posse, communiter concludunt, ipsum sine legitima causa non habere huiusmodi potestatem, per notat. in l. digna vox, Cod. de ll. & l. 2. de natal. restit. rex. l. nec auus. C. de emancipand. lib.

Sed obiicietur, Principem hoc fecisse, non disputari, quid debuerit? vide Zasius in vsib. feud. tit. de feudis success. vbi dicit, non posse, num. 74. Ad hoc dicit inclinare Aluarot. post Ifern. & se semper ita tenuisse: idem Zasius in l. 2. §. sed quod Princeps, de orig. iur. & in l. 1. §. substituere, de vulg. & pupill. disertis verbis ita tenet, Principem † non posse hoc facere, in præiudicium agnatorum, licet Alexander contrarium teneat, refert Gail. obs. 140. vbi dicit, se scire Maximilianum I. nunquam voluisse talia feuda concedere. Idem eadem obseru. numero 9. vbi in casu, quando femina excluduntur, † extantibus masculis, non extendi ad legitimos asserit, & dicit, illam opinionem Cameram sequi, Zasius leg. ait prætor, de iure iur. vbi dicit, nec consuetudine vel statuto posse induci. Ideo culpatur Comes Palatinus Schurff. consil. 1. cent. 1. n. 17. dicit non succedere in feudo legitimum: Imperatorem, † quæ iuris gentium sunt, tollere non posse, l. fin.

C. si contra ius vel vtil. publ. CC. c. qua in Ecclesiarum, de constit. Ideo dominia rerum non potest adimere. Concludit, receptum esse pro æquitate, legitimationem in præiudicium † & damnum agnatorum, aut eorum, quorum interest, non heri, à Principe factam non valere, neque ipsis ius quæsitum auferre posse.

Non obstat, quod Princeps sit dominus totius mundi: Respondet, verum esse quoad ea, † quæ sunt iuris ciuiliis, quæ possunt immutari: At circa hæreditates ius antiquum corrigi non posse. Inde non sequi, † quod ea quæ sunt iuris gentium, immutari possint: quia ea sunt immutabilia, Bossius in tract. de princ. num. 300. Rebuff. in praxi, reg. 16. de non tollendo quæsitio iure alteri.

Nec obstat, si dicatur, nemini ius quæsitum esse ablatum: quia tempore impetrati priuilegii nullum ius erat quæsitum, sed dependebat ex futuro, Dec. consil. 269. n. 8. Brun. consil. 1. princeps enim non tollit totaliter agnatis ius, sed potius differt, † & prorogat, quod fieri potest, per l. fin. C. si contra ius vel vtil. publ. Brun. d. consil. 1. col. 8. & consil. seq. Guid. consil. 1. Respondet: Hic loco rei, succedere spem successionis: quæ spes † agnatis, & dominis, absque causa, auferri non potest. Nec distinguendum, vtrum quæsitum sit de præsentia, an ex futuro dependeat. Quia latio & † præiudicium tertii spectandum est. Quinimo hac spe ablata, † totaliter & directe tolleretur & interciperetur agnatis ipsum feudum: quia toties quoties hoc fieri posset, & sic agnati nunquam succederent: inde modicam hanc esse læsionem dici non posse.

Nec obstat, si dicatur, ex iusta causa hic legitimationem factam, quia non existant filii, &c. Respondet eam causam non esse sufficientem, vt tertio ius quæsitum tollatur. Nam iusta causa † dicitur fauor publicæ utilitatis, non priuatæ, l. 26 Barbarius, de offic. iudic. cuius gratia à regulis iuris communis receditur, l. ita vulneratus, §. multa, ad l. Aquil. Et illa causa respicit solum priuatos, die von Meckenheim. Publicus vero fauor, † qui pro Reo militat, priuatæ utilitati præferendus est, c. Imperialem, in princ. de prohib. feud. alien. l. si quis graue, §. vtrum, ad Syllan.

Nec obstat, Principem vsum absoluta potestate, Bald. l. si testamentum, C. de testam. idem in proom. feud. numero 34. tamen cõmunis opinio est, Principem † ex plenitudine potestatis, hoc quidem posse, attamen sine legitima causa non debere. Dd. in d. §. naturales. Concludit potius, Imperatorem hic absoluta potestate vsum non esse: quia in originali priuilegio Caroli V. Imperator Vito Polando, Comiti Palatino concessio, expressa est clausula: dummodo tamen legitimationes eiusmodi non præiudicent: den andern recht ehelichen Kindern vnd Erben nicht nachtheilig seyn. Et sane illos fines Comiti non licuit transgredi, c. porro de priuileg. Gail. obser. 42. vbi dicit in præiudicium tertii, Imperatorem non debere legitime. Infert, Comiti Palatino tantam potestatem non esse concessam

cessam, imo & tacite eam inesse cōditionem, d. l. nec auus, l. 2. §. si quid à Principe, si quid in loco publ. l. as. in l. fin. c. de constit. princ. vbi dicit, æquitati conformandum priuilegium, etiam si verba nō patiantur. Et quod feudi concessio † intelligatur facta, cum clausula, Saluo iure alterius, licet hoc in concessione expresse dictum non sit, l. in concedendo, de aq. pluui. arcend. Dec. conf. 23. numero 9. conf. 345. 357. Forster. lib. 2. fol. 212. Ergo concludit, eam clausulam non præiudicare iuri tertii quæsito. Zaf. conf. 11. lib. 1. Et dato, quod Imperator hoc possit: tamen non posse legitimare † ad feudum ecclesiasticum Imperatorem, quale est nostrum, quia sunt extra iurisdictionem eius, Zaf. de feud. success. Forster. lib. 2. fol. 233. vbi allegat consil. Signorol. vbi dicit: Imperatorem † non posse præiudicare directo domino feudi ecclesiastici, Brun. conf. 15. Afflicti. decis. 386. tandem: repugnare mores & consuetudinem totius Germaniæ.

Concludit, Actorem suam intentionem non probasse, videlicet, quod sit satis qualificatus.

Quoad quintum instrumentum: Et sane Actor hoc instrumento docet, daß Actoris parentes solches Eehen an sich erkauft. (nota non constat, à quo emptū, & an hoc sit feudum) Respondet: Posito, tale sit feudum, scilicet emptum: tamen in eo succedere † non posse: quia in testamento nulla fit mentio bonorum feudalium † nec veniunt ex testamēto, gl. in l. item videndū, §. si de petit. hered. vide Zaf. in consilio 9. numero 23. libro 2. Feudum etiam hoc esse antiquum, & masculinum, nec recti feudi naturam esse mutatam, idque constare ex reuerso. Concludit, Actorem nec per hoc instrumentum articulum duodecimum probasse,

Concludit finaliter, quod Reus, præpositus Weissenburgensis, Actorem nostrum inuestire non teneatur, & recte denegasse, nullamque iniuriam illatam Actori, nec in pœnam incidisse. Et reum absolendum: *Compensatis expensis.*

Aliud votum, in eadem causa.

D. N. Correferens: Reus asserit in exceptionibus, Es beruhe der ganze Streit allein darauß: Ob Actori, als legitimato per rescriptum Principis, ipse Reus, tanquam præpositus Weissenburgensis, zu leihen schuldig; als ein alt Strañ Eehen? Et videtur, quod sic: Primo: † quia legitimatus per rescriptum, vt est in confesso.

Secundo: † Reus fatetur, quod pater Actoris d. feudum habuerit à Reo, donec vixit.

Tertio: † Quia etiam ad bona feudalalia legitimatus, cum prægnantibus clausulis. Vestr. pag. 212 211. vbi dicit, hoc posse Comitum Palatinum, Couar. de spons. part. 2. c. 8. §. 8. n. 6. 7.

Quarto: † Et sic limitari §. naturales. & ibi glossam non obstantibus iuribus in contrariū, ibi Bald Jacob. de Beluis. Couar. d. loco, §. 9. Forst. 230. Iul. Clar. lib. 4. §. feudum, q. 82. Vasqui. de success. prog. lib. 1. §. 2. n. 52. Socin. conf. 3. num. 9. 10. libro 3.

Quinto: † Quia legitimatio est fauorabilis, Paris consilio 1. n. 52. 53. 54. 58. 64. 69. 76. 98. part. 2.

Sexto: † Quia legitimatio Actoris, Reo de præfenti nihil abstulit, vel ademit: siquidem nullum tunc habuit ius quæsitum, quia pater adhuc vixit, Crot. in repetit. l. Gallus. Et alias ius † in spe existens, non consideratur, quoad agnatos. Forster. fol. 299. Crotus in d. l. Gallus, §. & quid si. nu. 33. de lib. & posth. Paris. conf. 1. n. 128. parte 2.

Septimo: † Per legitimatioem Actor vere legitimus factus, non per fictionem, vt in omnibus pro filio iusto reputetur. Forster. fol. 217. Vasq. de success. prog. lib. 1. §. 2. nu. 50. C. d. loco. Alex. conf. 2. nu. 10. lib. 1. Lex enim † facit aliquem legitimum, non ipsa legitimatio, vel actus legitimatioem, Schurff. conf. 2. centur. 1. numero 1. 2. 3.

Octauo: † Quod à lege inducitur, ius esse nemo dubitat. Sed quæ sunt iuris, vere inducuntur, nō fictæ. Vere igitur legitimi per Principem redduntur, Forster. pag. 217. Alex. d. conf. 2. n. 10. lib. 1.

Nono: † Legitimati dicuntur sui, Forster. dict. loco. 45

Decimo: † Non debent esse dissimiles legitime natis, §. sit igitur licentia, vers. nihil à legitimis, & §. & quoniam, vers. nihil dissimiles legitimis, auth. quibus modis naturales efficiantur sui. Cum igitur in nullo differant, in omnibus exæquati dicendi. Forst. pagina 229. Schurff. vt supra.

Vndecimo: † Sicut legitimis, in bonis alodialibus debetur legitima, ita etiam legitimatis, etiam si à Comite Palatino sint legitimati, Forst. fol. 222.

Duodecimo: † Inde legitimatus testamētum rumpit, vt legitimus. Forst. f. 218.

Decimotertio: † Quod promissum legitimis, etiam legitimatis erit, Forst. f. 218

Decimoquarto: † Sicut pater potest disporre de bonis suis cum filio, coram duobus testibus, ita etiam cum legitimato, Forst. d. f. 218.

Decimoquinto: † Statutum, quod extantibus masculis legitimis & naturalibus, fœminas ab hereditate arcet, locū habet in legitimato Forst. fol. 222. Et quamuis contraria opinio, teste Gail. c. 140. lib. 2. num. 6. verior & communior est, sicque legitimatus filius pinguiori quidem prærogatiua, contra filiam legitime natam, vt non potest: tamen cum modo dicta filia, sorore sua legitima & naturali, ipse legitimatus, æqualiter succedit, secundum terminos iuris communis, Gail. d. loco.

Decimosexto: † Legitimati & legitimi, omnino in successione exæquati, & par ipsorum in hereditatibus conditio. Forst. f. 218.

Decimoseptimo: † Natalibus restituere, & libertos facere ingenuos, pari passu ambulant. Forst. f. 218.

Decimooctauo: † Plus est, esse legitimatum, quam adoptatum, quia hic naturalia primordia habet: adoptatus vero ab extraneo, ciuilia tantū. Item fauorabilior est legitimatio: Ergo legitimatus magis debet effici filius, Forst. fol. 218.

Decimonono: † Non desunt quidem argumenta quibus infertur, quod legitimatus non sit vere legitimus. Forst. f. 220. 221. Sed Socin. distinguit inter tempus præcedens, & inter sequens

actum legitimisationis: ita vt legitimatus, à tempore legitimisationis, vere dicatur legitimus. Videtur igitur hic quoque simile, *V. asq. de success. prog. lib. 1. §. 2. num. 42. 43. 50. 88. Idem in repet. l. si quando, nu. 65. Cod. de inoffic. test.*

56 Vigesimo: † Facit pro Actore legitimisationis definitio, vide *Forster f. 193.*

57 Vigesimo primo: † Legitimationi inferenda causa vt habet *Forster f. 196. 197.*

58 Vigesimo secundo: † Si objicitur, legitimatus non in emphyteusi fieri habilis, quia non vere legitimus, & propter nobilitatem Ecclesiæ, *Forst. f. 219.*

59 Respondet, quod imo † à tempore legitimisationis fiat vere legitimi, adeoque non immerito legitimatio, quando fuit restitutiva, etiam in præiudicium aliorum, respectu tamen iuris, nondum realiter quæsitum, sed existentis in spe, retrahitur ad tempus natiuitatis, *Forster. folio 222. 224. 228. 232.*

60 Vigesimo tertio: † Facit pro Actore, quia Carolus V. & Ferdinandus, in legitimisationibus & priuilegiis suis, mandat etiam ecclesiasticis Principibus & Prælatibus, ne priuilegiis & inductis contraherent. Accedit, quod Actor legitimatus,

61 possit succedere omnibus & quibuscunque, † ac omnibus in rebus. Quæ sane verba eum habent effectum, vt legitimatus succedere valeat, etiam in feudo *Meno. h. consilio 19. n. 14. allegat. Gozadin. consil. 4. 25. 46.* Idque tanto magis hoc casu, cum expresse præcipiatur etiam Ecclesiasticis, ne legitimatum impediatur, *Gul. dict. obseruat. 140. numero 9. libr. 2.* Imo sufficit quando ex verbis aliquor, in Principis concessione expressis, colligi potest, Principem id voluisse, *Couarruu. de sponsal. part. 2. capite octauo. §. 8. n. 6.*

Ex his & aliis fundamentis, quæ præcipue *Forsterus* ibidem loci collegit, satis superque apparet, Actoris intentionem omnino esse fundatam, nec argumenta à domino Referente in suo voto præmissa allata, multum obstare, percipiam vero hac de causa melius sentientium iudicium.

Saluo.

Aliud votum in eadem causa.

62 D. Q. Concludit cum Referente: † Primo, per *Molin. in consuetud. Paris. §. 8. gl. 1. numero 59. part. 1.*

63 Quod scilicet † legitimatio valet, cum consensu domini, vel si legitimans sit directus dominus feudi, *adde Ias. in cons. 70. in fin. lib. 3.*

64 Secundo: † Propter pudicitiam, & publicam honestatē, *Frid. Schenck. lib. 3. tit. 4. §. naturales, numero 1.*

65 Tertio: † Cōuenit hæc opinio moribus Germanorum: ideo legitimated non assumuntur † in assessores, *Myns. obs. 31. cent. 4. facit obser. 26. cent. 3.*

67 Contraria † tamen communis opinio, vt per *Soarez in litera L. numero 117.*

68 Quarto: † Huius opinionis sunt recentiores Germaniæ feudistæ, vt *Zasdictis locis. Sonsbeck part. 9. n. 69. Petrus Loriot. de feud. success. Schenck d. loco. Isernia in d. §. naturales, numero 3. 4. & glossator eius, Nan-*

us, in verbo, paterno in fin. ibid. Catellian. Cotta in memorial. lib. verb. legit. Imperat.

Quinto: † Constat de mente Caroli Quinti, 69 qui noluit ad feuda legitimare, *glossa & Dd. in d. §. naturales.*

Sexto: † Defecit hic probabilis causæ in legitimisatione expressio, *Ancharan, cons. 241. n. 4. Curt. Sen. cons. 16. nu. 17. Dec. cons. 292. num. 4* vbi dicit maxime in Comite Palatino legitimatē hoc requiri, *Panciroli. cons. 66. nu. 14. 15. communem dicit Curt. lun. cons. 75. num. 4. Soarez. lit. L. num. 110. Gozad. cons. 6. nu. 25. & nu. 56.* Legitima autem † causa, vt 71 per *Curt. d. cons. 45. est*, vt ibidem habetur. Neque æque præsumitur de Comite Palatino, vt de Imperatore, *Paris. cons. 6 numero 36. 37. lib. 2.*

Septimo: † Videtur posse dici subreptitiæ im- 72 petratam legitimatōem: ita per *Roland. cons. 49. num. 55. vol. 4.* Non esse simpliciter hereditarium feudum dicit, nec ita præsumi, sed potius ex pacto & prouidentia, *Sigism. Lofred. cons. 1. num. 127. & sequitur Iul. Clar. §. feudum. q. 9. nu. 6. 7.*

Octauo: † Accedit, quod Actori in alia con- 73 trouersia, propter allodialia, mora ab agnatis, obiecta natiuitas ex adulterino coitu, quia prior maritus adhuc vixerit, quod velint probare, &c. vt per *Dd. in capit. dominus. de secund. nupt. & capit. cum in presentia, de sponsal.* Inde nec Imperator veram inducere potest legitimatōem, *Catheran. decision. 119. per tot. Guido Panciroli cons. 66. per totum.* Concludit cum domino Referente.

V O T U M X X X.

In causa A. C. contra Episcop. C.

S V M M A R I A.

- 1 Iurisdictio ex remissione Imperatoris fundata, quæ excitauit iurisdictionem ordinariam.
- 2 Camera ex contractu publico, statuumq; conuentione iurisdictionē cum Imperatore habet concurrentem.
- 3 Camera quandoque litigantium partium intuitu limitatam habet iurisdictionem.
- 4 Iudex aut ratione generalis officij, iurisdictionē ordinariam habet, eamq; retinet; aut ab initio non habet ordinariam nu. 6.
- 5 Commissio specialis, in hoc casu, est excitatio, non delegatio.
- 7 Prorogatio sicut fieri potest per hominem, ita etiam per legem: Quodlibet namque officium prorogari potest num. 8.
- 9 Camera habet iurisdictionem ordinariam, excepto casu, der *Austräge.*
- 10 Reus, omiſsa exceptione declinatoria, in causa procedendo. litem contestando, & concludendo, &c. prorogasse videtur.
- 11 Libelli conclusio in primis obseruanda quia ampliat & declarat actionem intentatam & n. 268.
- 12 Ex libelli conclusione, an possessorium an petitorium, an vero vtrumq; in iudiciū deductum, cognoscendum est; Et in quantum hoc procedat. n. 13.

14 Nar-

- 14 Narrata non extenduntur, ultra vires petitionis.
- 15 Libelli conclusione ponderata, quid constet.
- 16 Ex petitione prima, huius casus, cōpetit interdictum, vti possidetis: Altera vero accommodatur actioni in factum, ex edicto pratoris, si quis ius dicenti, non obtemperauerit. num. 17.
- 18 Stylus iudiciorum, loco rationis obseruandus est.
- 19 Pœna mandatis inserta, plerumque ex æquo inter partem & fiscum diuidenda veniunt.
- 20 Non entis nulla sunt qualitates.
- 21 Mandata, licet quo ad partem mandati, vires amiserint, tamen quo ad iudicem, interim præcepta manent, vt nihilominus contumaci bannitio, aut pœna iniungi possit.
- 22 Clausula iustificatoria non mutationem mandatorum, sed potius causam Principalem, eiusque cognitionem, &c. importat: Ratio huius qua numero 23.
- 24 Clausula salutaris conclusioni libelli adiecta, apponitur in fauorem Actoris, & ideo in eius odiū retorqueri non debet.
- 25 Actio in factum, in locum interdictorum successit.
- 26 Actores nō ex duplici & diuersa petitione, ab vna aut altera destitisse, sed potius alteram cum altera coniunxisse putamus.
- 27 In interdicto, vti possidetis, requiritur ex parte Actoris possessio vel quasi, & ex parte Rei turbatio: Seu in iuribus incorporalibus, vsus & exercitium, cum patientia aduersarij, qui loco possessionis quasi haberi solet numer. 20.
- 29 In actione ex edicto pratoris, ad consequendam pœnā instituta, inter alia requisita, requiritur etiam imprimis contrauentio, ita vt id, quod de facto processit, de facto quoque cassetur.
- 30 Contrauentio quando in vna tantum parte mandati fit, in toto mandato, contrauentum dicitur.
- 31 Contrauentio huius negocij præsentis intuitu, omnino in turbatione consistit, qua probata, ipsa quoque contrauentio notoria erit.
- 32 Turbatio præsentis negocij non solum ex testij depositionib. sed & ipsiusmet Rei confessione, &c.
- 33 Actio siue iudicium hoc, ex edicto pratoris, ad consequendam pœnam, subsistit licet turbatio lite pendente, superueniat, etiam si tempore litis contestata Actor experiri non potuerit, &c. Quia turbatio superueniens fundat hoc iudicium numero 34.
- 35 Turbatio debet probari, alias commissa dici nequit.
- 36 Primario sicut præsupponit habitum, ita turbatio possessionem, vel quasi.
- 37 Turbare non dicitur is, qui suo iure utitur.
- 38 Turbatio includit vim.
- 39 Nobilitatem allegans, onus probandi subire tenetur.
- 40 Nobilitatem suam, in hoc casu, Actores vnde probent. & num. 47. 48. 49. 52. 56. 58. 63. 64.
- 41 Notorium, alia probatione non indiget.
- 42 Nobilis quis iudicandus est, ex antiquitate generis.
- 43 Nobilitas attribuitur antiquitati, ideo omne feudum antiquum nobile dici potest: Et feudum antiquum sapit nobilitatem, non autem nouum num. 44.
- 45 Nobilitas non nascitur in ictu oculi.
- 46 Ius scriptum nobilius est, iure non scripto, quia est antiquius.
- 50 Feuda nobilitant personas & num. 51.
- 53 Princeps conferendo alicui insignia, nobilitatem ipsam confirmat, & num. 54. 55.
- 57 Omnis, qui Principis lateri, permissu eius, adheret, nobilis efficitur.
- 59 Nobilitas actorum in hoc casu etiam ex publicis apparet, vt sub nu. 60.
- 61 Princeps eo ipso, quod Consiliarij munus alicui demandat, vel ad alia summa exaltat, nobilitare eum dicitur: Sunt enim pars corporis principis. numero 62.
- 65 Singula que non profunt, multa iuuant.
- 66 Nobiles a solutione collectarum excusantur.
- 67 Nullus duplici onere aggrauandus. & numero 86.
- 68 Nullitas vt Actores ab onere contribuendi releuet, necesse est, probent eam.
- 69 Antiquitas sola familia Actoribus huius cause nobilitatem comparare nequit, nisi simul etiam accedat nobilitas, que ex antiquitate illustrior redditur.
- 70 Antiquitas non facit nobilitatem, alias sequeretur omnes antiquas familias esse nobiles, sed eam saltem ornat, illig. splendorem attribuit.
- 71 Nobilitatem Actores huius cause inde non probant, quod feuda nobilia teneant, eorumq. nomine seruitia præstent.
- 72 Vasallus pro se habens inuestituram, cur vincat licem.
- 73 Feuda potissimum in seruitiis personalibus consistunt.
- 74 Feuda non reddunt nobiles possessores, quia res hominibus accedunt, non rebus homines; Et persona nobilitat rem, non res personam n. 75.
- 76 Hominem non locus, sed locum homo sanctificat.
- 77 Nobilitas si ex feudis acquireretur, sequeretur, quod paupertas aliquem ignobilem faceret.
- 78 Possessores bonorum feudaliū, non ratione bonorum ipsorum, sed dignitatis, que illis adiuncta est, nobilitantur.
- 79 Nobiles a muneribus patrimonialibus non sunt immunes. & num. 83. Quod tamen limitandum. nu. 81. Sed controuertitur. nu. 82.
- 80 Muneribus patrimonialibus collecta connumerantur.
- 84 Ad functiones publicas omnes tenentur, qui non inueniuntur immunes. Hac autem procedunt in bonis, de quibus nulla seruitia præstantur; secus vero in ijs feudis, que ad personalem præstationem domino sunt obstricta. nu. 85.
- 86 Iura communia in hoc casu, partim loquuntur de nobilibus ex dignitate, partim de militibus castra sequentibus.
- 87 Nodus dubius, in hoc casu, circa nobilitatem hic oritur. Resolutio eius. n. 89. 90. 91.
- 88 Nobiles quod non contribuunt, quare non admitendum.
- 92 Nobiles quidem ipsi de bonis ijs, qua seruitiis suis non redimunt, collectis subiacent.
- 93 Cessante causa priuilegij, que in seruitiorum præstatione consistit, cessat & ipsum priuilegium.

- 94 Mutatione personæ mutatur priuilegium, & conditio rei.
- 95 Priuilegium, propter quod nobiles de feodalibus bonis collectas non persoluunt, seruitiorum potius, quam personarum consideratione ipsis competit.
- 96 Quis vno loco potest esse nobilis, altero ignobilis.
- 97 Insigniorum collatio ab Imperatore facta, non redit nobiliores.
- 98 Insignia sine priuilegiorum concessione non eximunt aliquem numero plebeiorum; sicut nec virtus, nisi per Principem in eum ordinem collocetur.
- 99 Virtus, licet sit præcipua causa nobilitatis, non eximit aliquem numero plebeiorum, nisi per Principem in eum ordinem collocetur.
- 100 Nobilitatis dignitas plane est iuris civilis, non nostra voluntate, sed à principe paratur; Et est datiuæ, non natiuæ. nu. 101.
- 102 Nobilitas ex sola nominatione in literis insigniorum, non dicitur acquisita.
- 103 Nobilis qui ab Imperatore reputatur, verbaliter nobilis est.
- 104 Nobilem quem non faciunt missus, vel literæ priuatorum, in quibus nobilitatis titulo ornantur, cum sint scripturæ priuata, quæ tertio non præiudicant; Ita nec vulgi varium præconium & communis opinio, quando iura improbant, numero 105.
- 106 Nobilitas precio comparari non potest, quemadmodum scientia.
- 107 Per Principem auferri non potest, ne inde occasio iniuriarum nascatur. vnde iura nasci debent.
- 108 Mutatio non præsumitur, nisi probetur; Et quod non mutatur, quare stare prohibeatur.
- 109 Nemo sibi ipsi causam possessionis, maxime in præiudicium tertij, mutare potest.
- 110 Possessio ex vno aut altero actu non potest induci; Trius actus autem tribuit possessionem. numero 111.
- 112 Possessio noua & recens, & à possessione maiorum suorum aliena, præsumitur clandestina.
- 113 Possessio vitiosa possidenti non prodest.
- 114 Priuilegium contra ius commune, & constitutiones imperij; Item contra ius tertij, quare non extendendum, nec contra dominum interpretandum. & numero 115.
- 116 Donatio, cum publicum bonum offendat, ipso iure nulla est.
- 117 Ecclesia conditionem meliorem, non deteriorem reddere Episcopus debet.
- 118 Contributiones Turcicæ, ob necessitatem omnibus imperij subditis indefinite impositæ sunt.
- 119 Ius collectarum tollitur per non usum, spacio 40. annorum.
- 120 Favorabilior est prescriptio libertatis contra seruitutem, quam e contra.
- 121 Oppositum quod operatur in opposito, idem operatur propositum in proposito; oppositorum enim eadem est disciplina.
- 122 Prescriptio collectandi & immunitatis sunt opposita, sicut seruitutis & libertatis.
- 123 Verba ambigua ex consuetudine & modo vtendi declarantur.
- 124 Voluntas verbis & factis demonstratur; Et facta magis declarat animum, quam voluntas. n. 125.
- 126 Prescriptio contra imperium non currit.
- 127 Immunitatis possessio, huius causa, vt probetur, requiritur tempus immemorabile, item patientia & scientia Principis.
- 128 Possessio iurium, sine patientia & scientia, secundum placita interpretum, pro nulla habetur.
- 129 In prescriptione iurium huiusmodi, quæ substantialia requirantur ab Alexandro. vt numero 130. & 132.
- 131 Libertas per non usum, præscribitur.
- 133 Prescriptio iurium, huius materia, nisi cum omnibus qualitatibus probetur, deficit, vna aliqua qualitate tantum deficiente.
- 134 Prescriptio, cum sit facti, in dubio non præsumitur.
- 135 In possessionis causa ambigua, Reus absoluedus venit.
- 136 Ius collectandi de consuetudine Germania, Reo nostro, vt Principi Imperij, propter regalia, competit. Item de iure communi. n. 137. Ac de iure speciali, ex recessibus Imperij numer. 138.
- 137 Ius commune, eadem principi tribuit potestatem in suo territorio, quam Imperatori in imperio.
- 139 Nullitates hic in Rotulo Rei aliquot deprehenduntur. vt num. 140. 141.
- 142 Dilatio quarta permittit documenta transumi.
- 143 Mandatum futura tantum respicit, & ad præterita retrahi non potest.
- 144 Delegatio iurisdictionis, de casu ad casum prorogari non potest.
- 145 Partes, licet substantialibus iurisdictionum renunciare non possint, acta tamen nonnulla nulliter facta, ad fidem faciendam, etiam tacita approbatione, approbare possunt.
- 146 Mandati poena, ob spretum iudicis præceptum, tantum locum habet: Cui competat, n. 147. 149.
- 148 Vfus & consuetudo iudiciorum, pro lege est.
- 150 Libelli conclusio, in hoc casu, actionem in factum, ex interdicto, vt possidetis, præsupponit.
- 151 Narrata, in hac actione, potius petitorium, quam possessorium respiciunt.
- 152 Actio hic in tali dubio, primo ex intentione, secundo ex commodo & vtilitate Actoris, est ponenda.
- 153 Iudicia petitoria in rem illi pro quo, siue contra quem iudicatum, ius, veluti dominij ac proprietatis, vel tribuunt, vel denegant.
- 154 Interdictum vtile, vt possidetis, cumulatam cum negatoria, non tantum pro seruitutibus sed pro quibuscunque iuribus aliis incorporalibus, quæ naturam seruitutum sapiunt, competit.
- 155 Petitorium cum possessorio retinenda, quando cumulari possit.
- 156 Actor in seruitutibus ac aliis iuribus incorporalibus, per confessoria vel negatoria afferendis vel negandis, non tantum dominus, vel quasi, sed etiam possessor, vel quasi esse potest. Ratio eius. nu. 157.
- 158 Confessoria ab initio instituta, pendente lite, possessorum retinenda cumulari potest.
- 159 Conclusionis defectum in petitorio, vis clausula factorialis supplet.
- 160 De collectis imperij vniuersalibus tantum, non de particul-

particularibus singularium prouinciarum in imperio in hac causa agitur.

- 161 Ad collectas Imperij vniuersales, propter pragmaticam sanctionem, siue Imperij Recessum, omnes imperio subiecti, nisi expresse ipsa lege excipiantur, tenentur.
- 162 Nobiles in Francia, Suetia, & ad Rhenum, à collectis vniuersalibus imperij sunt immunes.
- 163 Obligationes non sunt libera voluntatis, sed necessitatis.
- 164 Collecta imponuntur ab illis, qui iubendi potestatem habent.
- 165 Interdictum vti possidetis, cum actione negatoria, in quibus conuenit, & numer. 166.
- 167 In possessionis inuestigatione in nostro casu, quid imperij obseruandum.
- 168 Actores nostri ad solutionem collecta, cui se obtulerunt.
- 169 In iuribus incorporalius, vsu cum patientia aduersarij ad possessionem inducendam concurrere oportet.
- 170 Possessio nostra factum requirit, & ab actu corporali proprio, siue eorum, qui nostro nomine quid agunt, tantum incipere potest.
- 171 Omnibus naturaliter inest, vt facile quæuis ad onerum, quæ nobis incumbunt, societatem admittamus.
- 172 Actus vnus vel alter, in iis quæ facultatis sunt, & sponte conceduntur, possessionem non inducit, sed requiruntur plures, vt ibid.
- 173 Fundamenta Actorum in hoc nostro casu quæ, & vnde, numer. 174.
- 175 Maiores quod fuerunt posteros quoque permansisse existimandum est.
- 176 Sine dignitate & iurisdictione omnimoda, etiam iure Communi, nullum feudum nobilitat.
- 177 Seruitia feudorum nomine præstita non inferunt nobilitatem.
- 178 Fides & seruitiorum necessitas, omnibus feudis, etiam minimis, & ignobilibus, tanquam eorum proprium adhaeret.
- 179 Collectarum exactiones requirunt subiectionem.
- 180 Ad generis positionem, non sequitur præcise positio vnius speciei.
- 181 Immunitas onerum, liberationem ab omnimoda ciuitate, non includit.
- 182 Testis cuiusvis depositio, sine vlla concludenter ratione dictis suis appositæ, est nulla.
- 183 Inuili scripti, den & oleum, ad promouendum fauorem, eorum quibus scribitur, accommodari solent.
- 184 Amicitia actus possessionem non tribuunt.
- 185 Princeps, vel Papa, eo ipso, quod nobilem aliquem appellet, quenquam nobilitate non censentur, & n. 102.
- 186 Diuerso respectu, diuerso iure quis censerì potest.
- 187 Iura plura cum concurrunt in persona vnius, perinde est, ac si concurrerent in personis diuersorum.
- 188 Exemptus quis esse potest, respectu certa rei vel loci, respectu vero alterius rei, vel loci, non erit exemptus.
- 189 Actores nostri quatenus Vasalli Ducum Saxoniæ sunt, nobiles esse possunt: & quatenus Episcopi, vel Capituli, nihilominus ciues erunt.
- 190 Priuilegia nulla à muneribus patrimonialibus immunitatem præstant.
- 191 Vacatio, quæ per priuilegia de facto concessa est, ipso iure nulla est.
- 192 Lex, Vacuatis C. de decurionibus. lib. 10. omnium immunitatum priuilegiis expresse derogat.
- 193 Immunitatis concessio, nisi cum clausula: non obstante l. Vacuatis. C. de decurionibus lib. 10. fieri non potest.
- 194 Princeps summus, cum clausula non obstante l. Vacuatis C. de decurion. libr. 10. immunitatem concedere potest.
- 195 Principes Germaniæ nostra perpetui sunt, ac iura imperij, siue regalia possident, omniaque possunt in suis territoriis, quæ Imperator in imperio: Ideoque cum clausula non obstante l. Vacuatis. C. de decurion. lib. 10. immunitatem concedere possunt. Etiam in reliquorum subditorum præiudicium, n. 196.
- 197 De Ducibus inferioribus Principe, quæ dicuntur, de illis intelligenda sunt qui iura Principis non habent.
- 198 Ab Episcopis quæ proficiuntur, consensum capituli includunt.
- 199 Clausule, ex certa scientia, item de plenitudine potestatis idem operantur, quod clausula, non obstante talilege.
- 200 In priuilegiis multum ponderis habet repetitio particularum vniuersalium.
- 201 Concessio generalis immunitatis, quamuis casus insolitos, & publicam vtilitatem concernentes non comprehendat: Attamen cum immunitas conceditur sub verbis geminatis, casus improuisi includuntur, etiam si non exprimantur, n. 202.
- 203 Priuilegia ob merita concessa, ad onera, etiam publica necessitatis causa inducta, extenduntur.
- 204 Meritorum expressio facit, quod priuilegia in contractum transeant, nec vnquam reuocari possint, & n. 205.
- 205 Contractus cum subdito iniri, potestati illius Principis non subiacent, sed in iis priuatus reputatur.
- 207 Reuocationes licet generales sint, & geminata, priuilegia tamen propter merita concessa, non censentur simul reuocata.
- 208 Bellum nullum, nisi vel ab ipso Imperatore, vel ipsius procerum Imperij decreto geratur, licitum est.
- 209 Immunitas quæ per expressionem oneris, præsertim belli, conceditur, ad omnes casus insolitos, atque improuisos extenditur.
- 210 Ad præscriptionem immunitatis implendam, tria potissimum probanda sunt.
- 211 Bonam fidem allegare, quando non erit necessesse.
- 212 Necessitas interpellationis & recusationis hinc inde faciendæ non adeo requiritur, & numero 213.
- 214 Immunitatis possessio à tempore primæ impositionis incipit.
- 215 Ad immunitatis præscriptionem requiritur tempus 40. annorum.
- 216 Ius collectandi pertinet ad regalia.
- 217 Ius immunitatis iure communi cuius competit, quamuis sit contra ius commune.

- 218 Collecta quare habent causam discontinuam.
- 219 Iurium incorporalium causa potius continua, quam discontinua, quia personis competunt, & retinentur animo continuo.
- 220 Immunitatis concessio siue vsus, vnde satis probatus.
- 221 Patientiam in Episcopis, qua demonstrant, & num. 222. 223.
- 224 In priuilegiis & duabus sententiis dictis, acta titulum suppeditant.
- 225 Sententia legitimam prescribendi titulum prabet.
- 226 Probata qua non sunt, elisione non egent, vt numer. 227. & 228.
- 229 Duo modi, quibus collecta comportantur, propositi sunt, vt num. 230. 231.
- 232 In collectarum negotio, tantum subditi, quod iuri communi consentaneum est, cogi possunt.
- 233 Verba recessuum Imperij, Da er g seffen / zugeben schuldig sey qualiter intelligenda.
- 234 Reo in hoc casu, quid probare incumbit.
- 235 Presumptio est quod quisque eius loci, in quo degit, cuius reputetur.
- 236 Probationes pro Reo, in hoc negotio, qua, vt numer. 237. 238. 240. 244. 246. 247. 249. cū 5. subseqq.
- 239 Exclusio vnius, est inclusio alterius.
- 241 Exemptio & liberatio presupponit obligationem: Nec exemptio cū contra ius commune sit, extenditur vltra id, quod in ea comprehensum est.
- 242 Immunitas à muneribus patrimonialibus, non tribuit exemptionē à personalibus, multo minus à iurisdictione & foro.
- 243 Immunitatis concessio vsque adeo nō tribuit omnimodam ciuilitatis liberationem vt etiā statutum loquens de ciuibus, locum habeat in ciuibus exemptis, non subeuntibus munera.
- 244 Priuilegia nostris Actoribus concessa, non persona sed videlicet adibus tributa sunt, vt illis fruuntur: Et ideo cum tantū rem, non etiam personam afficiant, nec personam alterare, nec ex ciue forensē, nec ignobilem ex nobili efficere possunt, nume. 245.
- 248 Dictio, alius, in proprio significato, implicat similia.
- 250 Cuius ex honoribus & muneribus cognoscitur.
- 256 Nobilitas, & quauis alia conditio personae, per famam recte probatur.
- 257 Episcopi neminem, in prauidicium Imperij liberare possunt à collectis vniuersalibus.
- 258 Testibus duobus affirmantibus, generaliter plus creditur quam mille negantibus.
- 259 Testium dicta in dubio pro producente sunt interpretanda.
- 260 In bonis suis vnusquisque liberam facultatem habet.
- 261 Penale iudicium in vniuersum, nisi ex doli causa, nullum locum habet.
- 262 Connexorum vis facit, vt incapax gaudeat beneficio capacis.
- 263 Vacatio à muneribus, si vnus ex duobus sociis detur, proderit alteri.
Hocque maxime procedit in rebus pro indiuiso communibus, vt num. 264.
- 265 Nobilis si feudum cum plebeo habet commune, & nobilis dominum offendat, tamen feudo nō priuatur, quod cum plebeo innocente habet commune.
- 266 Iure communi regulariter, summarie & executiue, etiam lite pendente, attentari potest.
- 267 Collectarum naturalis ratio est, vt in ea à praeceptis executiuis initium fieri possit, nec reuocatio attentatorum sit permissa.
- 269 In libello semper attendendum non quid narretur, sed quid concludatur.
- 270 Libelli conclusio restringit narrata ad ea, qua in conclusione petuntur, quia in conclusione stat modus agendi, substantialiter, ex quo conclusione libelli apparet, qualiter praecedentia intelligantur, & numer. 271.
- 272 Causa proprietatis nil commune habet, cum possessione, positiue vel remotiue.
- 273 Libellus pro commodo libellantis est interpretandus.
- 274 Prauidiciales tunc dicuntur, cum Reus eas exceptiones obiciens, probare debet, priusquam Actor audiat.
- 275 Prauidicialis, hic à Reo qualiter obiecta sit.
- 276 Adeste non sequitur hoc, quod potest abesse.
- 277 Actionis nostrae intentata effectus, qua concernit vt num. 278. 279. & 280.
- 281 Actores in hoc possessorio nituntur actibus, tam vetustis, quam recentioribus.
- 282 Verba, zu rechtem Mannlehen / quid importent.
- 283 Vfus & consuetudo, more deprauato, contra iura introduxit, quod pro inuestituris Der Mannlehen / Laudemia Eehenwahr / siue Handlohn / soluuntur, & num. 284.
- 285 Laudemij quota secundum tempora mutatur.
- 286 Nobilitatis possessori actus varij quibus verificantur, & sub num. 12. subseqq.
- 299 Priuilegium domus alicuius, sicut nobilitatem aut libertatem personarum & rerum aliarum, qua non sunt de pertinentiis domus, haud infert, ita minime possidentium iura & qualitates, & c. rerumque habitatum ac acquisitarū condiciones, transformare vel immutare potest. Ratio qua, nu 300.
- 301 Nobilitatis & libertatis quasi possessionem, hoc loco, qua confirmare videntur, & num. 302.
- 303 Die Bürgerstaffe zu Bamberg in gem. in / haben sich / tepore rebellionis rustica, jun Bawren geschlagen vnd Bawrisch worden.
- 304 Nobilitas & immunitas der Böldner / quibus probetur & nu. 305. 306. 308.
- 307 Priuatus sicut tenetur ad cōnotationes ex actorum, ita collectarum solutio in scriptis redigenda, vt actionis ratio per exactores reddi possit.
- 309 Bona cum ex inspectione aestimi praescripta non comperiantur, non cogitur quis pro illis onera subire: Eiusmodi. n. libris creditur, & maior fides illis adhibetur, quam testibus num. 310.
- 311 Negatiua ex inspectione scripturae probari potest.
- 312 Collectarum solutio probari debet per scripturas, non per testes.
- 313 Officiū sculteti, pralatura, & assessoratus, & c. sunt actus indifferentes & mediij, qui tam per ignobiles, quam

- quam nobiles, expediri possunt, ideoque parum releuant & causa inferiunt. Attamen actibus his, si cum reliquis circumstantiis adiungerentur, negotio adminiculi aliquid prestare possunt. num. 314.
- 315 Exactiones colligendi, olim alia atque alia ratio & mos observatus fuit. & numero 316. 317. cum 3. subseq.
- 316 Collectarum impositiones & exactiones An. 1495. sub Maximiliano primo exordium sumpserunt.
- 321 Probationes Actorum, in hoc casu, qua. & num. 323. 324.
- 323 Fundamentum vnicum, quod depositiones aulicas quorundam detegere potest.
- 325 Turbatio nostrorum Actorum vnde deprehenditur.
- 326 Argumenta, quibus Reus conatur probare Actores nostros eorumque subditos in Civitate & Episcopatu BAMB. domicilia habere, ibique in iudiciis subiectos esse, qua. & num. 327. 328. & 329. 334. 335. 336.
- 330 Argumenta Actorum nostrorum ad evertendam Rei probationem qua. & n. 331. 332. 333.
- 337 Cives & municipales, etiam hodie proprie dicuntur, qui munera & onera civilia ferunt.
- 338 Cives si non subeunt munera, repugnat allusio vocabuli & dicuntur Cives Castellani, seu terrigena Civitatis, castri vel terra.
- 339 Civis non est dicendus is, qui in albo civium descriptus non est.
- 340 Literarum quarundam tenor.
- 341 Personae in dispositione aliqua cum distinguantur merito sit, ut & epithetorum & qualitatum, debito modo, secundum circumstantias, & congruas personas fiat relatio.
- 342 Verisimilius quod est inspicitur, & quod plerumque fieri solet. Et qua. fuerit verisimilis sententia eius, qui verba protulit.
- 343 Difficultates & dubia quaedam in hoc casu, qua. inter cetera expendenda, ut sub n. 344. 345. 346. cum octo subseq.
- 354 Ad probationem communis fame & estimationis plurima requiruntur, ut sub numer. 355. cum sex subseq.
- 356 Testis deponens se audivisse non sufficit, nisi probetur a quibus ut sciat, utrum a fide dignis, vel a malevolis audierit, vel a maiore parte, vel ab vno tantum.
- 359 Testis debet rationem dicere sua scientia, praesertim super notorio.
- 360 Testis productus super notorio & fama, nihil probat, nisi assignet rationem sui dicti.
- 361 Testis vnicus, & plures singulares fidem non faciunt, nisi probent de iisdem personis, locis, tempore.
- 362 Periculosum & minime tutum, ut ex huius causa actus, servitus, siue ius civitatis, Reo adiudicetur, quare censendum, ut numer. 363. 364. cum sex subseq.
- 367 Sententiam ferre contra sententiam est admodum graue.
- 370 Actores nostri agunt de damno enormi vitando: Dominus Reus vero principaliter de lucro captando, n. 372. & 399.
- 371 Cives declarati omnibus oneribus, Der Volk Reichs vnd jarlichen Steuer subiiciuntur.
- 373 Recessus Spirensis, licet neminem immunem relinquat, & solutionem collecta summodo in locis habitationum faciendam imponat, tamen hoc limitatur quoad Nobiles Francia, & alios qui sunt in possessione libertatis, & c. num. 374. Imo & in genere quoque limitatur, ut num. 375.
- 376 Correlativa sunt, Obrigkeit seyn vnd Underthanen haben.
- 377 Nemo priuandus est occasione aliqua suo iure & possessione, neue inde iniuriarum nascatur occasio vnde iura nascuntur.
- 378 Status Imperij non nisi nudum ministerium, tanquam commissarij Imperatoris, in collectione deß gemeynen Pfennings, praestant.
- 379 Favorabilior est causa libertatis, quam servitutis.
- 380 Bona libera praesumuntur, nisi servitus probetur.
- 381 In possessorio retinenda, duo Actori probanda sunt, & Reus si medio tempore possidet, Actor clandestinitatem vel violentiam probare debet, numero 382.
- 383 In possessione rerum seu iurium acquirenda qua. requirantur, ut n. 384. cum sex subseq.
- 391 Actores, quod satis sua probarint, Reus vero probationibus suis longe minus praestiterit. Vnde colligitur, ut n. 382. cum 2. seqq.
- 393 In collectis hisce, vigore Abschieds, quid attendi debeat: Et qua. de causa n. 394.
- 395 Actorum quasi possessio exigendi & soluendi, est antiquior, quam Domini Rei. Ideo etiam inuenitur legitima possessionis causa, numer. 396. Ratio huius num. 397.
- 398 Nobilium in quasi possessione praeventio.
- 400 Exactiones & solutiones BAMB. quando secuta. & quomodo dicenda, numer. 401. & attendenda, num. 402.
- 403 Actus regulatur a fine, in quem dirigitur.
- 404 Expensa quas ob rationes non videntur compensanda, ut sub n. 405. 406.
- 407 Iudicis officium, in hoc iudicio requirit, ut lis praedatur, & quare ut n. 408. 409. & 410.
- 411 Libelli petitio inspicienda.
- 412 Reo, in hac causa, iniungenda est paritio Mandatorum, sub euentuali solita.

Procuratoria iusta, nullitates nullae, qua. attendenda: Iurisdicatio fundata ex remissione Imperatoris, qua excitavit iurisdictionem ordinariam, c. licet in corrigendis. ibi gl. & Dd. de inoffic. ordin. c. graue. eod. tit. c. cum aliquib. de rescript. in 6. quam Camera alias ex contractu publico, & ita iuumq; conuentione, cum imperatore habet concurrentem: Gail. obs. 41. n. 5. & 43. n. 3. lib. 1.

Non obstat, quod praesentium partium interitu, & Camera habet limitatam iurisdictionem, nec in prima instantia, in iuris partibus, ius dicere potuisset, Ordinat. tit. 5. lib. 2. Quia aut Iudex & ratione generalis officii, habuit iurisdictionem ordinariam & eam retinet. Specialis enim & illa commissio est excitatio, non delegatio l. sepe. de offic. praesid.

6 Aut ꝑ non habebat prius ordinariam, in illa cau-
7 la, *Angel. consue. 1. 4. in princip.* Sicut enim ꝑ per homi-
nem potest fieri prorogatio, ita etiam per legem,
8 *l. 1. §. de qua. de iud.* Nam quodlibet ꝑ officium pro-
rogari potest, *Mynsing. obs. 2. 4. numero 6.* Sed Camera
9 habet ꝑ iurisdictionem ordinariam excepto casu
der *Ausfürag*: merito eiusdem iurisdictionem, ex
Imperatoris remissione prorogatam: Idque eo
10 magis, quod & ipse Reus, ꝑ omnia exceptione de-
clinatoria, in causa procedendo, litem contestan-
do, & concludendo, &c. prorogasse videatur, *Bart.*
post glossam in l. si per errorem. in fin. & l. si conuenerit. de
iurisd. omn. iud. Myns. obseruat. 76. centur. 1. alias dubi-
taretur: An Imperator, partibus inuitis, contra or-
dinationem, in quam per modum contractus cũ
stantibus consensit. Gail. d. obseruat. 41. Priuilegium
primæ instantiæ adimere queat.

Que actio?

Conclusio libelli imprimis attendenda, *l. si vo-*
luntatem. in fi. vbi Bald. C. de rescind. vend. Ea enim ampli-
at & declarat actionem intentatam: *Schneidev.*
§. actionum. numero 118. Et ex hac, an possessorium,
an petitorium, an vtroque in iudicium de-
ductum, cognoscendum est, *c. liter. e. de dilat. c. ex par-*
te. de foro compet. c. ex parte. la. 2. de rescript. Iason. leg. natu-
raliter. §. nihil commune. numero 191. de acquir. possess.

13 Quod quidem vsque adeo procedit, ꝑ vti est in li-
bello seu articulis narrentur ea, quæ tam ad pos-
sessorium, quam petitorium referri possunt: Ta-
men si conclusio alterutrum horum complectatur
saltem, ea actio intentata censeatur, quam cõ-
14 clusio denotat. Narrata enim ꝑ nõ extenduntur
vltra vires petitionis. *Anon. Butrig. in c. fm. de iud. Ab-*
bas cap. ex parte. de foro compet. Hartman. Pistor. in quest.
45. num. 23.

15 Ponderata autem ꝑ conclusione libelli, const-
tat Actores tam in positionalibus articulis, quã in
receptione, *Witt oder Begeren / 20. Maii in Came-*
ra exhibita, numero quarto, & ex litis contesta-
ione, petere zuerkennen vñnd außzusprechen / das Epi-
scho po nicht gebüre / Actores also in sua possessione
nobilitatis, liberatis, & priuilegiorum zu turbiren /
vñnd das er darumb in die Straff / beiden Mandatis
Emmerleibt / gefallen / 20. & de non turbando zu ca-
uiren schuldigt / 20. Quæ sane, vt sunt duplices & di-
uerse: ita etiam duæ separatae actiones intentatæ
16 *dici possunt. Et prima quidem petitio, ꝑ nempe,*
pronunciandum, Reum iniuste molestasse, & ca-
uere debere, &c. conuenit interdicto, Vti posside-
tis, Bartol. l. 1. §. interdicitum. vti possidet. Ferrar. pro tur-
ba poss. in verb. ad cessandum, numer. 1. Id. in leg. 1. vti pos-
sidet.

17 Altera, ꝑ qua petitur declaratio pœnæ, accom-
modata est actioni in factum, ex edicto prætoris,
si quis ius dicenti non obtemp. *Rosred. eod. tit. de li-*
bell. Bartol. in leg. 1. §. fin. numero 4. ibi Socin. numero 6:
si quis ius dicenti non obtemp. licet Oldendorp. class. 1. art.
2. versicul. cui & aduersus. Iason & Wesemb. in paratit. de
rubr. per d. §. fin. & alias rationes ibi adductas con-
tendant, hoc edictum esse publicum, & saltem
magistratui vel fisco competere, non autem liti-

gatori: Tamen communior & antiquior est opi-
nio *glosse, Azonis, Bald. Salic. Alexand. in d. §. fin. quam*
sequitur Alciat. ibi. Dum hanc actionem ipsi etiam
litigatori competere asserit, confirmat *stylus iu-*
diciorum, ꝑ quem loco rationis obseruandum 18
dicit Gail. obseruation. 13. de pignor. Nam de eo pœ-
næ ꝑ mandatis insertæ, plerunque ex æquo, inter 19
partem & fisco diuidendæ veniunt. Quo in ca-
su & ipse *Oldendorp.* antea pro contraria opinione
adductus, in hanc sententiam descendere vide-
tur, *in 5. defension. Rei conuenti. d. classe 1. action. 2.* dum
dicit, ita iam receptum, propter opinionum va-
rietatem. Quod in præsentī casu eo minus dubii
habet: cum ea mandata tam Actori, quam fisco,
dimidiam partem pœnæ applicandam statuunt.
Nec impedit, quod dict. mandata cum clausula
emanarint, & per comparitionem resoluta, vt per
Id. in l. de pupillo. §. meminisse. ibi glossa de operis noui nũ-
ciat. adeo, vt non videatur amplius locus relictus
ei actioni, ex mandato nunc resoluta, cum nõ en-
tis ꝑ nullæ sint qualitates. Nam licet, quoad par- 20
tem, mandati ꝑ vires amiserint mandata, & sic in- 21
star simplicis citationis nunc obtineant: Tamen
quoad Iudicem, interim præcepta manent, vt
nihilominus contumaci bannitio, aut pœna in-
iungi possit, *Gail. libro 1. obser. 19. circa fin.*

Et clausula iustificatoria ꝑ non mutationem 22
mandatorum, sed potius causam Principalem, e-
iusque cognitionem vel probationem, ac iustifica-
tionem importare, ex *ordin. tit. 2. 3. libro 2. patet. Cõ-*
firmante id ipsum paxi. Longe enim alius est pro-
cessus, ꝑ quãdo citatione incipitur, & ordinaria 23
ctione agitur, & alius, quando ab huiusmodi mã-
datis proceditur.

Quamuis autem, vigore clausulæ salutaris, cõ-
clusioni libelli adiectæ, posset dici vtrunque, tam
petitorium, quam possessorium intentatum, ma-
xime, cum etiam vtrunq; in probationibus hinc
inde factis, in iudicium deducatur, & in conclu-
sione quoque der *Probation vñd Exceptionschrift*
vtrunque cumuletur, vt potius secundum ea,
quæ probata sunt, quam secundum narrata, vel
secundum conclusionem libelli, ferenda veniat
sententia, *post Innoc. & Panorm. in cap. cum dilectus.*
de ord. cognit. tenet Iason in leg. naturaliter. §. nihil com-
mune. num. 199. Tamen cum hæc regula inter alias
exceptiones, etiam hanc admittat, quod clausula
salutaris, in detrimentum Actoris hunc effectum
non operetur, eo namque casu potius conclusio-
ni insistendum, quam libellus, ex d. clausula salu-
tari, præter intentionem Actoris extendendus:
quod videtur sensisse *Alexand. consilio 200. volum.*
2. vbi ait, huius clausulæ hunc effectum esse, vt id
remedium intentatum videatur, quod Actori fa-
uorabilius est, quod sequitur Iason in §. omnium. in-
stitut. de action. num. 15. & Clarius Neui Zan. consil. 79.
Quoniam, inquit, clausula hæc ꝑ apponitur in fa- 24
uorem Actoris. Non igitur debet in eius odium
retorqueri. *c. intelleximus. de iud.*

Cum itaq; Actores in conclusione libelli, me-
ro insistant possessorio, huic potius inhaerendum,
quam

quam in præiudicium Actorum, in petitorio iudicandum consultius esse, &c. Maxime cum utroque, tam possessorio quam petitorio, simul in iudicium deducto, Iudici liberum sit, prætermisso petitorio, super solo possessorio cognoscere, ut est textus ex quo hoc notant *Abb. & Dd. in c. 2. de caus. poss. & propriet. Bartol. in dict. §. nihil commune. lason ibid. num. 180.*

Concludit, quoad pœnam, ex actione in factum, & edicto, si quis ius dicenti non obtemp. Sed quoad causam principalis merita, utile interdictum, uti possidetis, vel actio in factum, quæ in locum interdictorum successit. Non enim ex duplici, & diuersa petitione Actores ab vna aut altera destitisse, sed potius alteram cum altera coniunxisse putamus; argumentum *l. cum ex vno. & leg. namque. l. quoties. de action. & oblig. §. in summa. ibi gl. Institut. de iniur.*

Quod autem dicto interdicto vtili succurratur turbato in iure incorporali, notat *glossa. Bald. in l. ymca. C. vii. possid. Bartol. l. iniuriarum. 13. §. si quis. n. 3. de iniur. Menoch. remedio 3. retinende. num. 108. Alexand. cons. 136. lib. 2. num. 7.*

An probata?

Quamuis actio in factum, ex edicto illo, si quis ius dicenti non obtemp. de sui natura & essentia alia sit, ab interdicto uti possidetis, ut patet ex illius extremis, eandem ab aliis actionibus discernentibus, de quibus Doctores passim *l. 1. si quis ius dicenti non obtemp. maxime Zas. in paratit. Old. class. 1. action. 2.* Tamen probatio huius aliquo modo videtur dependere ex probatione causæ principalis, ut in causa Speyer contra Speyer late deductum per dominos. Quemadmodum enim in interdicto, uti possidetis, quod respectu meritorum causæ principalis modo dicimus intentatum, requiritur ex parte Actoris possessio, vel quasi *Menoch. d. loco remed. 3. numero 556.* & ex parte Rei turbatio: *gl. l. si duo. §. 2. uti possid. c. licet causam, de probat.*

Seu in iuribus uti incorporalibus, vsus & exercitiu, cum patientia aduersarii, qui loco possessionis vel quasi haberi solet, ut in *c. cum Ecclesia. de caus. possess. & propriet. Rebuff. in præfatione. in materia possessoria.*

nu. 51. Sic etiam in actione uti ex edicto prætoris, ad consequendam pœnam instituta, inter alia requisita ab *Oldendorp. dict. action. 2. imprimis* requiritur contrauentio: ita ut, quod de facto processit, id de facto quoque cassetur: *Bartol. l. eleganter. de dolo. Contart. leg. vnic. numero 14. Si de moment. an.* Et quando contrauentio uti in vna tantum parte mandati fit, in toto mandato contrauentum dicitur. *Bald. in c. ad audientiam. de rescript.* Hæc autem contrauentio uti præsentis negotii intuitu, omnino in Turbatione consistit, qua probata, ipsa quoque contrauentio notoria erit. Constat autem uti turbatio non solum ex testium depositionibus, sed & ex ipsiusmet Rei confessione, ad 37. 42. 44. positionales, & ex attentatorum libellis, qui partim à Reo non diffitentur, partim per testes ad dict. positionales comprobantur. Nam secundum *Bald. in cap. licet causam numer. 31. de probat. iudicium* hoc

substitit, uti licet Turbatio, lite pendente, superue-

niat; etiam si tempore litis contestatæ Actor experiri non potuerit, cum verè Turbatus non esset. Quia Turbatio uti superueniens, fundat hoc iudicium: *Menoch. de remed. n. 559.*

Examinat iam ius, vel quasi possessionem Actorum, in quibus se turbati conuertuntur: de eo enim uti si non docuerint, turbatio commissa dici nequit. Sicut enim uti priuatio habitum præsupponit *l. 1. de suis & legit.* Ita turbatio possessionem, vel quasi. Nec turbare uti dicitur is, qui suo iure vitur: Turbatio uti siquidem inducit vim, *l. extat. de eo quod met. caus. l. Creditores. ad l. Iul. de vi priu. Menoch. remed. 3. retinend. n. 370 §. 1. de iniur.*

Actores immunitatem & libertatem à collectis prætendunt, eamque partim ex nobilitate, partim ex priuilegiis immunitatum, partim ex præscriptione metiuntur.

Et principio quidem, quoad nobilitatem Iuris est indubitati, quod eam allegans, uti onus probandi subire teneatur *glossa, in l. si vero. §. que pro rei. qui satisd. cog. quam ad hoc singularem dicit Iacob. Aluar. in §. si miles aduersus. n. 3. de pace Constant.* Actores igitur nobilitatem præsentam, multiplici nomine, & ex variis & diuersis actibus conspicuam redere conantur.

Primo, uti ex antiquitate familie ipsorum, quam à multis retro annis in flore fuisse, non solum instrumentis & monumentis vetustis, testiumque depositione, sed Rei ipsius confessione, ad primam & vltimum positionalem, abunde patet, ut, tanquam notorium, uti alia probatione non indigeat, *l. emptorem. in princip. glossa ibi verb. manifestum. de action. empt.*

Quod autem ex antiquitate generis, uti quis iudicandus sit nobilis, notatur in *l. stemmata. de gradibus affinit. Aluarot. Cardm. Alexand. §. si miles aduersus de pace Constantia. numero 2. textus, in §. ceteri vero. ibi antiquis temporibus. quis dicatur Comes, Dux, vel, &c.* Inde notat *Bald. & Aluarot.* quod nobilitas uti attribuitur antiquitati, ita ut omne feudum antiquum possit dici nobile: & idem *Bald. in proem. feud. numero 55. inquit: feudum uti antiquum sapere nobilitatem, non autem nouum: quia nobilitas uti non nascitur in ictu oculi.* Sic quoque *Dec. in rubr. de consuet. columna 1.* Scriptum ius, uti nobilius esse, iure non scripto, ait: quia est antiquius. *§. non scripto. de iure N. G. & Ciu. Institut. Tiraque. de nobilitat. capitul. 19. per tot. vbi numero quarto, dicit, non solum de iure Codicis, sed de iure Digestorum, leg. 1. de censib. constitutam esse antiquitatem, nobilitatem, &c.*

Secundo: uti Quod ab Episcopo Bambergensi, Herbipolensi, Abbate Bantz. & aliis principibus, de feudis nobilibus inuestiti sint, eorumque nomine seruitia debita præstiterint, idque probant per inuestituras ad 3. 4. & reuers. ad 5. positionalem productas: Item uti per testes, 19. 33. ad 15. positionalem: Et per documenta, uti ad 17. 18. 20. 21. articulos exhibita. Quibus ad stipulatur testis 3. 5. Rei, ad 1. & 5. interrogatorium. 4. defens. Item 9. ad interrog. 11. &c. qui partim ex auditu, partim

ex propria scientia deponunt, daß die Zölnner Episcopo gebient, & quidam addunt, im Türckenzug / Marggräuischen Zug Landgräuischen Zug / vnd daß sich Jörg Zölnner / tempore dissidii, inter Ducem Wilhelmum Saxoniz, & Episcopum Bambergensem mit Wagen vnd Pferdten zu Diensten gebrauchen lassen: Extat assertio iudicialis, in sententia am Saalgericht/Rei publicata, & ad 12. positional. producta.

Ex quibus sane non paruum nobilitatis decus Actoribus accrescere videtur: Feuda enim
50 † nobilitate personas, tradit Bald. in proem. feud. numero 54. Gaül. obseru. 3. i. numero quarto, libro secundo, l. fern. cap. primo. §. persona circa medium. per quos fiat inuestit. cap. primo, colum. prima. vers. item propter dignitatem. de capit. qui cur. vend. & Guid. Pap. sing. 486. versic. in feudatio. & decis. 385. vbi dicit: quod
51 feudum † de sui natura nobilitet: adeo, vt habentes castra cum territorio, & omnimoda iurisdictione, sint exempti à contributione subsidiorum, vt nobiles, licet sint plebei, & non ex nobili progenie. At que ita iudicatum fuisse in Parlament. Gratianopol. decisum.

52 Tertio: Quod † ab Imperatoribus, Regibus, Principibus, Prælatis, Comitibus, & Nobilibus, & ipso denique vulgo, habitus nobiles, & adhuc pro nobilibus habeantur & reputentur. Quemadmodum id non solum ex missiuis, & publicis edictis ad Zolneros, variis de causis ab Ecclesiasticis & secularibus Principibus, Prælatis, &c. conscriptis & transmissis, partim ad 6. articul. positionalem specificatis, partim iudicialiter hic in Camera, literis A. vsque S. inclusiue productis, recognitis: Sed etiam ex Imperatoris Sigismundi Wapenbrieff satis innotescit, in quo titulus Nobilis, ab Imperatore ipso, Zolneto tribuitur, & conceditur, solchs Wapen in allen ritterlichen Sachen zugebrauchen.

Quo ipso Imperator ipsis nobilitatem impertuisse censetur. Princeps enim, † conferendo alicui insignia, nobilitatem ipsam confirmat:
53 Ioan. Rainardt. in tractat. de nobilitat. in 1. question. 3. q. primar. Nam cum insignia sint nobilitum tantum, † Imperator, tribuendo ea videtur & eam
54 qualitatem simul concedere, quæ ad eam defendendam requiritur: argumento leg. quidam consulebat. & ibi not. de re iudic. Tiraquel. de nobilitat. d. c. 6. numer. 6. Immo siue verbotenus, † siue diplomate aliquo summus Princeps in concedenda tali dignitate suam voluntatem edat, non est de ea ambigendum: aut si quis careat testimonio voluntatis Imperatoriz, & tamen tanto temporis spacio eiusdem ordinis sit habitus, vt de hominum memoria non constet, quando ceperit talis reputari, tum delicti de gradu eius ordinis iure non potest: Nam regulariter cursus temporis cuius initium non extat in hominum memoria priuilegii instar est, etiam ad regalia obtinenda. c. super quibusdam. §. pretereæ. de verb. signifi. Vnde cum Actorū maiores, & ipsimet, ab Imperatore ipso non solum nobiles nominati, sed etiam insigniis insu-

per ornati, & cōmuniter pro nobilibus habitus & æstimati fuerint, merito quidem & suo quodammodo iure, adhuc illi ordini annumerādi veniūt.

Imprimis vero, & quarto, † nobilitatem
56 commendant, quod ex actis pateat, quod eorundem maiores, & partim ipsi Actores, in togata & armata militia, à lateribus principum fuerint, ad expeditiones publicas vna cum aliis vasallis nobilibus, non solum requisiti sed etiam armis & equis instructi comparuerint, teste i. ad i. position. & 8. 9. Epistol. In quibus ab Henrico, Episcopo Bambergeni, Michael & Georg Zölnnerum Bischofflichen emreiten beschriben worden: Et testatur literæ Appellat. von Eicher. schreiben / ad sextum articulum producta: Daß Matthes Zölnner / tempore des Marggräuischen Tumults / auff Hochfeld gedient. Et missiua 1. 2. 3. 4. 43. 44. ad sextum articulum special Et missiuis lit. A. B. M. auffgeschritten Zettel / ad 21. position. Qui actus, Zölnner in possessione nobilitatis constituere videntur: Cum omnis, † qui Principis lateri, permittu
57 eius, adhæret, nobilis efficiatur: Angel. l. omnium. lege prima, Codic. qui testam. fac. poss. l. son ibidem numero 1. Pürpurat. l. 1. columna 8. de offic. eius cui mand. est iurisd. & plerique omnes per textum, quem Angel. dicit notabilem, in l. i. in illis verbis: quos nostra lateris comitate illustrat. l. de prapof. lib. 12. vbi tales immunitate dignos dicit Imperator, fac. tex. l. 1. C. de domest. lib. 12.

58 Quinto: † quod Zolneri ab ipso reo ad dignitates, & quidem tales: quæ in primis nobilibus committuntur, adsciti, & contenderint am Saalgericht / ratione honorum suorum, vt ex Breuelbrieff ad 12. posit. & alia sententia, ab Alberto G. in Episcopi Eshengericht / inter Mosber / Actorem tuar temporis lata, ad 29. articul. product Item 16. citationibus, in fine Actorum adiectis.

De officiis publicis apparet ex documentis, daß † sie Schultheissen gewesen. vt ad 21. positionalem: Item Brfundten vnder der Burgermeister
59 Innfigel Item, † fuisse Abbates: Item, haben das Eshengerichte besessen / wie auß dem Gerichtsbuch erscheynt. Quæ dignitates videntur addere ornamentum nobilitatis. Eo ipso enim, † quod Princeps
61 consiliarii munus, alicui demadat, vel ad alia summa exaltat, nobilitare eum dicitur, exemplo Romanorū l. semina. de Senator. & l. i. vbi notat Bart. & l. si Senator. C. de dignit. lib. 12. Tiraq. d. c. 6. n. 20. sunt. n. pars † corporis Principis, l. quisquis. in pr. C. ad l. iud. Maest. vnde Imperator in l. ius Senatorum. C. de dign. lib. 12. seipsum in ordinem horum nominat.

63 Sexto: † quod nobiles ceteri Franconiz, ad publicos eorum conuentus, deliberationes & cōtributiones eos conscripserint, & cū iisdem quoque ad Imperii contributiones pensitant, atque hinc quoque quasi possessionē nobilitatis assecuti sint: Et quidem, quod ad Franconiz nobilitatem vocati sint, ex literis 23. 26. 32. 45. 46. 47. ad 6. positiona. designat. & ex missiuis prius productis apparet. Item † attestantur 20. 30. 33. 37. testes, ad 33. positionalem. Quod vero iisdem nobiles Franconiz, collectas Imperii à Zolneris, eorumque subditis

actis exegerint, docent ex missiuis à 37. vsque 42. ad sextum articulum. Quod denique contibuerint, probatur per duas quietantias, Anno 45. 35. position. Item missiuis, mit der Probationschrift **synommen**. Quibus Actores nobilitatis quasi possessionem acquisiuisse videntur: Cum experientia teste, soli saltem nobiles, ad tales Franciæ nobilitatis conuentus & contributiones conuocentur. Ex his omnibus in vnum collectis, possessio nobilitatis deducta videtur: quæ enim † singula non profunt, multa inuant. *Wesembec. consil. 85. n. 46.* Ideo ex hoc solo capite, aut prorsus immunes à solutione † collectarum erunt. Quia nobiles excusantur, *l. precipimus. l. Senatorum. l. quia. C. de dignitat. lib. 11. Guid. questio. 384. Ioan. Maurit. in l. vnica. Codic. quo loco mulieres munera subire sol. num. 12. Tiraq. cap. 26. num. 66.* Aut, si contribuere teneantur videntur liberari, contribuendo, cum nobilibus Franciæ, ad quod se offerunt, & in hac quasi possessione contributionis, manutendi, nec cogendi, vt, Episcopo collectas soluant: Cum nemo etiam ignobilis, in duobus locis collectas soluere cogatur, & contra bonam fidem sit, idem bis exigi, quia † nullus duplici onere aggrauandus. *Chassan. in consuetud. Burgund. rubr. 9. §. 18. in verb. da illabiles, n. 10. arg. l. onusta. §. cum autem. ad l. Rhod. de iact.*

Sed his non obstantibus, intentionem Actorum, quoad nobilitatem, non esse, fundatam putat. Ad hoc enim, † vt nobilitas Actores ab onere contribuendi releuet, necesse est probent, se esse genere, seu de progenie nobilium, vel saltem in quasi possessione nobilitatis liberæ Francorum, cuius respectu specialibus funguntur privilegiis, quæ ad cuiusvis ordinis homines extensionem non competit. *l. 1. ibi Dd. de constitut. princip.* Hoc autem tantum abest, quod probarint, vt potius contrarium ex actis elucescat. Nam licet negari non possit, eos esse ex familia antiqua, & satis clara: tamen omnes testes Actorum, ad primum, secundum, & vltimum posit. vno ore asserunt, quod maiores ipsorum, & ipsimet, fuerint ciues; & pro ciuibus habiti. Quod ipsum testes Rei, in vltimo additionali confirmant: adeo, vt sola antiquitas familiæ, † ipsis nobilitatem comparare nequeat, nisi simul etiam accedat nobilitas, quæ ex antiquitate illustrior redditur, *Tiraquel. c. 19. in princip. n. 1. 2.*

Non ergo nobilitatē † antiquitas faciat, alias enim sequeretur (cuius contrariū in vsu) omnes antiquas familias esse nobiles; Sed eam saltem ornat, illique splendore attribuit: Hinc *Bald. in §. si miles. de pace tenenda*, dicit, quemadmodū vna hitudo quō facit ver: Ita non intelligi de nobili genere, nisi probaret, q̄ antiquitus maiores fuerint nobiles, *glos. l. stemmata. de gradib. affin.* Quod equidem Actores nostri, neque de maioribus, neque de parentibus ipsorum docuerunt, sed potius contrarium ex depositionibus testium priorum, ad 1. & vlt. positionalem quam Rei ad vltimū defensionalem, & documentis ab eodem Reo datis.

Præterea non releuabit Actores, † quod feudalia nobilia teneant, & eorū nomine seruitia præstant: Nam licet, quod ad alios Principes, constet: Tamen quoad Episcopum conuentum, hoc non satis liquet: Imò aliud docent inuestituræ, quorum tenor attenditur, *cap. 1. de duobus fratribus, à cap. inuest. Wesemb. conf. 34. nu. 37.* vt rectè iudicasse dicatur *Aluarot. cap. 1. numero 2. de consuet. ver. feud.* Vasallum † vincere litem, qui pro se habet inuestituram: propterea, quod per eam probet plene suam intentionem: *cap. 1. in fin. si de feud. defunct. Bald. qua fuer. primà caus. Wesemb. col. 4. nu. 77.* Quia in ipsis de seruitiis personarum, ratione feudaliū bonorum, quæ ab Episcopo habent, præstandis, nulla fit mentio, vnde eiusmodi feuda, nomen proprium feudorum non merentur, quæ potissimum † in seruitiis personalibus consistunt. *Curt. sexta questio. cap. 7. num. 2. & cap. 9. n. 3. part. 1.*

Nec possessiones † nobiles reddunt: Quia res hominibus accedunt, non rebus homines, *l. iustissime. de edil. edict.* Et persona † rem nobilitat, nō res personam, *Masuer. de tallis. vers. l. person.* quemadmodum nec locus † hominem, sed homo locum sanctificat, *ca. illud. dist. 40.* Posito enim, feuda nobilitate personas: quilibet rusticus diues, emendo feudum nobile, fuerit talis, quod *Bald.* dicit, permissum rustico, *ca. 1. de leg. Corrad. quæ sequuntur Aluarot. n. 6. Card. Alex. col. 2. vers. & est notandum. ibid. Panorm. conf. 3. part. 2. n. 12.* Quod fieri negat *Lucas de Penn. l. cum neque, in fin. C. de incol. lib. 12. facit lex 2. Codic. de prad. & omnibus rebus nautic. lib. 12.* Imò si ex feudis † nobilitas acquireretur, sequeretur, 77 quod paupertas aliquem ignobilem faceret, *l. humilem, C. de incest. nupt.*

Quare possessores bonorum † feudaliū, non ratione bonorum ipsorum, sed dignitatis, quæ illis adiuncta est, nobilitantur. *Feudist. cap. 1. de his qui feud. dare poss. cap. 1. in princ. §. cetera, quis dicatur Dux.* dum Feudorum gradus constituunt, eaque tantò nobiliora esse dicunt, quantò maiore cum dignitate coniuncta sunt. Et in hanc sententiam interpretanda sunt iura supra dicta.

Sed ponamus, absque veritatis præiudicio, quod ratione bonorum feudaliū, nobilitatis possessionem assecuti sint: non idcirco tamen ab onere collectarum publicatarum se eximere possunt. Cum nec nobiles † à muneribus patrimonialibus, quibus & collectæ connumerantur, † l. 80 *rescripto, §. si. & ibi gl. verb. incolis, de mun. & honor. immunes sint, l. munerum, §. patrimoniorum ibi Bart. n. 3. l. & qui originem, §. ceteri, eod. tit.*

Ex his decidit *Alberic. de Rosat. d. rubr. num. 7. de mun. & honor. supra dicta. Georg. de Jacob. de homag. n. 60. Tiraq. cap. 20. num. 159. Maurit. in l. vnica, Codic. de mulier. & in quo loco, lib. 12. vers. cum tantum* Qui tamen excipit nobiles, Principum † aulas sectantes, quos immunes à collectis esse pronunciat. Sed nihil aliud pro hac sententia adducit, quam *l. omnium, C. de testameur.* quæ lex, licet præsumat, Principes non esse sine nobilibus, tamen ob hoc † nul-

lum dat priuilegium nobilitatis. Vnde cum text.
in dicto §. patrimoniorum, ab his muneribus, nec pri
 83 mipilarem, † nec veteranum, nec militem, nec
 quenquam alium, priuilegio aliquo subnixum,
 immunem esse dicat, etiam nec tales nobiles ab
 84 eis se excusare posse existimo: si quidem ad publi-
 cas functiones † omnes teneantur, qui non inue-
 niuntur immunes, *l. omnes, Cod. sine censu vel reliquis.*
 quam allegat *Lucas de Penn. l. fin. col. 3. Codic. de fundis*
Limitroph. lib. 12.

Hæc autem declarantur, vt procedant saltem
 85 in bonis, † de quibus nulla seruitia præstantur:
 secus autem in iis feudis, quæ ad personalem præ-
 stationem domino sunt obstricta, *Luc. de Penn. d. l.*
final. Quod feudatarii regni, non cogantur con-
 tribuere, quando seruitia præstant, sed de bonis
 aliis eorum, pro quibus seruitia non præstant:
 Hanc adducens rationem, q̄ non duplici onere
 debeant grauari, argum. *l. nauis omisse, §. aut. C. ad*
legem Rhod. de iact. Andr. de Isern. Aluarot. Præpos. & Af-
fluct. cap. 1. verb. plaustrorum, quæ sunt regal. ex regula l.
eum qui, de iureiur. Iacobin. in dicto tractat. de homag. n.
63. Tiraquell. cap. 20. n. 6. Et licet *Maurit. in supra citato*
loco existimet, hanc rationem satis leuem & ieu-
 nam esse, tamen nec ipse ab hac sententia disce-
 dit, sed hoc potius ideo statutum existimat, ne
 natura bonorum feudaliū alteretur, quæ iure,
 ad personalis operæ præstationem sunt destinata,
 tamen se tandem remittit ad loci consuetudi-
 nem.

Nec obstant prædicta in contrarium adducta,
 86 quia itra communia † (vt dicit *Lucas de Penna, in*
dict. l. mulieres) partim loquuntur de nobilibus ex
 dignitate, partim de militibus, castra sequentib⁹,
Tiraquell. dict. cap. 20. n. 159. sic etiam *l. non tantam, de*
excus. tur. Nobilibus plenam sibi, vt dicit *Maurit. d.*
l. vnic. fol. 133. vers. cum tamen. ex ea immunitatem
 vendicantibus, patrocinari nequit.

Ex iam dictis, adhuc aliud videtur reliquum:
 87 nam si sola nobilitas † non per se, sed propter serui-
 tia, ratione feudorum, in vasallos collata, vaca-
 tionem præster: adeo vt etiam ignobiles, quibus
 ratione bonorum feudaliū, eadem necessitas
 feruendi, Principibus in expeditionibus ingruit,
 à tali onere immunes sint, quemadmodum post
Chassan. in cons. 64. viso processu, vers. ad primum. Tiraq.
d. c. 20. n. 164. Luc. de Penna. l. fin. col. 2. C. de fund. limit.
lib. 11. dum dicit: non admittendum esse, quod

88 nobiles non contribuunt, † quia sunt nobiles,
 cum hoc nulla vnquam lege caueatur: cum per-
 sonalia officia præstent Episcopo, & ad expedi-
 tiones publicas, cum aliis nobilibus conscriban-
 tur, etiam si nobilitatis quasi possessionem non
 deduxerint, nihilominus tamen, propter serui-
 tia, alio etiam onere, collectarum, grauandos
 non esse. Sed huius dubii resolutio ex ipsis ac-
 tis & depositionibus testium, manifesta est.

89 Primò enim † inuestituræ Episcopi ad quartum
 positionalem adductæ, testantur, quod bonis,
 quibus ab Episcopo inuestiti sunt Actores, nulla
 seruita deberi.

Quibus adminiculatur responsum † Episcopi 90
 Bambergensis, senatui Norimbergensi datum, de
 Anno 6. ad 14. positional. productum. Accedunt
 testes, † vt *l. 19. 26. ad 4. defensionalem, & ad 1. 2. 91*
 interrog. eiusdem, vbi deponunt, daß wegen des
 freyen Hauß die Zölnier ein Pferd halten/te. Idem
 confirmat testis 1. ad 2. interrog. 23. addition. daß er
 in Echenbüchern gefunden. Cum itaque Actores de
 reliquis bonis suis, præter ædes liberas, nulla ser-
 uitia debeant, communia eorundem onera sub-
 terfugere, & sic collectæ solutionem recusare il-
 lis minimè licebit: etiam si nobilitatis quasi pos-
 sessionem satis superque demonstrarint. Nam, vt
 supra dictum, nobiles quidem ipsi † de bonis iis quæ 92
 seruitiis suis non redimunt, collectis subiacent:
 cessante enim † causa priuilegii, quæ in seruitio- 93
 rum præstatione consistit, cessat & ipsum priui-
 legium.

Nec repugnat, q̄ à *Tiraq. d. ca. 20. nu. 162. ex Guid.*
Pap. decis. 582. adducitur, q̄ nimirum absque dele-
 ctu bonorum allodialium, vel feudaliū, nobiles à
 Talliis immunes sint. In quam sententiā inclina-
 re videtur *Thom. Parpal. l. placet. nu. 25. C. de SS. Eccles.*
allegat Bart. in l. Paulus. in fi. de acquir. hered. vbi dicit
 q̄ mutatione personæ, † mutetur priuilegium & 94
 conditio rei. Quia hoc ex illo opinionis errore
 prouenit, q̄ *Guid. Pap.* nobiles non bonorum, sed
 ipsius nobilitatis gratia, contra leges & rationes
 supra adductas, à collectis putauerit liberos.

Sic quoque *Parpal.* fundamentum concidit,
 personæ enim nobilium non ita sunt priuilegia-
 tæ, sicut Ecclesiæ, à quibus arguit *Parpal.* Sed pri-
 uilegium, † propter quod nobiles de feudaliis 95
 bonis collectas non persoluunt, seruitiorum po-
 tius, quam personarum consideratione ipsis com-
 petit, *Tiraq. d. c. 20. n. 165.*

Quamuis autem ex actis constet, neque etiam
 Reus diffiteatur, quod respectu aliorum bono-
 rum, quæ Zolneri in ducatu aliorum Principum
 possident, seruitia præstant, cum aliis vasallis no-
 bilibus communia: tamen ex eo Episcopo con-
 uento præiudicium aliquod generari non po-
 test, cum, quoad ipsos, liberas ædes habeat, *l. loci*
corpus, §. competit, si seruit. vend. atque haud rarum
 sit, vt quis † vno loco nobilis, altero ignobilis, 96
 vt *Bart. l. 1. sub num. 62. 81. Codic. de dignitat. lib. 12.*
Plat. ibid. vers. ex his. quia loci & temporis idem est
 iudiciū, *l. vnum, si certum pet. l. fin. de trit. vin. & oleo.*

Collatio insigniorum † ab Imperatore facta, 97
 non nobiliores reddet. Quia præterquam q̄ illa
 conueniunt cum aliis ciuiū insignibus, &c. Non
 enim † sine priuilegiorum concessione eximunt
 aliquè numero plebetorū, sicut nec virtus, † que 98
 tamen præcipua causa est omnis nobilitatis, nisi
 per Principē in eum ordinem collocetur, q̄ tamē
 ex productis insigniorum literis factum esse nō
 constat: quia ea dignitas † plane est iuris ciuilib⁹,
 non nostra voluntate, sed à Principe paratur, *La-*
gus part. 2. c. 20. n. 12. Bart. d. l. 1. C. de dignitat. lib. 12. nu.
61. dicit, † esse datiuam, non natiuam, ita vt quis 100
 propria authoritate crimen falsi incurrat, *Ioh.*
Plat.

Plat. d. l. i. col. 2. vers. & ex his, Codic. de dignit. per l. eos, de fals. vel in l. iul. maieft. committat. Bart. d. loco. n. 64. part. 3. ad l. iul. maieft. c. 1. de reg. iur. in 6. Eadem quoque ratione ex sola nominatione in literis insignitorum nobilitas non acquisita dicitur. Nam licet ipse Papa aliquem ita nominet: *Clem si summus*, de sent. excommun. sic quoque Princeps non nobilitasse censetur, *Castrens. consil. 123. dubitatur primo, an Comes*, n. 8. 9. lib. 2. *Tiraq. c. 20. num. 23. Paris de Put. de re milit. lib. 7. c. 1. num. 13. post Bart. in dict. l. 1. in fin.* dicit, verbaliter eum esse nobilem, qui nobilis reputatur ab Imperatore. Ex eadem ratione nec missiua & vel litera priuatorum, in quibus nobilitium titulo ornantur: cum sit scriptura priuaa, quae tertio non praeiudicat, *Bald. in rub. C. de fid. instrum. col. 3. Bart. d. loco. n. 64. ibi Plat. arg. l. si constat, de appellat. c. 2. de elect.*

105 Sic quoque vulgi varium & incertum praeconium non releuat: quandoquidem iura improbent, quem vulgus & communis opinio hominum, nobilem aestimat, *Castrens. consil. 22. visis omnibus*, n. 4. lib. 2. *Guid. Pap. decis. 88. n. 2. circa med.* per doctrinam *Bart. d. l. i. n. 97. C. de dignitat. li. 12. Tiraq. d. c. 20. n. 6.* Haec enim communis fama non sufficienter deducta est. Quidam namque testes, vt primus, 17. 29. 30. ad 1. posit. & 42. interrog. general. ante artic. deponunt, *Dass sie alte Eeint vntd sich zum Adel geheyrat/ auch den Adel kaufft haben sollen.*

106 Quae tamen nobilitas, & quemadmodum scientia, *l. i. §. est quadam, de var. & extraord.* precio comparari non potest, *Tiraq. c. 7. n. 14.* Quidam verò testes, vt 6. 10. 19. 29. ad 24. interrogat. generale, eosdem nobiles sua depositione declarant. Quidam, vt 3. 4. 5. & c. ad 3. & 42. interrog. general. in dubio relinquunt, quales sint. Quum plurimi tandem deponunt, ipsos, eorumque maiores, fuisse & esse ciues, & adhuc pro ciuibus haberi. Quibus ad stipulantur omnes ferè testes Reorum, ad 4. de fenf. vt ex hac varia & diuersa testium depositione magis eos ciues, quam nobiles iudicandos existimem.

Præterea nec propter dignitates. Quod enim Episcopum comitati sunt, & equis seruitia praestiterint, id cum aliis ciuibus commune ipsis fuit, testante hoc ipsum experientia quotidiana, quod videlicet non solū nobiles, sed etiam ciues aulam sequantur. Et quod alii æquè seruitia equestria, vt Zolneri, praestiterint, dicit 1. testis ad 4. defension. & alii alibi.

Sic etiam non releuat, quod quidam *Oberschultheiß/ am Saal oder Lehengericht geseßent*: quia & alii ciues eadem gesserunt.

Superest nunc vltimum Actorum argumentum, quod videlicet in quasi possessione contributionis cum Nobilibus Franciæ fuerint, & ad publicos eorum conuentus vocati: Ergo etiam in illa quasi possessione manutenendi. Ideo nec per Principem auferri potest, & ne iniuriarum inde nascatur occasio, vnde iura nasci debent, *l. munerint, C. vnde vi. l. exprimere. vbi Bald. Cod. de duobus Reis. etiam si talis possessio sit iniuta.* Nam si actius

ipforum possessio examinetur, & ad originem eatur, *l. i. 2. de orig. iur. ex Rotulo Rei & Actorum* apparet, quod ipsorum maiores, parentes & Actores, ab vniuersis & singulis, pro ciuibus habiti, & publicis muneribus cum aliis praefecti, & in eius iuris possessione semper fuerint, vt proinde Actores, tanquā successores intelligantur, eandem maiorum suorum possessionem, ex eodem iure & titulo continuasse, *l. i. de regulis iuris l. cum heres, de diu. & tempor. praescript.* Nam mutatio non praesumitur, & nisi probetur, *l. si filius, de probat. l. siue possidetis.* per regulam, quod non mutatur, quare stare prohibeatur, *l. sancimus, C. de testamentis.* Quinimò nemo & sibi ipsi causam possessionis, maximè in praedictum tertii, mutare potest, *l. possideri. 3. §. illud, l. qui bona, §. 1. de acquirenda possessione.* Et licet de An. 1542. Actores à nobilibus Franconiæ, ad contributiones requisiti sint, atque etiā An. 45. contribuerint, quod testantur missiua, & iudicialiter exhibita alia, quod ipsum huic liti ansam dedisse videtur: tamen cum ille ipse actus sit nouus, & vix vnus aut alter, & quemadmodum testis 2. ad 2. interrog. 33. positionalis deponit, *Dass sie nur auff zween Ritters Täg beschreiben.* Ex illo non potest induci possessio, *Wesemb. d. conf. 20. n. 6. Pap. sing. 236.* Nota, & quod ternus actus possessionem tribuit *Bart. l. i. de itin. actus priu. Euerh. conf. 107. n. 10. venerabilis:* & ex hac ratione Canonicis denegatur restitutio possessionis decimarum, *c. decimas, de restit. spoliat.* Cum itaque ius commune, propter breue temporis spacium, quo Actores ad contributionem conscripti sint & etiam contribuerint, ipsis repugnat, possessio etiam hæc illis commodo non erit: siquidem illa, contra ius obtenta, nihil iuris confert, *c. quod contra, de regulis iur. in 6. Wesembec. conf. 4. n. 28.* Quippe cum hæc Actorum possessio & sit noua & recens, & à possessione maiorum suorum aliena, praesumitur clandestina, *Abb. cap. si diligenti, n. 20. de praescript. Bald. l. non ignorabit, C. ad exhibend. versicul. si vero.* Præterea etiā de actuali numeratione, & contributione collectarum Actores, nisi de An. 45. plane nihil probant: ex qua cum hæc liti orta sit, nullum ius possessionis Actores extorquere poterunt, praesertim, cum ex dictis testium Reorum pateat, quod ad quorundam intercessionem Zolneri ad contributionem admitti sint. Sicut deponit testis octauus ad 34. defensionalem, testis decimustertius ad 34. defenf. & ad 32. addit. vbi etiam testis octauus dicit. quod *H. & Zöllner zu Schweinfurt nicht gelassen* & testis 30. ibidem, & ad 33. addit. deponunt. Accedit testis tertius ad 33. positionalem.

Ex iam relatis depositionibus testium constat, possessionem Zolneri esse vitiosam, & propter ea illis non prodesse, *Mench. de adipisc. possess. remed. 3. n. 603.* vt in simili dicit *Bar. l. siue autem, de publican. §. duobus. Concludit, quasi possessionem nobilitatis & contributionis, non esse probatam.*

Accedendo nunc punctum priuilegiorum immunitatis, secundum quod priuilegium confirmationes subsequentes intelligendæ sunt, *Bald. in l.*

nomina

nominationes. in fin. C. de appellat. inquirendum venit, An & in quantum Actores releuet, & num ad eorum subditos extendi possit. Quod ex verbis priuilegii desumendum. Non extendendam
 114 contra ius commune, † & constitutiones Imperii; Item contra ius tertii, dicit *Ias. in l. si quando. nu. 3. C. de inoff. testam. Wes. conf. 78. nu. 8.* multò minus contra dominum interpretanda, *Wes. con. 73. n. 6. Schurf. con. 59. n. 29. cent. 1.* Imò priuilegiū esset nullum, *Bald. Bart. d. l. iubemus, de SS. Eccles. notab. 2.* Vergeret enim † in damnum & præiudicium def
 115 *Stiffis*, quo casu beneficium Principis strictissime interpretandum, *Ias. l. 1. nu. 32. de constit. Princip. cum concessio ea iuri communi repugnet, leg. si quando. ibi glo. de inoff. testam.* Quod ius Episcopo non competit, quia ipse dando immunitatem, contra ius, immunitatem donaret: quæ donatio,
 116 cum † publicum bonum offendet, ipso iure nulla est, *c. 2. de donat.* Nam conditionem † Ecclesiæ meliorem, non deteriorem reddere Episcopus debet. Quis autem fingat & somniet, Episcopum
 17 *Beth.* à quo priuilegium primò venit, calamitosum illum & improuifum incursum Turcæ, antea multos annos præsentiscere potuisse, præiudicasse, aut vnquam cogitasse. Imò nec Imperii status omnes id ipsū periculum coniecturare potuerunt. Sed ob necessitatem, † omnibus Imperii
 118 subditis indefinitè, huiusmodi contributiones impositæ sunt, vt *Abschied An. 4. 2. 4. attestantur; Ioan. de S. Georg. de homag. 1. glof. nu. 36. cap. peruenit, de immunitat. Eccles. Mynsing. consil. 64. n. 13.* Sed positò, quod in genere de casu eiusmodi necessitatis esset cogitatum: tamen per Imperii recessus esset derogatum.

Denique ea priuilegia aduersantur nobilitati magis, quàm quod eam confirmet. Nam cum Actores pro se hæc priuilegia produxerint eadem etiam cōtra se retorqueri patiantur necesse est, ex iustissima regula, *quod quisque iuris in alium, &c.* Facit *Marth. Afflict. c. 1. §. in quibusdam, n. 17. de consuetud. rect. feud.* Constat autem ex illis priuilegiis, quod nominantur ciues Norimbergenses & Bambergenses, & minimè nobiles fuerint: ideo non nisi ex speciali priuilegio sibi arrogare possunt: non opus fuisset priuilegio, si nobiles fuissent, vel, vt deponunt testes 6. 26. ad 15. addit. licet autem 5. 11. diuersum dicant, tamen illorum dicta declarat *Reus von Wachen vñnd Buchengelt.* Concludit, nec vigore priuilegiorum assertorū, Actores à collectis publicis Imperii, non se nec subditos eximere posse.

Vltimo loco videndum, An eo ipso, quod nunquam Episcopo Actores collectas soluerint, libertatem affecti dicantur, & præscriptione feruari possint, quod postremum eorum est refugium. Et prima quidem fronte dicendum, quod sic. Nam testes ferè omnes ad 16. artic. positionalem deponunt, quod *Zolneri* Episcopo nunquã dederint collectas, test. 14. ad eundem. Sed ius
 119 collectarum tollitur, † per non usum, spacio 40. annorum, *Corn. conf. 142. n. 12. part. 3. l. iubemus, C. de*

fund. patrimon. lib. 11. quem textum etiam ad immunitatem à collectis applicat *Dd. Bart. conf. 59. incip. commune Spoletum.* decidit, quod propter obligationem, certa seruitia, & vltra nil amplius præstitit, quod in posterum eis non possint imponi *Alex. con. 30. vol. 5. vers. quoad quintū. Roman. con. 198. & 252. n. 4. idē concludit Balb. 2. q. 2. part. 5. part. princip. Bart. in l. licitatio, §. earum, de publican. facit, quod fauorabilior † est præscriptio libertatis contra seruitutem, quam e contra, *Soarez. conf. 3. vers. ad 2. questionem, n. 30. Alberic. de munerib. & honorib. n. 9. Balb. 6. q. 3. p. 5 part. princip.* Confirmatur argumento ex natura oppositorum: quod enim † operatur oppositum in opposito, idem operatur propositum in proposito, *l. si ex toto. ibi Ias. de leg. 1. l. si mortis, in princ. qui & à quib. manumiss. lib. non fiant.* Oppositorum enim eadem est disciplina. Sed præscriptio collectandi † & immunitatis, sunt opposita, sicut
 122 seruitutis & libertatis: Ergo. Idquæ eo magis, cum prætenfa libertas, colore priuilegiorum, titulo fulciatur, eo quod Actores, vel eorum parentes & maiores semper Episcopo contribuerint. Quod non solū ex supra enumeratis testium dictis probatum, sed etiam ex ipsius Episcopi iudiciali confessione (*in der Probation vñd Exceptionschrift* dum dicit, daß hiebevordes *Stiffis* Notturfft nit erfordert hab) notorium est: ex longo vlu certam interpretationem immunitatis recepisse videntur, quod videlicet nec in posterum Actores contribuere teneantur, sed priuilegiorum vigore allegatorum, etiam in casu necessitatis, sint immunes. Verba enim † ambigua ex consuetudine & modo vtendi declarati, *arg. l. semper in stipulationib. de reg. iur. l. si seruus plurium, de legat. 1. l. minus, de leg. 3. Bart. in casu fere simili, d. conf. 59. n. 3.* Sic etiam *Bomanus. consil. 27. n. 4.* in casu non admodum dissimili, ex longo vlu interpretatur concessionem generaliter factam, &c. quia voluntas † verbis & factis demonstratur, *Roman. conf. 96. n. 4.* Nam facta magis † declarant animum, quàm voluntas, *c. dilecti. ibi Dec. notab. 2. de appellat. Ias. in l. reprehendēda, C. de instit. & substit.* Et hæc quidem non solum in collectis prouincialibus in *Sandstetter* sed etiam publicis pensis rationibus, ex recessu Augustano, Anno 48. constare, vbi illis, qui se à contributione Imperii eximere volunt, permittitur, vt doceant, se legitime præscripsisse.*

Quamuis autem † contra Imperium præscriptio non currat: tamen saltem contra Episcopū, cum quo Actores potissimum contendunt, militare videtur, vt Actores, præscriptione tui, Episcopo contribuere non teneantur, sed Episcopus solus (vt hactenus factum, ex sua confessione, in *der Probationsschrift* ex arario suo persoluere teneatur) vt in simili consuluit *Panor. conf. 26. vol. 2. n. 5.* dum concludit, quod quamuis contra procuracionem legatorum Papæ, & diœcesis, non currat præscriptio: si tamen Clericus alicuius diœcesis, solus, vltæa memoriam hominum, sustinuit huiusmodi onera & procuracionem, nec vnquã aliquid à monasterio illius diœcesis exactum vel
 per-

persolutum fuerit, possint se monasteria iuuare ex præscriptione, non quidem introducendo eam contra legatos Papæ, aut Episcopum, sed contra Clerum, qui onera solus tamdiu sustinuit, vt vigore præscriptionis, teneatur soluere pro illis, & præscriptionem huiusmodi valere. Idem *Panorm. conf. 94. vol. 1. vbi latè in hanc sententiam Felin. c. accedentes. n. 10. de præscript.*

Sic hoc casu, cum non tractatur de aliquo præiudicio Imperii, sed tantum Episcopi. nempe, vt Episcopus de suo contribuatur, & Actores contra ipsorum priuilegia, libertatem & præscriptionem non aggrauet. Nam in hoc Imperio nihil decederet, sed Episcopus Actores in eo, vt ante fecit, liberat, & Imperio satis facere tenetur. Et videtur ius suum negligentia sua amisisse, *Ias. leg. cum quid. lect. 2. si cert. pet. fac. l. omnis. C. de annon. & tribut. l. fin. §. si quis. de public. glos. in l. vacuatis. C. de decur. lib. 10.* Hinc in recessu Augustano, An. 48. vers. vnd als durch die Kriegsverordneten / permittitur, vt quidam status eximantur: ita tamen, vt eximentes soluant pro ipsis.

Sed nec hæc releuât Actores, quia præscriptio prætexta, in qua se fundant, nõ est probata: testis. n. 1. 2. 3. 4. 11. 17. 20. 21. 23. 30. ad 16. positio. expresse dicunt, daß die Zöllner/oder ihr Untertanen/nichts geben / dann wann der Adel geben hab. Ergo non semper immunes fuerunt. Cui autem dederint, de eo non constat, nisi, quod primus testis dicat, *Daß sie es ihre Junckherrn gebè.* Præsumitur ergo, vt ex quietatione constat, Anno demum 45. cum nobilibus Franciæ contribuere inceperint, quod ante illa tempora, Episcopo, tanquam domino feudi, dederint: ita testis 18. ad 16. position. rationem adponens: *Dann die Zöllnerischen müssen zu höchster Rechte nehmen vnd geben.*

Hinc dicit Rei testis primus ad 15. defensionalem, quod nesciat, *Daß Zöllners Untertanen jemals gefreyet gewesen / sondern was andere / bey Lebzeiten Matthes Zöllner gethan / haben sie auch gethan.* Item, Actorum testes 14. 25. 26. 27. 28. omnes dicunt, *Daß seyther dem Bayren Krieg Steuwer gegeben worden.* Sed cui datum, & quibus registris probetur, non constat. Ex quibus dictis sufficienter patet, libertatis præscriptionem non satis edoctam.

127 Ad hoc enim, vt probetur † huiusmodi immunitatis possessio, requiritur tempus immemorabile, *l. hoc iure. §. aqua ductus, de aqua quotid. cap. super quibusdam. §. praterea. ibi Panormit. de verborū significat. c. cum nobis. n. 11. de præscript.* Qui insuper requirit

128 patientiam & scientiam Principis, † sine qua, secundum placita Interpretum, possessio iurium pro nulla habetur, *l. 2. ibi Bald. de seru. & aq. l. quoties 9. de seruit. Balb. 2. part. 4. part. princ. q. 1. nu. 10. & 15. Coarruu. c. possessor. part. 2. n. 8. de regulis iuris, in 6. vbi dicit, esse communem, & Panormit an. c. 29. de præscript.* Ultra hæc duo requisita, *Alexander in confi. 136. incip. in causa & lite pendente, vol. 2. col. pen. tria* adhuc exigunt substantialia in præscriptione eiusmodi iurium: Primo, † probet, se requisitum, vt soluat col-

lectas, *Bart. in l. in filiis. C. de decur. lib. 12.* Secundo, † vt probet præscribens, aliquod factum, ex parte sua interuenisse, puta contradictionem: alioquin per non vsum † non præscribitur libertas, *leg. hæc autē iura. de seruit. ut. vrb. præd. Tertio, † bona fides Bar. tol. l. 1. C. de seruitur.* Hæc omnia coniuuctim sunt probanda, *c. 1. de præscript.* adeo vt nisi cum omnibus † qualitatibus præscriptio probetur, deficiat ipsa, vna aliqua qualitate tantū deficiente. *Franc. & Dd. argum. c. 1. de præscript. in 6. Balb. in tract. præscript. part. vlt. part. 3. princ. q. 3. n. 7. Wesemb. conf. 4. nu. 9.* Et ratio est: quia præscriptio, † cum sit facti, in dubio non præsumitur, *Bart. conf. 82. n. 7. vol. 1. Wesemb. conf. 11. n. 23.*

Sed hæc non probata: imò contrarium ex Rotulo vtroque in 16. posit. 32. 33. addit. patet.

Nec obstant iura, pro altera sententia in contrarium adducta: nam illa, secundum hæc, declaranda veniunt, concurrentibus videlicet his iam dictis requisitis. Sic nec impedit, quod Episcopus hæctenus non exegerit collectas, quia his opus hæctenus non habuit, vt dicit in *Probationsschriffte Natta confi. 146. n. 15.*

Ex his omnibus concludit, intentionem Actorum, tam quoad quali possessionem nobilitatis quam præscriptionem immunitatis, non esse probatam. Quo posito, de elisione non multum curandum, sed absque cunctatione pro Reo Episcopo pronunciandum. In causa enim † possessionis ambigua Reum absoluendum, *Menoch. remed. 3. retinend. 758 facit l. Arrianus, de action. & oblig. l. fauorabiliores, de regulis iur. Dec. confi. 564. n. 2.* Sic etiam Imperator ipse, in *l. qui accusare, de edend.* Idque eo magis, cum Reus non solum possessionem nobilium priuilegiorum, contributionis & immunitatis, cuius prætextu Actores sese à collectis, quoad Episcopum, eximere conantur, satis superque in suis defensionalibus & additionalibus, eliserit. Sed etiam insuper ex recepta Germaniæ consuetudine, iure communi & speciali constitutionum Imperii, intentionem fundatam habeat. Et quidem de consuetudine Germaniæ, † Reo, vt Principi Imperii, propter regalia, ius collectandi competit. Cui adminiculatur ius commune, † quod Principi eandem in suo territorio, quam Imperatori in Imperio, attribuit potestatem *Felin. in c. 1. c. qua Ecclesiarum, n. 32. de constit. Zas. confi. 1. nu. 21. lib. 2.* De iure verò speciali, † ex recessibus Imperii de An. 42. 44. eidem Reo, propter domiciliū, quod in eius territorio Actores habere in confesso est, collectandi ius conceditur. Itaque, saluis dominorum votis, Reum absoluendum puto: compensatis, propter probabilem litigandi causam, expensis. In quam sententiam in puncto attentatorum similiter Reum absoluo.

Votum aliud in eadem causa.

D. X. Quoad procuratoria, & iurisdictionem, cum domino Referente. Nullitates † in Rotulo Rei deprehenduntur aliquot: Primo, † quod vnus Actorum solus citatus, comparuit. Secundo, † (quod scrupulo non videtur carere) quod

Commissarii sine Iudicis mandato, qui tantum
testium examen ab initio commisit, documenta
Rei transumpserint.

- 142 Nec obstat, quod quarta dilatio permittit do-
cumenta transsumere: ea enim decreta & Commis-
sariis insinuata fuit, omni negotio commissio-
nis iam finito. Mandatum autem & futura tan-
tum respicit, ad præterita retrotrahi non potest, l.
si vero 12. §. si post mandat.

- Deinde nihil officit, quod Michael in trans-
sumptionem consensit, quia delegatio iurisdi-
ctionis, & de casu ad casum prorogari non potest:
idque contra Innocent. communi opinione rece-
ptum est, Bened. Capr. reg. 53. nu. 55. verb. iurisdictio, in
communibus opinionibus. Verum respondet: cum ni-
hil Actores de eo exceperint, tacita eorum com-
probatio, documentis sic transumptis, robur ple-
num ad probandum addidit. Quamvis enim sub-
stantialibus iurisdictionum & partes renunciare
non possint: tamen acta nonnulla, nulliter facta
ad fidem faciendam approbare possunt; & suffi-
cit ad hunc effectum etiam tacita approbatio,
Felin. in c. de causis, nu. 6. de offic. delegat. Rota decis. 8. de
offic. delegat. in nouis.

Quæ actio.

- In puncto mandati, quoad eius pœnam, cum
domino Referente concludit, eamque ad exa-
minationem pœnæ, & ob spretum Iudicis præceptum,
tantum locum habere Oldendorp. ostendit, classe
prima act. 2. Et quamvis stricto iure defendi pos-
set, duntaxat Iudici, ad defendendam & iurisdic-
tionem, eam competere: per ea, quæ Oldendorp. d. loco
& Zaf. in paratit. & lectur. ad d. tit. si quis ius dicent. ad-
diderunt: tamen in magna Interpretum dissensio
ne, vsus & consuetudo iudiciorum, quæ pro le-
ge est, utriusque, & parti & Iudici assignauit, quod
in Camera sequimur, ut multoties decisum.

- Quoad causam principalem, conclusio libelli
& actionem in factum, ex interdicto Vti posside-
tis præsupponit. Narrata & potius petitorium,
quam possessorium respiciunt, in tali dubio pri-
mo ex intentione, & secundo ex commodo, & v-
tilitate Actoris, actio est ponenda, l. si quis intentione,
de iudic. cap. litera, de dilatione. Socin. in ea significantibus,
numero 62. & cap. dilecti filii, numer. 53. de libelli
oblit.

- De possessorii deductione, nullum est dubi-
um. Quod autem & petitorium Actores simul
intentare voluerint, apparere videtur ex Excep-
tionis scriptis, & finalibus conclusionibus, ubi li-
quido asserunt, causam hanc quæstionem status
concernere, & sic ad præiudiciales actiones perti-
nere, quæ ad petitoria iudicia proximè accedunt:
quæ cum vi & potestate actionum in rem, & illi,
pro quo, siue contra quæ iudicatum, ius, veluti do-
minii ac proprietatis, vel tribuunt, vel denegant,
l. si si libert. ingen. dic. l. 2. §. quidam, de interd. l. 3. in princ.
de lib. agnosce. Et ex re Actorum erit, ut si in possesso-
rio superiores non possint esse, in petitorio iura
ipsorum executiamus, maxime cum probatoria
ad petitorium potius accommodentur.

Concludit itaque, interdictum vtile, Vti pos-
sidentis, & cumulatam cum negatoria: quæ non
tantum pro seruitutibus, sed pro quibuscunque
iuribus aliis incorporalibus, quæ naturam serui-
tutum sapiunt, (Zaf. in intellectu. singul. c. 11. lib. 1. ser-
uitutes reales innominatas appellat, tangit, consil.
6. n. 3. vol. 2.) competit. Bald. ad rubr. C. de usufr. nu. 1.
Fab. in §. eque, n. 2. Zaf. ibid. in fin.

Non obstat, quod petitorium cum possessorio
retinendæ, & nisi cum ad diuersas possessiones
agitur, propter contrarietatis obstaculum cum-
ulari non possit, Iaf. in l. naturaliter, §. nihil commune, n.
98. Respondet enim, in vindicatione rerum in-
corporalium id locum habere, in seruitutibus,
ac & aliis iuribus incorporalibus, per confessori-
am vel negatoriam asserendis vel negandis, Ac-
tor non tantum dominus, vel quasi, sed etiam
possessor, vel quasi, esse potest, cum hic proprius
dominii, & vel alterius iuris, rei inhærentis effe-
ctus sit, ipsa re vti, ac de ea per actus possessorios
liberè disponere, l. in re mandata, C. mandati. Quia
& cumulationem nostram Iaf. in dicto §. nil commu-
ne, n. 98. stabilire videtur, ubi inquit: Si solum con-
cludo super declaratione iuris mei, nulla repu-
gnantia est, quo minus simul, & eodem tempore
cumulari possint, petitorium & possessorium re-
tinendæ. Addo, quod Lanfr. in rubric. de caus. pos-
sess. & propriet. part. 5. versiculo quarto, conclusiue asserit:
cum ab initio confessoria & instituta est, pendente
lite, possessorium retinendæ posse cumulari.
Quare nulla causa est, cur non & ab initio fieri
possit. Quod si autem hæc coniunctio dominii
non arriserit, vult insistere petitorio: atque id in
hac causa, suffragante intento Actorum, præua-
lere putat, eoque proposito, defectum conclusio-
nis & in petitorio, vis clausulæ salutaris supplebit.
Panormitan. in cap. cum dilectus, n. 32. de ord. cognit. Iaf.
d. §. nihil, nu. 191. Socin. d. c. significantibus, nu. 88. Gabr.
commun. opin. lib. 6. de clausul. conclus. 4. n. 16.

An probata.

Ex edicto, Si quis ius dicenti non obtemp. in fine
attinget.

Quoad merita causæ principalis, duo præmit-
tit. Primum est: agi in nostra causa tantum de vni-
uersalibus Imperii collectis, non de particulari-
bus singularum prouinciarum in imperio. Et
ad illas collectas, & propter pragmaticam sanctio-
nem, siue imperii recessum, teneri omnes, qui
impetto subiecti sunt, nisi ipsa lege expressè exci-
pantur.

Alterum est, nobiles in Francia, & Sueuia, & ad
Rhenum, ab eiusmodi collectis esse immunes,
tum quod ex notoria consuetudine liquido con-
stet, tum ex Abscheid videtur, videlicet de Anno
42. 44. §. dem nach haben wir / similia in aliis etiam
recessibus. Obligationes autem non sunt libera
voluntatis, sed necessitatis, l. sicut, Codic. de oblig. &
action. Et collectæ & imponuntur ab illis, qui iu-
bendi habent potestatem, l. munus, de verb. signif. Iam
ad probationes.

Interdictum Vti possidentis, & cum actione ne-
gatoria

gatoria hoc habet commune, quod à parte Rei constituat turbationem: eaque nostro casu probatur eo ipso, quod Reus se in iudicio opponit, & possessionem libertatis negat, *Menoch. remed. 3. num. 467.*

166 Deinde † in interdicto, *possessio vel quasi*, in actione negatoria, præcipuè dominium, vel quasi, vel aliud quoddam ius à parte Actoris ponitur.

167 Nostro casu, in possessionis investigatione † id im primis obseruandum, non agi hic principaliter de quasi possessione immunitatis: Actores tenim ad solutionem collectæ, An. 44. indictæ, quæ est causalitatis, sese offerunt, sed non Episcopo, tanquam subditi eius, den *Unterynnemmerin/sondern in die Ritter*: quem admodum hanc eorum intentionem, die *Protestation* Actorum, & probata ad 36. positionalem attestantur.

Itaque potissimum in controuersia est: An Actores sint in possessione contribuendi in die *Rittertruhsen*: illo casu, quod ad collectarum solutionem tenentur, atque etiam se exigi patiuntur. Hanc quasi possessionem probatam nusquã videt. Non probant hoc, die *Quittung*/ad artic. 35. productæ, cum vix mensis spacio, ante mandati primi impetrationem signatæ, cuius mandati argumentum, patientiam Rei, ab Actorum solutione longè remouet. In iuribus autem † incorporalibus, vltim, cum patientia aduersarii, ad possessionem inducendam concurrere, oportet *l. quoties, de seruit. l. 7. C. de seruit. & aq.* Præterea Actorum testes, nempe secundus, *der acht Jahr der Ritterschafft Schreiber gewest*/ tantum deponit de solutione der *andern Steuer*/ quam constituit, esse illam de Anno 44. de pœna, se nescire dicit. Eaque haud dubie est illa, quæ Anno 42. indicta & posteriori, de Anno 44. ratione *des gemeinen Pfennings*/ per omnia fere similis est. Ad rem nihil faciunt duæ missiæ, simul & semel ab ordine nobilium Actoribus missæ, & ad sextum positionalem articulum productæ. Neque enim, quod tunc temporis vocati comparuerint, & collectam soluerint, probantur: possessio autem nostra † factum requirit, & ab actu corporali proprio, siue eorum, qui nostro nomine quid agunt, tantum incipere potest, *l. 3. in princip. l. qui iura 41. de acquir. possessio. toto titulo, per quas personas cuique acquir. l. 1. C. eod.*

Ad hæc notandum, Da das gemeine Aufschreiben an die gemeine Ritterschafft Anno 42. außgangen/non etiam Actoribus nostris vna scriptum, sed aliquantò post sub eo prætextu, *Als wan es auß Mangel der Botten verblichen*: quod conuincit missiæ, *sub nu. 37.* Ex quo probabile fit, quod testes deponunt, *Das man ihrer Beschreibung haben gestritten*/ vt testis tertius. Item: *Das auß Aufstung Georg Pferdelders/ vnd darumb/ das man ihrem Gelt nachgestellt/ ihnen geschrieben worden*/ vt 8. & 13. testes ad 34. defensionalem.

Ponderando etiam, quod tantum ad solutionem collectæ sint iauitati, ad deliberationes eo nomine antè habitas (quas tamen in publicis no-

bilium conuentibus præcessisse, tenor missiæ, n. 38. indicat) se etiam vocatos non demonstrat. Atque naturaliter omnibus inest, † vt faciliè quæuis, ad onerum, quæ nobis incumbunt, societatem admittamus: In iis autem, † quæ facultatis sunt, & sponte conceduntur, vnus vel alter actus possessionem non inducit, sed requiruntur plures, & quidem tales, quos exercuimus, tum sciente & patiente aduersario, tum iure nostro, & nobis de iure probabiliter constituentibus *Bart. l. 1. §. hoc autem interdicto, nu. 1. & 2. de iur. actus, priuat. Panormitan. in cap. cum Ecclesia Sutrina, nu. 20. de caus. possess. & proprietat.* Et cum nostro casu Actores eorum, quæ diximus, nil impleuerint. Concludit etiam, possessionem contribuendi in die *Rittertruhsen*/ ab illis non probatam.

In petitorio ius assertæ immunitatis, † quo ad Reos, Actores potissimum fundant, in iure sibi cum aliis Franconiæ nobilibus communi, videlicet, † *Das sie zu der freyen Ritterschafft auch gehörig*. Deinde, † in iure sibi priuatim cõpetete, partim propter priuilegia Episcoporum, Imperatorum, Cæsarum, contra quorumcunque munerum patrimonialium exactionem illa concessa, partim propter immunitatis præscriptionem.

De primo, sic sibi constituit: Actores nihil minus probasse, quam quod sint de ordine nobilium Franconiæ. Antiquitas familiæ tantum abest, vt proposito ipsorum seruiat, vt etiam vehementer resistat. Cum enim primi ipsorum maiores, ciues fuisse, acta demonstrent, ab illis ad posteros sic cõiectura ducetur, vt quod † maiores fuerunt, posteros quoque permansisse, & consequenter Actores esse, existimandum sit, *l. siue possidetis, C. de probat.*

Illud fortius stringere videtur, *Das sie von Episcopo, vnd derselben Stiff/adeliche Lehen tragen/ vnd darfür/ wie andere vom Adel/ mit ihren Leib/ Knechten vnd Pferden/ Dienst leyssen.* Verum neutrum, nec quod feuda illa nobilita sint, nec seruitia pro his præsent, probantur. Quinimò nec inuestitura, nec res, quas à Capitulo & Episcopo tenent, nobilitatem vllam arguunt. Feuda vel in decimis, vel prædiis, aut aliis rebus singularibus consistunt: nullum castrum, aut territorium illis concessum aduerto, vt nulla etiam feudorum, illis competere vllã. Atqui sine dignitate & iurisdictione omnimoda, † etiam iure communi, nullum feudum nobilitat, *Guid. Pap. decision. 385. & sequent. Vest. de collect. part. 4. c. 3. n. 1.*

Deinde, etiam si seruitia † feudorum nomine præstita essent nobilitatè tamen non inferrent: cum fides, & seruitiorum necessitas, † omnibus feudis, etiam minimis, & ignobilibus, tanquam eorum proprium, adhæreat, *ca. 1. ex quib. caus. feud. amit. Curt. part. 1. quest. 6. n. 13. Duaren. in consuet. feud. num. 8. cap. 2.* Atque hinc est, quod testes asserunt, *Alle Hanermeister*: quos tamen nullus eorum nobilibus adnumerat, sed etiam nonnullos rusticos seruitia paria cum nostris Actoribus præstare.

Inde consequenter etiam iudicium fieri potest de iis feudis, So sie von den Herzogen von Sachsen vnd Graffen zu Dett ngen tragen vnd verdienen müssen. Plane, cum Principes Saxonie, suorum feudorum nomine, Actores etiam suae iurisdictioni subiecisse videantur, quod patet ex collectarū

179 † exactoribus, quæ subiectionem requirunt, de quibus in literis, *sub n. 25. & 36.* ad textum positionalem productis, efficitur, ex eiusmodi feudorum conditione, eos immediatos Imperii, nedum Franconie nobiles liberos existere, prorsus extrui non posse. Præterea, quamvis probatum est, nonnullos ex familia Zolnerorum, Schultheissen vel Abbates auff N. fuisse: tamē ex familia Actorū eos processisse, minimē constat, & à Reo demonstratum est. Eius nominis alios complures, & ciues Bambergæ, & nobiles in Franconia 180 esse: ad positionem autem generis, † non sequitur præcisē positio vnius speciei, *Euerhard. in Topicis, à specie ad genus.*

Quod ipsum de Friderico & de Theodorico, Zolneris, Canonicis Bambergensibus, responderi potest: videlicet, eos non de Actorum, sed, quod verisimilius est, de nobilium stemmate Zolnerorum extitisse.

Eodem modo dabimus, probatum esse, daß die Zolner für dem Lehengericht gerechtet / tamē non patet, daß: s am edlen Lehengericht geschehen / sonder auff Episcopi Saal / für ihme / oder seinen Gelehrten / oder Lehennamen. Minus constat, quod tunc temporis iudicia, secundum feudorū qualitates ratione vasallorum, nobilium & plebeiorum, fuerint distincta: quin contrarium, quod non euidentis argumentum est, in citatione, *nu. 14.* ad decimum nonum positionalem, post examē producta, darinn Eberhard Zolner wirdt vorbescheiden / von wegen eins Lehens / so Eins L. Bürger zu Bamberg / von Episcopo getragen: daß aber die Zolner an daß Bischoffs Lehengericht gesessen / non esse probatum.

Veluti nec illud quod Matthes in der bawrischen Aufrühr der bürgerlichen Pflicht ledig gezeht / & huius Matthæi ad 13. posit. producta amotio, in genere exprimit, wie die von Bamberg ihn seiner Pflicht haben ledig gesagt. Quod intelligi potest, & quidem verisimilius, de obligatione ad onera, à quibus erat immunis, eaque immunitas † liberationem ab omnimoda ciuilitate non includit, *vt post dicitur.*

181 Omnium vehementissimē Actores vrgent, daß die Ritterschafft im Land zu Francken sie für Adels Personen gehalten vnd zu ihren Ritter Tügen beschreiben. Sed nec hanc nobilium dictorum, de se conceptam existimationē probarunt. Et quamuis nonnulli rustici, & alii inferioris conditionis homines, eos Junckherrn appellent, & appellari dicant: nullam tamen concludentem dictis suis 182 apponunt rationem, sine qua † testis cuiusuis depositio est nulla. *Paris cons. 56. n. 21. v. 2.* Ex nobilibus testibus, qui sui similes melius norunt, nemo pro consortibus eos agnoscit, ne quidem 19. Actorū

testis, qui eorum cognatus est: & dum vehementer pro ipsorum prærogatiua, non sine affectionis suspicione nimia, desudat: tamen ad 14. positionalem deponit se de ipsorum nobilitate scire nihil, sonst hab er gehört / daß sie gute alte Leut / eines ehrbarn Geschlechts seyn.

Tituli etiam, in epistolis Actoribus inscripti, † 183 Den Edlen vnd Besten parum ad rem conferunt. Ad promerendum enim fauorem eorum, quibus scribitur, accommodari solent: ex quibus nihil iuris quæritur illis, cum actus † amicitiae, ne quidem possessionem tribuant, *Bart. in d. l. 1. §. hoc interdico, de itin. & actu. priuat.*

Planē nec Princeps ipse, nec Papa, † nobilitare 185 quenquam censetur, eo ipso, quod nobile ipsum appellat, *Tiraquell. de nobilit. cap. 6. num. 24.* eadem ratione, qua nec seruo ius filii accedit. Quamuis tamen, si hoc fiat actis interuenientibus, ex peculiari constitutione Iustiniani, seruitute liberentur, quod argumento est, iure communihil iuris eum inde consequi, *l. 1. §. simili, de latin. liberr. toll. §. vlt. Inst. de adopt.*

Deinde, quæ à nobilibus ad publicos conuentus An. 44. vocati sint, non reperitur, extra id, quod de solutione collectæ, in absentia exactorum, vel hospiti facienda, gen Eulmbach, semel sunt vocati, Anno 42. Qui actus priuato fieri potuit, & licuit, nec possessionem induxit, quemadmodum *supra dictum.*

De literis quoque eorum nobilium, qui nomine Ducum Saxonie ad Zolneros nonnunquam scripserunt, hoc constituit, ponderari debere ex delegatione ipsorum Ducum. Et vt concedamus, Actores nostros, contemplatione Ducum Saxonie, vel aliorum quorumuis extraneorum, nobiles censi atque esse: non tamen inde sequitur, etiam quoad Reum, & liberos Francie nobiles, eos tales habendos: diuerso enim † respectu, 186 diuerso iure quis censi potest *glos. in cap. cum Capella. de priuileg.* Et cum plura iura concurrunt † 187 in persona vnius, perinde est, ac si concurrerent in personis diuersorum *l. Tutorem ff. de his, quib. vt indign. l. cum quadam. C. de administ. tut. † Hoc pacto, 188 respectu certæ rei, vel loci, exemptus quis esse potest, respectu alterius rei, vel loci, non erit exemptus. d. c. cum Capella. & ibi Panorm. nu. 1. & seqq.* Sic Actores, † quatenus Vasalli Ducum Saxonie 189 sunt, nobiles esse possunt: & quatenus rei, vel Capituli, nihilominus ciues erūt: nec ex hac, vel illa conditione, liberi Franconie nobiles euadent, personam vasallorum in eis non quærimus, sed personam liberorum Franconie nobilium, in quo suo iudicio, operam perdimus: *Eberhard. in Top. in loco à tanquam. tam de priuilegiis.* De quibus videamus primò. Quid sit in facto. Secundò, quid in iure. Quæ in facto, omnia instrumentis sunt probata. In iure generaliter definitum est nulla priuilegia, † immunitatem à muneribus pa 190 trimonialibus præstare. *l. qui immunitatem. Codic. de muneribus patrimon. lib 10. l. nullus 29. de decur. lib. 10. Cacheran. decis. 95. num. 49.* Et vacatio, † quæ per 191 priui-

privilegia de facto concessa est, ipso iure est nulla
l. vacuatis. 19. & ibi Dd. Codic. de decurion. libro decimo,
 192 quæ lex † omnium immunitatum privilegiis ex-
 presse derogat. Vnde pro regula traditur: concess-
 193 sionem immunitatis, † cum effectu fieri non pos-
 se: nisi cum clausula: non obstante *l. vacuatis. Ve-*
stas. de astimo. part. 4. cap. 7. numero primo, & seq. Boss. in
pract. criminal. tit. de princip. numero 135. Dubium ita-
 194 que non est, quin summus princeps, † cum hac
 clausula, immunitatem concedere possit, *Bartol.*
Bald. & Alex. and. in d. l. vacuatis. Vestas. d. part. 4. cap. 5.
num. 27.

Item dicendo de Germaniæ nostræ principi-
 195 bus, † cum perpetui sint, ac Iura Imperii, siue re-
 galia possideant, omniaq; possint in suis territo-
 riis: *Grauer. cons. 135. n. 2. Bursat. cons. 162. n. 11. vol. 2. Pa-*
ris. cons. 69. per tot. part. 1. Inde est quod statuta deroga-
 toria iuri communi facere, ac in rescriptis iisdē
 clausulis uti possint, quibus Imperator utitur, *Fest.*
p. 4. cap. 7. num. 18. Addit, quod non minus, quam
 196 Imperator ipse, etiam † in reliquorum subditorū
 præiudicium, immunitatem concedere possint.
Bursat. cons. 162. numer. 2. vol. 2. & Capella Tholos. decis.
349. & ibi præcipue Aufser. Vbi tamen notandum est,
 197 quæ de Ducibus inferioribus † principe ibi dicū-
 tur, de illis intelligenda esse, qui iura principis nō
 habent: quod patet ex versic. & hoc intelligo in ciui-
 tate, plene *Vest. d. p. 4. c. 7. num. 20.*

Priuegia actorum prægnantia sunt: quamuis
 enim nec ipsa authentica, nec eorum confirma-
 tiones d. clausulam, non obstante *l. vacuatis*, vel à
 lla lege, non contineant: Tamen quæ ab Episco-
 198 pis † profecta sunt, consensum capituli includūt,
 & sic in concessione plenam causæ cognitionem,
 & certam concedentium scientiam interuenisse
 præsupponunt.

Confirmatio Caroli IV. de certa Imperatoris
 scientia, reliquorum Imperatorum confirmatione-
 nes, quod etiam ex plenitudine potestatis proce-
 199 serint, testantur. Clausula autem, † ex certa scientia.
 Item, de plenitudine potestatis, idem operantur, quod
 clausula, non obstante tali lege. *Gabriel. libro 6. commun.*
conclus. tit. de claus. conclus. 1. numero octauo, & 20.
Cacheran. decis. 39. numero 19. Deinde in ipsis
 200 privilegiis † multum ponderis habet repetitio
 particularum vniuersalium: ab omni præstatione: I-
 tem, quacumque exactione. Quamuis enim genera-
 201 lis immunitatis concessio, † casus insolitos, & pu-
 blicam utilitatem concernentes, non comprehē-
 dat *Cacheran. decis. 91. num. 1. Capel. Tolos. d. q. 349. & ibi*
Aufser. numer. 9. Capoll. cautel. 63. eamque commu-
 nem dicit *Viuius, in commun. opinion. verb. Immuni-*
tas.

Attamen cum immunitas conceditur † sub ei-
 201 usmodi verbis, geminatis videlicet, omni, quocun-
 que: casus improuisi, scilicet bellorum, pestis & similes,
 includuntur, etiam si non exprimantur. *Cacheran.*
decis. 39. num. 21.

Præterea considerandum est, quod d. priuile-
 gia tam à Carolo IV. quam ab Episcopo Leopoldo,
 propter merita, Gunthero confirmata sint, &

aucta. Priuegia autem † ob merita concessa ad 203
 onera, etiam publicæ necessitatis causa inducta,
 extenduntur: *Roland à Vall. consil. 76. numer. 23. vbi*
 dicit communem, volum. 2. Meritorum quoque
 expressio facit, † quod priuegia in contractum 204
 transeant, nec vnquam reuocari possint, *Alexand.*
cons. 30. numero 17. volum. 5. Vestas. part. 5. c. 1. numer. 1.
Gabriel. lib. 3. tit. de iure quesit. non tollendo. c. 6. conclus.
6. num. 6. 7. Quod vsque adeo verum est, ut ne qui-
 dem princeps † de plenitudine potestatis, ea reuo 205
 care possit: cum contractus cum subdito † initi, 206
 potestati illius non subiacet, sed in iis vt priua-
 tus reputetur, *Gabr. in tit. conclus. 5. numer. 18. 19. Ve-*
stas. vt supra. Et reuocationes cum fiunt, † licet ge-
 nerales sint, & geminata: Tamen priuegia pro-
 pter merita concessa, non censentur simul reuo-
 cata: *Mandofius in regul. Cancellaria. tit. de reuocatio. q.*
13. n. 6. Bursat. cons. 16. n. 57.

Ex quo sequi videtur, ne quidem illam reuo-
 cationem, quæ communiter publicis decretis Im-
 perii, in dispositionibus de collectis inseritur, A-
 ctoribus quoque obesse.

Amplius pro Actoribus facit, quod confirma-
 tio Caroli IV. multorum nouorum priuegiatorū
 concessiones, prioribus accumulac. Ex quibus ad
 propositum facit, quod in specie immunitatem
 ab oneribus bellorum exprimat. Quæ verba cum
 sint Imperatoris, nullumque bellum licitum sit,
 nisi † vel ab Imperatore ipso, vel ipsius procerum 208
 Imperii decreto geratur, *Gail. de pace publ. c. 4. lib. 1.*
 consequenter libertatem ab ipsis oneribus Impe-
 rii, quæ per publica Comitiorum decreta indu-
 cuntur, (cum necessitates bellorum & munitio-
 num contra Turcā concernant) Actoribus no-
 stris competere. Quæ enim per expressionem o-
 neris, † præsertim belli, conceditur immunitas, 209
 ad omnes similes casus insolitos atque impro-
 uisus extenditur: quod ex magis communi asserit
Bursat. d. consilio 15. nu. 11. volum. 1. Capoll. d. cautel. 63.
num. 2.

His omnibus accedit, quod pro validitate dic-
 torum priuegiatorum, in fauorem Actorum, bis
 in iudicio contradictorio est pronunciatum: Et
 quidem in terminis onerum, causa necessitatis pu-
 blicæ, & propter Ducis Guilielmi incurSIONES
 impositorum, vt non immerito tam rerum iudi-
 catarum auctoritas, quam dictorum priuegiato-
 rum potestas, Actores à Rei iudictionibus immu-
 nes conseruare debeant.

Postremum Actorum fundamentum, est præ-
 scriptio iuris contribuendi cum nobilibus, siue
 præscriptio immunitatis, ab impositionibus Epi-
 scopi, præscriptionem contribuendi cum nobi-
 libus nullam, Actores docere possunt, cum pos-
 sessione careant. Atque hoc sufficere putaret hoc
 casu. Ad implendam immunitatis † præscriptio- 210
 nem, tria potissimum probanda sunt: primo, qua
 si possessio: secundo, titulus: tertio, tempus qua-
 draginta Annorum. Bona fides, † et si concurrere 211
 debet: Tamen quia præsumitur, maxime cum
 de titulo aliquo constat, ne quidem allegare eam;

- neceſſe erit. *Vaſq. lib. 2. illuſtrium controuerſ. c. 70. numer. 15. 16.*
- 212 Neceſſitatem interpellationis ꝛ & reculationis, hinc inde faciendæ, ægre inter requiſita admitto: *Grauetta* eam omnino non requiri, multis argumentis demonſtrat, in conſilio 111. & iterum in tractatu de antiq. temp. p. 4. cap. cum prædicta. numer. 36. 38. vbi ſimiliter reſpondet ad *Alexandri* argumenta. *Veſtas part. 4. numero 18. Couarru. in c. poſſeſſor. §. de reg. iur. in 6. p. 2. num. 8.* Alii exiſtimant, ꝛ tunc demum non eſſe neceſſarium, cum titulus oſtenditur, *Balb. de præſcriptione part. 2. 5. part. princip. queſtion. 7. numero 4.*
- Vtramuis opinionem amplectamur (quamuis mihi prima videatur verior & communior) facile hoc requiſito carebimus: cuius loco ſufficere exiſtimo, ſi definito temporis ſpacio caſus contigit, quo collectæ fuerint indiçtæ, nec tamen ſolutæ, *Grauet. d. conſilio 111. numero 10. 11. Veſtas vt ſupra.*
- 214 Cui conſequeus eſt, vt dicamus, poſſeſſionem ꝛ à tempore primæ impoſitionis incipere: *Balb. d. loco. num. 5.*
- 215 Tempus autem ꝛ quadraginta Annorum cũ titulo ſaltem requiri, exiſtimarunt dictis locis *Grauet. numer. 11. Veſtas num. 1. & ſeq. Couarru. nu. 8. Balb. num. 5.*
- 216 Nec obſtat, quod ius collectandi ꝛ ad regalia pertinet, quæ immemorabile tempus poſtulant, c. *ſuper quibusdam 26. §. præterea. de verbor. ſign.* Reſpondetur enim, agi de iure immunitatis, & non de iure collectandi: quæ iure ꝛ communi cuius cõpetit, quamnis ſit contra ius commune. *Veſtas part. 4. c. 7. num. 8. & c. 8. num. 8.*
- 218 Deinde non obſtat, collectas, ꝛ quia factum hominis requirunt habere cauſam diſcõtinuam.
- 219 Reſpondeo enim, iurium incorporalium, ꝛ quæ feruitutes non ſunt reales, habere potius cauſam continuam, quam diſcõtinuam: quia perſonis competunt, & retinentur animo continuo, *Bart. l. iuſto. §. non mutat. numero 4. de vſucap. Eamque ſententiam communiter receptam, teſtatur Couarru. d. c. poſſeſſor. part. 2. §. 3. num. 3. explicat. lib. 1. variar. reſolution. cap. 17. numero 10. Hac de iure præſcriptionis dicta ſint.*
- In excuſſione facti, quoad poſſeſſionem, quæ in omiſſione præſtationis collectarum conſiſtit, Actoribus noſtris neceſſe non eſt negatiuam, nõ factæ ſolutionis, probare: Sed ſatis eſt, ſi poſt primam impoſitionem factam, legitimum temporis curſum adimpleatur, *Grauet. d. conſil. 111. numero 11.* Notorium autem eſt Caſus publicarum Imperii collectarum, ante litem cõceptam contigiſſe com-
- 220 plures, ꝛ quo ipſo, conſeſſio, ſiue vſus immunitatis, ſatis eſt probatus, *Grauet. d. conſil. 111. num. 3.*
- Patientiam in Episcopis demonſtrat ipſorum
- 221 permiſſio, ꝛ dum Actores nihil ſoluere paſſi ſunt, ſine proteſtatione: *Heming. conſ. 2. tit. de iuridiçt. numero 48.* Item: ꝛ ſolutionis requiſitio, & recuſatio, de qua conſtat ex Epistoſta *Apell. von Sichtenſtein* ad articulum 6. producta, cuius datum habetur,
- 223 Anno 91. Item ꝛ ex Iudicio coram Imperatore

Wenceslao agitatio. Anno 1396. Iam ſi computatio inecatur, ab Anno 1495. quo Anno eum gemeine Pflegze. vſque ad Annum 1544. quo Actores primam turbationem ſenſiſſe videntur, conſtabit numerum temporis 40. annorum exceſſiſſe.

Titulum acta ſuppeditant ꝛ in priuilegiis, & 224 duabus ſententiis dictis. Sententiam autem ꝛ le. 225 gitimum præſcribendi titulum etiam præbere, l. *Pomponius, ibi Bartol. & Iaſon de acquir. poſſeſſ. Vaſq. de illuſtr. controuerſ. libr. ſecundo, cap. 77. n. 1. Hac de requiſitis præſcriptionis, a parte Actorum.*

Inde apparet poſtquam Reus, quoad Actores ipſos, nunquam probauit, quod vnquam collectam ſoluerint, præſcriptionem in eorum perſona eſſe indubitatam.

De collectis jrer *Hindersäſſen auff dem Land* varie teſtes deponunt. Eorum, qui ſolutionem negant, dicta confirmant, primo, Capituli & *Caſtner* miſſiua, ad *Matthes Zölnner* Anno 25. num. 81. ad ſextum poſitionalem. *Darim er / Caſtner* nomine Episcopi & Capituli, an *ihñ begert / daß er die ſeinen / im Ampt Staſſelſtein geſeſſen / dahin verboten / vñnd bey der aufflag des 20. Pfenning dem Betrag gemeſſ / perſönlich erſcheinen woll.* Ex quo colligi poteſt, d. *Matthæum*, vel per ſemetipſum ſuos collectaſſe, vel ſaltem, ſine ſuo conſenſu, ab Episcopo collectari eos non potuiſſe. Deinde, ad idẽ faciunt literæ Decani & Capituli *Bambergenſis*, ad eundem *Matthæum*, vñnd *andere Zölnner / auff Brand* Anno 35. & ad 11. poſitionalem productæ. In quibus ab eis petunt, daß ſie ihren *Vnderthanen zu Staſſelſtein / beſehlen wöllten / ihr Gebürnuß an der Gemeinen / vñnd vñnder den Inwohnern da / elbſten / bewilligten Anlag / zu Ablegung / in caſu neceſſiatis publicæ gemachten Schulden auch zu erlegen.* Hæc ſi coniungantur cum dictis teſtium, de contributione affirmantium veriſimilius eſt, Actorum ſubditos, ſi collectas vnquam ſoluerunt, ipſis Actoribus, non etiam Reo ſoluiſſe & conſequenter, præſcriptionem etiam in perſonis ſubditorum, quoad Reum probatam.

An eliſa?

Quæ probata ꝛ non ſunt, eliſione non egent. 226 In hoc numero ſunt, primo, ꝛ poſſeſſio contribuẽ 227 di in die *Mittertruh.* Deinde ius ꝛ ſiue poſſeſſio 228 nobilitatis *Franconia.* Vnde cum non conſtet, Actores ex liberis *Franconia* nobilibus eſſe, ſequitur, eos ad contributionem publicarum Imperii collectarum eſſe obſtrictos.

Iam quaeritio eſt, vbi contribuere debeant? In decretis Imperii ꝛ duo modi propoſiti ſunt, qui 229 bus collectæ comportantur. Vel enim ꝛ ſpeciales 230 exactores in ſingulis prouinciis ordinantur, qui in communem arcam, collatam pecuniam redigunt, vel permittitur, ꝛ vt quiſque ſuos collectet 231 ſubditos. Vterque autem modus, quoad coactionem contumacium, in idem recidit: Cum in illo, executio factæ indiçtionis, in hoc ipſa indiçtio domino territorii in ſubditos competat. Ex quibus efficitur, in negotio collectarum, ꝛ tantum 232 ſubditos cogi poſſe: quod iuri communi conſentaneum

233 Et sic intelligit verba Recessuum Imperii, † Da er
 gefessen/zugeben schuldig sey: l. domicilium. ibi gl. Bart.
 in l. libertus. §. sola. ad municip. Boer. decis. 260. numer. 11.
 Proinde summam causæ Reus collocare videtur,
 234 in exceptione subiectionis, videlicet, vt † prober,
 Actores, vel ciues, vel incolas Bambergenses esse.
 Ex Actoribus, Michael Bambergæ se domicilium
 habere fatetur. Alterum, Hansen/ ibi in der Löffel-
 hölsin Haus/ domicilium habuisse, testes proba-
 runt.
 235 Ex quo pro Reo nascitur hæc † præsumptio,
 quod quisque eius loci ciuis reputetur, in quo de
 git. Felin. c. quoniam. 14. n. 3. de offic. ordin. Sed clariore
 ciuitatis probationes sunt in sequentibus.
 236 Primo, † quod maiores Actorum ciues Bam-
 bergenses fuisse constat: sic in renouatione priui-
 legiorum à Leopoldo Episcopo, & Carolo IV.
 Henrico Zolner facta, ibi ciues dicuntur.
 237 Secundo: † Actores nostros alios Zolneros,
 Bambergæ habitates, fatentur suos esse agnatos,
 & Ciues: ergo & eiusdem conditionis esse eos ne-
 cesse est, vt etiam habetur ad 26. articulum defen-
 sionalem, in responcionibus: Cum omnes ab eo-
 dem stipite nascantur. Nec præ illis quicquam
 habere queunt, quod in specie non demon-
 strant.
 238 Tertio: † Etsi Actores immunitate à muneribus
 ciuilibus patrimonialibus donati, & quoad
 eam, præ agnatis, atque aliis ciuibus priuilegiati
 sint: quoad reliqua tamen, per omnia illis similes
 manent: cum exclusio vnius, sit inclusio alterius
 l. cum prætor. de iudic.
 240 Quarto: eo ipso † quod ex priuilegiis se à muneribus
 ciuilibus vacationem habere contendunt, iuri communi se
 iidem subiectos esse fatentur, l. 1. §. 1. de iurisd. eius. cui mand. est iurisd. l. ex eo. de
 241 testibus. Exemptio enim & liberatio, † præsupponit
 obligationem, l. decem. ibi Bartol. de verb. obligat.
 capit. quod vero non 32. quest. 2. Nec exemptio, cum
 contra ius commune sit, extenditur vltra id; quod
 in ea est comprehensum. c. ex onere. ibi Panorm. de pri-
 uileg. Boss. in tractat. de princip. num. 136. Sic immuni-
 242 tas † à muneribus patrimonialibus, non tribuit
 exemptionem à personalibus, multo minus à iurisdic-
 tione & foro, Alexand. consilio 157. numero 13:
 volum. 2. Vsq; adeo autem immunitatis concessio,
 243 † non tribuit omnimodam ciuilitatis libera-
 tionem, vt etiam statutum, loquens de ciuibus,
 locum habeat in ciuibus exemptis, non subeuntibus
 munera: Bartol. l. 1. numer. 17. ad municipal. Bald. in
 l. in orbe. de statu homin. Tam enim ciues priuilegia-
 ti dicuntur, & omnibus commodis & fauoribus
 potiuntur, quibus ciues originarii: Roman. cons. 63.
 num. 9. Boer. decis. 260. num. 23. Dd. communiter, in l. si
 is, qui pro. de vsucap.
 244 Quinto: † Priuilegia, quæ nostris Actoribus
 competunt, non personæ, sed Rei videlicet ædi-
 bus tributa sunt vt illis fruantur: non respectu pro-

priæ qualitatis, personis eorum inherenti: sed re-
 spectu qualitatis, quæ ex possessione ædium illis
 accedit. Ergo cum priuilegia ista, tantum † rem,
 non etiam personam afficiat, sequitur, quod nec
 personam alterare, nec ex ciue, forensẽ, nec in-
 245 gnobilem ex nobili efficere possint.
 Sexto: † Priuilegio Leopoldi, Episcopi, Hein-
 246 rico Zolner/ tanquam Ciui Bambergensi, propter
 merita Guntheri Doder/ etiam ciuis, est conces-
 sum: in concessione cautum, ne in quenquam, qui
 Ciuis Bambergensis non est, domus transferatur.
 Ex quo colligit, tantum Ciuem Bambergensem,
 priuilegio ædium frui posse.
 Septimo: † Confirmatio Caroli quarti, illius-
 247 que nouæ concessiones, etiam in Ciuib. Bamber-
 genibus tantum locum habere possunt: quod li-
 quet ex verbis: Als ander Bürger zu Bamberg. Di-
 248 ctio enim, † alius, in proprio significato, implicat
 similia. glossa in l. in bona fidei. de rebus credit. & in l. si
 fugituum. Codic. de seruis fugit. Felin in c. sedes, num. 6. i-
 bi addit. de rescript.
 Octauo: † Actorum parentes, in senatu, & iu-
 249 dicio Ciuitatis Bambergensis, munera personalia,
 & honores gesserunt: Ciues ergo eos esse oportu-
 250 uit, cum ex honoribus † & muneribus Ciuis co-
 gnoscatur l. ciuis. C. de incolis. libro 10. Iason dict. l. si is
 qui. num. 300. de vsucap.
 Nono: † Ipsi Actores, eorumque parentes, &
 251 Agnati, seynd am Landgericht/ vnd Bürger Lehen-
 gericht/ als Bürger/ gefessen/ quod testes affirmant
 ad 17. & 18. defens.
 Decimo: † feuda ab Episcopo & Capitulo
 252 Bambergensi, Actoribus concessa, in designa-
 tione der Registratur/ à Reo producta reperiun-
 tur.
 Vndecimo: † Nobiles feuda illis concedunt
 253 tanquam Ciuibus, eaque recipiunt per semetipsos,
 non substitutos, econtra, per substitutos nobiles
 accipere solent: quemadmodum testes deponunt
 ad 30. defens.
 Duodecimo: † Nulli testium constat, dass A-
 254 ctores, eorum maiores, sint Landrägen gen Bam-
 berg/ ab Episcopo neben anderen jemals beschreiben
 worden/ oder auch erschienen.
 Vltimo: † Communis vox & æstimatio, de qua
 255 omnes fere testes ad 6. 16. defension. & 36. additio-
 nalem deponunt, Actores Ciues, non etiam no-
 biles esse, demonstrant. Nobilitas autem, † & quæ
 256 uis alia conditio personæ, per famam recte proba-
 tur, Guid. Pap. decis. 387. in princip. Bartol. in l. 1. C. de di-
 gnit. libro 1. in fine.
 Ex quibus omnibus, cum luce clarius sit, Acto-
 res, ratione & ciuilitatis & domicilii, Rei subditos
 esse, recte etiam exceptionem, constitutionem
 scilicet Imperii, ipsis opponit. Eadem constitu-
 tiones, etiam contra priuilegia & præscriptio-
 nem, Reo exceptionem idoneam suppeditant.
 Nemlich, dass in den Reichsstätten niemand gefren-
 et seyn/ noch dagegen einige Freyheit/ Verträg/ In-
 dult/ re. schützen sollen. Sed & priuilegia Actorũ tan-
 tum valere existimat, in den Land vnd Statteu-
 ren/ ab

257 ren/ab Imperii collectis, Episcopi neminem ꝛ in præiudiciam Imperii liberare potuerunt, nec vulerunt. Et confirmatio Caroli quarti, Actorum maioribus concessa est, tanquam ciuibus Bambergensibus, non etiam tanquam Ciuibus Imperii, de quo proxime.

Præscriptio quoq; immunitatis Actorum hinc derschaffen / certa non est, vt per Dominum Referentem deductum. Et cum ex testibus, solutione collectæ plures affirmant, quam negent, merito affirmantium dictis statur, cum alias generaliter etiam duobus ꝛ affirmantibus plus credatur, quam mille negantibus: *glossa in l. diem proferre. §. si plures. de recept. arbitr. l. as. in rubr. de iure iur.* Quamuis etiam non liqueat ex testium dictis, vt rei soluerint, Episcopone, an ipsi Actoribus: Præsumptio tamen est pro Reo, qui ordinariam habet iurisdictionem, cuius fructus & actus sunt, collectæ, *Alexand. consil. 52. n. 2. volum. 6. Iason in l. placer. C. de SS. Eccles. Et quod Actorū subditi Episcopi officariis ad collectas teneantur, dicit testis 18. ad 16. position. E diuerso, de iurisdictione Actorum in suos homines, nihil est probatum. Facit, quod in dubio dicta testium, ꝛ pro producente sint interpretanda, arg. leg. veteribus. de pact. l. Labeo. de contrab. empr.*

Non obstat Epistola desß Bischoffs Castners / ad Matthesen / Anno 25. data, non enim scripta est de collectis, sed multa desß 20. Pfennings / damit allein die / so dem Bischoff verwan gewesen / belegt worden: quodque hoc non præiudicare potuerit Reo.

Minus obstat Decani & Capituli literæ ad eundem Matthesen Anno 35. Concernunt enim collectam, quam communitas zu Staffelstein / ad solutionem æris alieni faciendam, sibi indixerat: quod sine licentia superioris potuit: cum non fuerit actus iurisdictionis, sed liberæ facultatis, quam vnusquisque in suis bonis habet. *Alexand. in l. 4. §. actor. de re iudic. & consilio 78. numero 4. volum. 6. Petrus de Vbald. de collect. in princip. numer. 1. 3. Guid. Pap. decis. 444. num. 1. 2. Wesemb. consilio 45. num. 10. & consil. 27. num. 26.*

261 Ex quibus omnibus efficitur, Actorum intentionem in petitorio per Reum elisam. Cæterum, quoad actionem edicti. *Si quis ius dicenti non obtent.* &c. cum dolus Episcopi nullus appareat, requisita etiam illius actionis non sunt probata. In vniuersum enim, ꝛ nullum pœnale iudicium, nisi ex doli causa, locum habet, *Bald. & Dd. in l. si. quod quisque iuris.*

Quid pronuncianum.

Cum in possessorio intentio Actorum probata non sit, in petitorio vero elisa: Reum absoluen- dum, cum domino Referente concludit; cum reservatione tamen priuilegiarum, & aliorum iurium, Actoribus competentium, de quorum vi & potestate, præsertim quoad immunitatem, quarumcunque Land vnnß Stattsteuer / priora re- petit.

Sed hoc loco nobis obex obiicitur, videlicet, cum quondam Michael, & iam ipsius filius, domum priuilegiatam solus inhabitet, videri potest, etiam, quoad hoc, reservationem fieri posse. Respondet: Inhabitor ædium ex priuilegiis immunitatem habet, in omnibus bonis, vbicunque sitis, atque eandem ita, contra ciuitatem Bambergensem, in iudicio Episcopali obtinuit. Constat autem, Hansen Zöllner / in feudis, cum Michael, simultaneam habuisse inuestituram, eamque adhuc hodie vtriusque liberos habere, consentaneum est: sicut & ipsorum parentes obtinuerunt. Atque vis connexorum facit, ꝛ vt incapax gaudeat beneficio capax, *l. si communem, quemadmodum seruit. amitt. l. is qui duos, de liber. legat.* Eoque casu regulariter procedit, vt, qui ex sua persona consequi non possit, ex persona conforis consequatur, *l. si emancipati, Codic. de collat. Felin. in capit. placuit, numero 6. de præscript. Hippol. singul. 180. Gall. libro primo, de pace publica, obseruatione 6. numer. 16. & seq. vsque ad fin.* Ea ratione, si vni ꝛ ex duobus locis datur vacatio à muneribus, proderit alteri *glossa in l. fin. C. de muner. & honor. non contin. lib. 10.* Idque maxime procedit, cum vacatio in rebus, ꝛ pro indiuiso communibus, competit, veluti in quibus diuisionem dominus non admittit. *Ang. in d. l. si commune.* Hinc est, quod dicit *Bald.* Si nobilis ꝛ cum plæbeo habet feudum commune, & nobilis dominum offendat, tamen feudo non priuatur, quod habet commune cum plæbeo innocente. *Bald. in c. 1. quib. ex caus. feud. amitt.* Quod si tamen hoc omnino deesset, nihilominus Hans Zöllner / ex aui Georgii, & Martini patris, ac propria possessione, immunitatem, quoad suam personam, contra Episcopum, in præiudicium illius, præscripsit: imo illius ac liberorum ipsius conditio melior, quam Michaelis, ipsiusque filii, esse videtur, quod ex nobilium consuetudine, zu Bisberg habitent, & adhuc hodie ab ordine nobilium Franconiæ ad conuentus vocentur, vt ostendunt literæ sub num. 101. 102. 3. 4. productæ. Reseruabit itaque Actoribus priuilegia ac iura, in vniuersum.

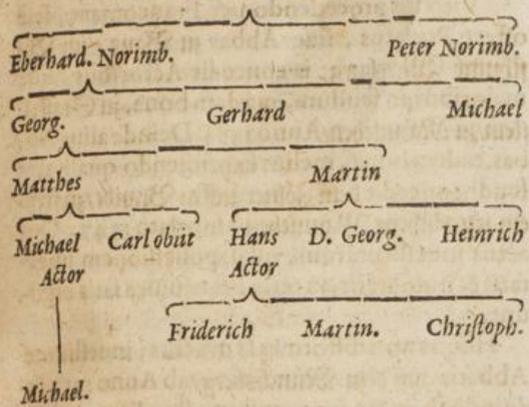
De attentatis.

Actorum querelas super his non attēdit, cum quædam eorum non habeant imaginem eorum, veluti, daß er Michael das Lehengericht zu besitzen / ab Episcopo angehalten worden. Reliqua, die Steuer / permittentibus Imperii constitutionibus, à Reo sunt perpetrata. Et ideo pro attentatis haberi non possunt, *Robert. Lancellor. de attentatis in præfation. 1. part. numero 38.* Et regulariter iure communi, ꝛ summarie & executiue etiam lite pendente, attentari potest, *Grauert. cons. 111. n. 1. Fest. cap. 3. c. 1. numero 7. Cacheran. decision. 86. num. 4.* Atque adeo eius naturæ collectarum ratio est, ꝛ vt in ea à præceptis executiuis initium fieri possit, nec reuocatio attentatorum sit permissa, *Robert. Lancell. in d. tractat. part. 2. part. 4. limit. 25. numer. 1. 2. Compensatis expensis.*

Saluo.

Arbor

Arbor familiae Zolnerorum.
Gebhardt, civis Norimb.



Votum aliud, in eadem causa.

Quoad præparatoria, cum dominis Referentibus. Summa negotii, testantibus actis, talis est. Actores asserunt, se in quasi possessione libertatis esse, & antiqui ius fuisse, contra dominum Episcopum, ne exigantur collectæ à se, & suis subditis, eorumque bonis, sicque nec prætextu decreti Imperii de Anno 44. teneri. Episcopus vero id negat, per plura argumenta, in defensionalibus adducta; sicque vnus libertatem asserit, alter negat.

Actionem eligo, quam & dominus Referens Actoribus tribuit: eique actioni, inspecta conclusione & petitione libelli, simpliciter ad hæcendum censeo. Inde enim metiendum, † quæ actio instituta, Angel in §. omnium, Insti. de act. Abb. capit. ex parte, de foro compet. Mynsinger. consil. 100. num. 4. Et iuxta communem doctrinam, semper attendendum in libello, † non quid narretur, sed, quid concludatur, prout conclusio libelli, restringit narrata ad ea, quæ in conclusione petuntur, quia in conclusione stat modus agendi, Dd. in l. edita, C. de edend. & in c. super literis, de rescript. Et inquit Bald. in d. l. edita, non respiciendum, quid, quale, & quantum narretur, sed qualiter, & quantum ex narratis concludatur: quia modus agendi † stat substantialiter in conclusione libelli: & ex conclusione libelli apparet; qualiter præcedentia intelligantur, late Schurff. consilio 81. numer. 5. centur. 1. Mynsinger. consilio 22. Ideoque, licet incidenter in tali iudicio altera partium, de proprietate probasset; tamen super alio non pronuntiandum, quam super eo, quod petitum est: siquidem causa proprietatis † nil habet commune, cum possessione, positivè vel remotiue, vt notatur in sæpe allegato §. nil commune, in l. naturaliter. Non tamen negandum, quin adminiculatiue pro fit probatio dominii, eo tamen casu, quando probationes omnino sunt similes, vt passim in locis allegatis per Menoch. remed. 3. num. 733. agitur.

Accedit, quod libellus † pro commodo libellantis est interpretandus, l. si quis intentione, l. solemnem, de iudic. Mynsinger. consilio 28. numer. 4. Si itaque contra Actores pronuntiandum foret in possessorio, saluum adhuc haberent petitorium, ad cuius prosecutionem actio hæc instituta non est. Si

vero contra Reum iterum habent, quod petant Actores, & Reus hac miriori via electa, pariter integrum retinet & petitorium. Attento etiam, quod ex actis colligi potest, Actores non minus ius libertatis, quam Reum, seruitutem der Bürger Rechtens probasse. Sicque inde non parum dubitari, in quam partem sententia petitorii iudicii, ex iam probatis & liquidatis, proferri tuto possit.

Quæstio status incidenter in hac causa est mota non in vim præiudicialis exceptionis, de qua in §. præiudiciales. & per Doctores ibid. Institut. de action. Dicuntur enim præiudiciales tunc, † cum Reus, eas exceptiones obiiciens, probare debet, priusquam Actor audiatur, vt per Bald. in l. peremptorias. Codic. sentent. rescind. non poss. Zaf. dicto §. præiudiciales, num. 10. Sed obiecta est hic ad merita causæ, † pro elidenda actione, non vt mutet genus actionis propositæ. Nec est ita præiudicialis, vt etsi probeatur, variatura sit tota à causam. Probata enim ciuilitate Actorum aliquo modo non tamen inde necessario, & absolute infertur ad seruitutem, siue onera desj Bürger Rechtens. Non enim sequitur hoc adesse, † quod ab hoc cõtingit abesse, per vulg. Cum itaque turbatio fiat in iuribus personalibus per quamcunque molestiam & impedimentum, vt per Menoch. passim. remed. 3. circa numer. 484. 503. Ergo non male proponitur tali casu vtile interdictionum hoc, vti possideris. Et posito, vt runque esse propositum, Iudex potest al. erutrum definire, vt per dominum Reum hoc loco, iam admo-neo, quod actionis intentatæ effectus, † concernit non solum ius proprium ipsorum Actorum, (idq; diuersis respectibus, tã bonorum, quam famæ & existimationis) verum & onera subditorum, quorum personæ & res periclitantur, der Steuerbarkeit / Reich / Folg vñnd anderer Dienstbarkeit haben. Imo concernit ea intentio Actoru, maxima ex parte ius & prærogatiuam Imperatoris in recipiendis integris subsidiis, der gemeinen Hülff/ab eiusmodi immediatis. Deinde & consequenter, † etiam ius nobilitatis Franconiæ, in col-ligendis & præsentandis Imperatori immediate, eiusmodi subsidiis. Tandem † non nihil Electo-rum & Ducum Saxonie, nonnullorum Frãcico-rum Principum, Prælatorum & Comitum, inter-est, ne directa dominia ipsorum oneribus insoli-tis grauentur, & feuda in deteriore statum de-ducantur. Sed ex parte domini Rei magis † con-tenditur, vt augeantur bona & redditus Episcopi, als die Cammer Gefäll vñnd Eynkommen / & sic iura priuata potius, quam emolumenta & subsi-dia Imperii & Imperatoris, quæ ex auctione der Rütertruhē vñnd Gefäll ipsi magis & rectius acce-dunt.

An actio probata.

Nituntur Actores in hoc possessorio, † acti-bus tam vetustis, quam recentibus, quorum nonnulli probati, nonnulli vero aliquanto mi-nus, probati sunt. Quod enim continet primus & secundus articulus, non nisi ex auditu auditis,

Kk ita ta

ita tamen, vt & dominus Referens assignauit, testes Actorum 34. 36. & secundus Rei verisimiliter asserunt. Quod vero à multis hinc annis, ab Electoribus, Principibus, Prælatibus & Comitibus, in quasi possessione, wegen Empfangung der Ritterlehen/fueint, & hodie sint, iuxta contenta 3. & 5. positional constat ex documentis productis, quæ tali casu firmiter testimonium præbent, quam depositiones eorum, qui eiusmodi factorum præsertim antiquissimorum, certam cognitionem habere haud possunt. Saxonice inuestituræ tales actus à centum annis, vsque huc, satis dilucide demonstrant, in quibus conueniunt formaliter hæc verba: *Concedimus, &c.* feuda den auff dem Brandt in aller massen sie die vormals von Herzog Wilhelm / reherbracht/dieselben zu gebrauchen/zü genießen/zü verdienen/vnd auch künfftige Folge thun / als solcher gesambten Mannlehen Güter alt Herkommen / Recht vnd Gewonheit ist.

His iisdem feudis, successu temporis, sub eadem forma & modo, quoties vsus tulit, Actores ab illustri domo Saxonica, vsque ad hæc tempora inuestiti sunt. Quod vero hæc feuda, als adeliche Lehen/vnd durch rittermäßige/adeliche Personen/vnd sonst in andere Weg nicht zu verdienen/doctum est per originale scriptum Electoris Ioannis Frederici, ad Matthes/Hans/Jörg vnd Heins/Gebrüder vnd Peter/ Anno 37. Quibus petitur, daß sie vnd die ihrigen wollen gerüst/zü Ross vnd Fuß erscheinen/oder ein andern ehelichen des Adels / (si impediatur in persona) schicken. Et non puto quæquam ambigere, quin Actores, respectu feudorum Saxoniorum, in vera usurpatione, & continuata quasi possessione nobilitatis, coniunctis & aliis actibus, infra breuib; attingendis, fuerint, & adhuc persistant.

Quod vero ad feuda Franconica, eiusque terræ Principes attinet, non minus eorum respectu actus quasi possessionis dictæ libertatis & nobilitatis, ex probatis elucet. Pariter enim Actorum maiores, longe ante centum Annos, ab Episcopis Herbipolitanis, stättliche Güter vñ Zehend zu rechtem Mannlehen empfangen / quorum feudorum qualitatem facile quilibet colligere potest, ex recentiori inuestitura de Anno 47. qua Episcopus D. Georgium Zöllner/vocitat, den Vesten / qui sty lus eo loci, præsertim in literis, ab ipso Principe emanatis, erga ciues, minime deprehendi solet. Et quidem ipsis confirmantur contenta missiuæ, in specificatione, ad positionalem 23. quæ habet inter cætera, daß Friderich Zöllner / Schultheiß / vnd seine Freunde/Episcopo Herbipolenti, Anno 1325. in expeditione vor Herrfeld/gedient: maxime si connectantur literæ eiusdem Episcopi de Anno 51. 52. 57. quibus iterum, sub dictis titulis scriptum Michaeli vnd Ioanni, sich mit Knechten vnd Pferdten auff's stärckest gerüst zu machen/vnd die Lehen getrewlich zu verdienen/wie andere von Rittertschaft / vnd seine Vnderthanen zu diesem Wahl / & line præiudicio (daß solches in kein Brauch gezogen werd cum oblatione reuersus) mit Steuer zu hülf kommen

zulassen/woll ihne Zöllnern/neben andern von der Rittertschaft/seines obrts genugsam versichern.

Vterius procedendo per Franconiam, sese offert Prælati, siue Abbas zu Banz / im Bisthumb Würzburg: is concedit Actoribus, siue maioribus, in feudum, quædam bona, zu Staffelsstein/zü Mannlehen/Anno 1484. Deinde alius Abbas, eadem bona, melius exprimendo qualitates feudi, concedit dem Zöllner auffm Brandt / zu freyem ritterlichem Mannlehen / sub dato 1547. Qui actus inuestiturarum, quasi possessionem libertatis & nobilitatis, in terra Franconica satis arguunt.

His que non difformes sunt actus, inuestituræ Abbatis auff dem Münchsberg / ab Anno 1457. & deinde ab Anno 1550. quibus ostenditur, daß ihnen diß Lehen zu rechtem Mannlehen / & quidem per auctionem, zu rechtem freyen Mannlehen gelihen.

Sic etiam der Thumproyß zu Bamberg / leihet zu rechtem Mannlehen. Pariter à Capitulo, Erhardi, Michael/Matthes / vnd Martin/ accipiunt in feudum, zu rechtem freyen Mannlehen/ Anno 1501.

Prædicti actus possessorii libertatis & nobilitatis, licet clariore sint, & magis perspicui, quam qui postmodum ab Episcopo Bambergensi, eiusque curia, ab hinc ad centum Annos deprehendi potuerunt, forte causante inuidia quorundam aulicorum, & ciuium, vt ostendunt interpellationes, litigia, processus, & sententiæ Iudiciales, inter Episcopum, & maiores Actorum. Ab Anno enim 1433. (quo anno adhuc Bambergensia feuda, welche stättlich nemblich/neun Zehend/vnd andere Güter / sub appellatione, rechter freyen Mannlehen) paulatim à priori forma recessum, & lolummodo per vocem, rechten Mannlehen gelihen worden: Tamen sicut mutationes istæ, in præiudiciu alterius, male astruuntur, ita nihilominus acta non exigua nobis prædictæ materiæ argumenta præbent, Actores videlicet, in Episcopatu Bambergensi, non minus, quam in aliis terris Franconiæ & Saxonie, quasi possessione libertatis & nobilitatis hactenus subnixos, prout inferius iterum attingendum erit. Sufficit hoc loco, vbi de actibus, ex inuestituris colligitur, id nouissime, quod per voces, zu rechtem Mannlehen die Ritterlichen / re. olim, & etiam nunc gelihen werden, id quod aperte ostendunt inuestituræ Comitum Otingensium, ab Anno 1486. & Anno 1548. vbi prædicta verba Actoribus, die Dettingisch Lehen zu Staffelsstein, sub verbis zu rechtem Mannlehen, conceduntur: quæ ꝑ verba, 282 quod importent ein Ritterlehen/schaft, probat der Dettingisch bewilligungs Brieff, des Lehen halben zu Staffelsstein. ibi. Beache sich dann / daß der Vest vnd Erbar, Matthes Zöllner / u. vor seiner Hausfrauen abgicg. so soll ein Tugentlicher Edelman solche Lehen / in tragers weis se ner Hausfrauen / zu Lehen Pflicht empfangen. Et hoc propositu, quoad Bambergensia feuda, confirmat, quod ea ex certa & indubitata forma & qualitate seruitiorum, nen-

pe per præstationes der Handlohn oder Ritterdienst/
 28) discernuntur. Vfus enim & consuetudo, † more
 deprauato, contra iura introduxit, quod pro in-
 uestituris der Mannlehen/Laudemia, Ehehwar, siue
 Handlohn/domino soluuntur, vt per Thoming.
 284 consil. 25. lib. 2. Deinde rursus in quibusdam † locis,
 præsertim in Franconia, à feudis ciuilibus, siue
 Bürgerlehen in Erb vnd Kaufffällen / die Handle-
 hen/ab Equestribus vero, siue Ritterlehen / Dienst
 vnd seruitia geleist werden. Quod vero nostro casu
 einige Handlohn niemals entricht worden / est extra
 omne dubiū: Quia potius in confesso. Nisi quod
 prætenditur, saltem in alienationibus, kauffen vnd
 verkauffen solitum, vt laudimia soluuntur. Sed id
 tanto tempore, quo Actorum maiores ea feuda
 Bambergensia obtinuerant, vsu nunquam eue-
 nisse. Est tamen & hoc non probatum: quia cer-
 tum est, quod in omnibus principum aulis, vbi ei-
 usmodi vigent consuetudines, summa diligen-
 tia obseruetur, vt sicut concessionibus & inuestitu-
 285 & registrantur, sic & quota numerati † laudimii,
 quæ plerunque incerta est, & secundum tempora
 mutatur, soleat designari, & per dictas registratu-
 ras, contingente casu, probari.

Cum itaque Dominus Episcopus, in suis ar-
 chiuis de eo nihil habeat, quod ostendat, certam
 eius rei definitionem inde sumere licet. Posito en-
 nim, sic esse, prout inde de casibus venditionum
 asseritur: Quia tamen Dominus Reus affirmare
 audeat, feuda Bambergensia, à Melberis ad Acto-
 res, per venditionem transisse, sicque de eo con-
 tractu prætendit, multo magis scire poterit, an &
 quid ab antecessoribus, nomine Laudimii, tunc
 temporis receptum fuerit. Vt taceam, impossi-
 bile quasi videri, tanto tempore Zolneros, ali-
 quid talium feudorum non emisse, vel vendi-
 disse.

His omnibus vires addit sententia, siue Br-
 thelsbrieff de Anno 1466. qua docetur Georg Zöl-
 ner zu Nürnberg / à Melberis, ratione feudi Bam-
 bergensia, von Episcopi Edlen Ehegericht, Erbarn
 Rhat vnd Ehehmannen / quorum fuerunt 18. fere
 omnes, adhuc cognita nobilitatis, conuentus &
 absolutus fuit, darauß abzunehmen / quæ sit quali-
 tas eorum feudorum.

Præcedentia confirmant actus 6. 14. vnd 15. po-
 sitionalium, quod videlicet ab Imperatoribus,
 Regibus, Electoribus, principibus, & nobilitate
 Francica, Actores, ipsorumque maiores, für Adels
 personen gehalten vnd beschriben worden. Designa-
 286 ta hoc loco sunt missiua plurimæ, † tam Princi-
 pum & Magnatum, quam priuatorum hominum,
 quibus verificantur variæ actus possessorii nobili-
 tatis, ab Anno 1392. Anno 1454. Anno 1460. 70.
 287 77. 80. Item, ab ipso Bambergensi, † quod Acto-
 res, ratione feudorum, sicut alii nobiles, beschrie-
 ben vnd erfordert / die auch mit ihren Leiben / Knech-
 ten vnd Pferden erschienen / vnd den Dienst
 aufgetwartet: vt puta, Anno 1487. scribit Henricus
 Episcopus, ad Heinrich Zölner auff dem Brand / in

der Statt Bamberg & mandat, daß er Geschmeck
 vnd Geschick zu seinem Eynzug wöll er scheinen vnd
 etlichen Herren Prälaten vnd Mannen in zimbl-
 chen Freuden heiffen vollbringen.

Deinde idem scribitur ad Georg. † Zolnerum, 288
 triduo post. Inde non satis mirari possum, quod
 dicitur, eos non vocatos, tanquam nobiles: Est e-
 nim contra sensum & rationem communem, daß
 die Zölner nicht anderst solten beschriben seyn / dann
 Friß vnd Hans / die Bawren zu Leignitz / oder Ham-
 merschmid / vt primus testis Episcopi somniat, oder
 daß Bawren / vnd der gleichen Hammer Schmid zu
 Fürstlichen Freuden / im Geschmeck zu erscheinen /
 solten beschriben werden. Sed hic obstat clarissima
 testimonia nobilitatis. Anno 1501. Episcopus scri-
 bit ad Georgium Zölner his verbis: † Unserm lie- 289
 ben getrewen / ic. in vnser Statt Bamberg / vnserm
 Gruz (nulla nec hic, nec in aliis missiuis facta
 mentione ciuis, vel ciuium, quibus in necessitati-
 bus & defensionibus iurium & bonorum, seuer-
 rissime, & quidem sub grauissimis penis, vt Ca-
 stra Dominorum sequantur, nec stationes & ius-
 sa deserant, mandatur, & minime blandiciis, siue
 precibus, ad hoc deslectuntur) wir begeren / in Fleiß
 bittende / du wöllest vns zu gut / dich in Rüstung vnd
 in Bereitschafft haben / ic. Et in sequenti Anno i-
 dem ad Martin. Wir bitten / du wöllest in Betrach-
 tung dieser Zeit / ein Ansehen auff vns haben / vnd mit
 deiner vermöglicher Rüstung / dich in Bereitschafft
 halten / ic.

His accedit, vt habet der Kauffzettel ad 13. arti-
 culum, † vbi Zolneri Episcopo ein reynigen Knecht 290
 zur Reys in Bngern geschickt / de Anno 1529. vt ta-
 ceam de aliis actibus similibus, außs Lechfeld / wi-
 der die Landgraffen. Item contra Albertum, Ele-
 ctorem Marchionem, vor Rost / ante centum An-
 nos & qui alias contingere.

Sic Anno 25. ex mandato Episcopi & Capitu-
 li Bambergensia, scribitur ad Matthes Zölner / † si- 291
 cut ad alios Nobiles. so Leut im Ampt Staffelstein
 sitzen haben / vt vigore eines Vertrags / suos subdi-
 tos, der Aufslag des zweinsigsten Pfenningis halben /
 siltat. Qui actus possessorius nobilitatis & liber-
 tatis, ab Episcopo & Capitulo proueniens, ita
 planus esse videtur, vt nullo prætextu obfuscarì
 possit.

Ea Franconia libertatis vsurpatio cõfirmatur
 per missiuam de Anno 30. † des Ausschuß der Ritter 292
 schafft / vnd Sächsischen Lehensverwandten vom
 Adel (quod bene notandum) des ohrts Francken-
 land / vbi requiruntur, vt compareant Matthes
 vnd Martins Erben / ic. ad consultationes com-
 munis necessitatis Franconica nobilitatis. Item
 Anno 38. iterum requiruntur Matthes / Hans
 Jörg / vnd Heinrich / † ad conuentum nobilitatis 293
 Franconia, vel vt mittant ratificationem conclu-
 sionum conuentus, sicut alii von der Ritterschafft.
 Abbas Ebberacensis, vicinus Episcopo Bamber-
 gensi, scribit ad Matthæum, tribuendo titulum
 nobilitatis. Quod idem ab eodem fit, Anno 8.

Similiter duo Comites Ooringenses, † Anno 294

23. per eiusdem titulos inuestiunt super feudis, n. 7. Et Abbas von Blanckheim/in Episcopatu Bambergensi, scribit Jörg Zöllner/ auctorem, dem Ehrbarn/ Besten/ de dato 1488.
- 295 Item Hans von Gich/ zu Centungsdorff. † scribit Anno 34. ad Henrichen vnd Jörgen/ cum titulo nobilitatis, & affines eos appellando.
- Item deputati nobilitatis des Gebirgs/ scribunt 296 ad ipsos in genere, Anno 42. † Wir befinden noch täglich/ das etlich/ so zu der Ritterschafft gehörig nit beschrieben worden. Cumque dubitemus, an licet ad vos peruenierint, mittimus vobis das gemeine Aufschreiben/ wöllen euch/ wie andere vom Adel noch täglich/ euch vor Schaden wissen zu hüten gewahrnet haben/ &c.
- 297 Et continuata sunt omnia hæc, † vsq; dum mota est lis, & deinceps ad tempus conclusionis testimonium, atque vt ex productis patet, fere vsque ad tempus conclusionis in causa, sicque ad Annum 65. 66. 67.
- 298 Omitto hic breuitatis studio referre, † actus complures ex iuribus Ducum Saxonie, item nobilitatis Franconie, in euidetissimum testimonium assertæ quasi possessionis: imo nec ex testium dictis & depositionibus plura cumulare nitor, cū pauca quædam saltem monuisse, sufficere possit, pro latius inuestiganda rei serie, & pro significatione, ne vel affectare vel sine rationibus, sententiam meam proponere videar.
- 299 Priuilegium domus † zum Brand/ sicut nobilitatem, aut libertatem personarum & rerum aliarum, quæ non sunt de pertinentiis domus, haud infert, ita minime possidentium iura & qualitates, aliarumve rerum conditiones, vel ante 200. annos habitatarum, vel postmodum, successu temporis acquiratarum, transformare, vel immutare potest, adeo vt p̄tem, materiam septimi articuli, vel ad ipsas, vel ad quasi possessionem libertatis, personarum & aliarum rerum patum conferre.
- 300 Video † enim id priuilegium mere reale esse, & nouas qualitates inhabitantibus non tribuere.
- Actus iudiciales, de Anno 1396. item 1431. item 301 1471. † præter effectus sententiæ & rei iudicatæ, quos in se complectuntur, etiam quasi possessionem libertatis & nobilitatis imprimis stabiliunt atque confirmant. Cui succedit validissimum argumentum articuli decimitertii, † quod in effectu Reus non diffidetur, licet alio sensu id percipiat. Facti enim veritas sic se habet, quod tempore rebellionis rusticæ, † die ganz Bürgerschaft zu 302 Bamberg sich zum Bawren geschlagen/ vnd Bawrisch worden: ita vt Senatus & ciues in ea rebellionem, ad suas partes & consortium quoscunque deprehendere potuerunt, tam Clerum, quam Aulicos, & alios, qui tunc non erant in albo ciuium, minis & violenta manu pertraxerint, eosque suo ordini & oneribus ciuilibus subegerint. Inde colligitur, quod illi coacti ante seditionem & coactionem, iuri ciuilitatis non fuerint subiecti, alias vel ipsi non habuissent opus relaxatione iuramenti, vel etiam necessarium fuisse, die ganze Bürgerschaft relaxari, quod neque factum, neque opus fuit, sed potius de nouo fidelitatem suo Principi iurare debuerunt.
- 304 Quod vero Zolneri auff dem Land/ † sampt derer Güter vnd Leut/ mit Stewren/ Beth/ vnd Aufschlagung jedes mahls frey gewesen/ vñ wie andere vom Adel vnd in solchen Fällen mit ihnen/ als andern Adels Genossen/ alle mahls gehalten worden/ deponunt testes Actorum, 7. 9. 10. 11. 14. 15. 16. 22. 23. 25. 27. 28. & 29. quorum dicta confirmantur euidetissimo testimonio ipsius Episcopi & Capituli, † quorum mandato der Anp̄tman vñ Rastner zu Staffelfstein scribunt ad Matthes Zöllner/ das sie sich mit denen vom Adel/ so Leut im Anp̄t Staffelfstein sitzen haben/ der Aufspruch verwardt/ eins Tags zu vereinigen/ darauff sie ihre Leut fordern sollen damit dieselben dem Vertrag gemäß belegt werden. Darumb zeigen sie ihme/ Matthesen/ solches auch an/ &c. Quo testimonio comprobatur, Episcopum & Capitulum mandasse officialibus, non vt cum rusticis, & ciuibus sich eines Tags vergleichen sollen/ sonder mit denen vom Adel/ in quem finem & propositum auch Matthes Zöllner beschrieben worden/ quod nulla firmitate conuelli potest.
- 306 Quibus accedit inconuincibile argumentum, quod † in seruit libertati à collectis, rerum & personatum Actorum, siquidem dominus Reus & prædecessores sui, ihre Ober vnd Unterst/ wernemmer/ Stewerschreiber/ qualis est primus testis Rei, vnd Stewer Registratur haben/ darauff solche officiales, ihren Superiore, jedes mals/ wann Stewer vorhanden/ wie bey allen Herrschafften vnd Obrigkeiten vnwidersprechlich gebräuchlich vñ herkommen/ berechnen müssen/ von vielen Jahren her gehabt vnd noch haben/ darauff in zufallenden Fällen sich gründlich zu bescheiden. Quibus locis & personis exactiones tributorum & collectarum fieri debeant. Sicut enim priuatus † tenetur ad connotationes exactorum, l. i. §. officio, de tut. & ration. distrah. leg. si statulibera. §. final. de statulibera. Ita collectarum solutio in scriptis redigenda, vt exactionis ratio per exactores reddi possit, per not. & Bart. in l. apparitores, Cod. de exact. tribut. lib. 10. Quod autem Actorum tam personæ propriæ, quam subditorum, † eorumque bona hæcenus immunes 308 fuerint, deprehenditur ex eo, quod ipsi, ipsorumque bona, in den Bambergischen Stewerbüchern vnd Registern nicht beschrieben noch befunden werden. Cuius contrarium dominus Reus neque satis aperte ausus est in suis defensionalibus asserere, nec quicquam de eo probauit, qui potius se in hac lue principaliter & potissimū fundat, ex decreto Imperii, Anni 44. sicque se defendendo, nõ agit ex usurpatione & quasi possessione iuris collectandi, sed arripendo literam illius constitutionis, ex ea solummodo sese sustentat: id quod tacite fateatur, se vel quasi possessionem iuris, siue seruitutis, exigendi collectas, ante annum 45. nunquam vsu passe.
- 309 Verū iuris est, quod creditur æstimis siue catastris,

309 Atris, quibus bona & prædia allibrantur, vt inducant, tam pro, quam contra se præfumptiones immunitatis. Quia cum ex inspectione æstimati bona percripta non comperiantur, non cogitur quis, pro illis onera subire. Eiusmodi enim libris creditur, & maior fides illis adhibetur, quam testibus, *Bart. in l. Titia retores, in 2. no. de l. i. vbi dicit,*

310 potest negatiua probari & ex inspectione scripturæ: quodque probetur, aliquem non esse allibratum in ciuitate, si non reperitur in libro libræ, vel non soluisse collectam, si non reperitur in libro soluentium, *Grammat. decis. 59. n. 16. Bald. in l. fin. C. de reb. credit. Grauet. conf. 313. post nu. 5. dicit, nullam meliorem probationem esse negatiuæ, quam inspectionem Aëtorum. Bald. in l. iustum, C. de edend.*

312 Et debet collectarum solutio & probari per scripturas, non per testes, *Bart. in l. i. num. 9. C. de apoch. publ. lib. 11. Bald. in l. 2. n. 18. vers. quero qualiter, C. de iure emphyt. & ibi Taf. & per Bart. & Dd. in l. decem, de verb. oblig. Festaf. Grauet. in sape allegatis locis, vbi cum Bartolo transire omnes.*

313 Quantum attinet ad officium Schulteti, & item prælaturam auffs dem Münchsberg / item assessoratum am edlen Lehengericht / & alia nonnulla, quæ parum releuant, & causæ inseruiunt: tum quod isti actus indifferentes & medii sunt, qui tam per ignobiles (vt asseritur per dominum Reum) quam per nobiles expediri potuerunt; imò quod ex actis nihil certi de antiquo more & vsu hac in re haberi potest: si tamen reliquæ circumstantiæ, de & quibus partim dictum, & minus est dubii, his actibus adiungantur, possunt negotio adminiculi aliquid præstare. *Materia 34. 35. articulo 7: quod videlicet, quoties nobilitas Franconia conleat suppeditare Imperii auxilium, sic jedes mal von den Zolnern vnd ihren Hinderfessen / wie von andern des Adels / dieselben Steuer eingemahnt / eingefordert vnd empfangen / vntd solches nicht heimlich geschæhen / sonder auff offentliche vnd mântiglichs wissende / des Reichs gemeine / bewilligte vnd publicirte Anlagen / vnd der Fränckischen Ritterschafft Aufschreiben.*

Quantum itaque pertinet ad quasi possessionem libertatis, contra impositiones & exactiones Bambergenses in genere, iam ostensum est ex actis & probatis, qualiter in præsentis facti specie, inter partes res sese habeat. Verum in auxiliis, concernentibus vsuum & necessitatē communis patriæ, & singulariter ipsum Imperatorem, nemo inficias ibit, quin olim non adeo frequentes, quā nostra ætate, vsuenerint. Imò alia atque alia ratio & mos & ea colligendi, & Imperatori præsentandi obseruatus fuerit. Quantum enim constat, & intelligi potest ex recessibus Comitiorum,

315 typis excusis, 1495. sub Maximiliano Primo, & quo tempore quodammodo die gemeinte Reichshülff exordium sumpserit, & collectarum exactiones per parochos, & nonnullos sibi adiunctos deputatos ex parochiis factæ, & Imperatori traditæ sunt. Deinde, Anno 1500. iterum alius modus

317 subueniendi Imperatori constitutus est, & vbi in

genere, der Ritterschafft halben im Reich sancitum, daß sie nach ihrem Vermögen auch etwas thun sollt; vntd daß in einem jeglichen Stüfft / Pfarrkirchē oder Kloster ein Kisten gesetzt / darein das Geld / so mit freyem Willen gegeben / geworffen / verwahrt vnd jährlich des Reichs Raht geliefert werde

In der Reichshülff contra Landfriedbrecher / de Anno 1512. & iterum habetur, quod nobilitas in genere (ac si tunc & alii nobiles immediatē contribuerint, & nondum, vigore der Landsessen / exempti fuerint,) sich auch gutwillig erzeigen / vnd ihre Vnterhanen oder Hinderfessen in solchen Anschlag sichten / einbringen / vnd dreyen auß der Ritterschafft jedes Landis die Eynnahm befehlen / vt per ipsos ea custodiat, & ad vsus militares postmodum exponatur. Sic & Anno 18. fit alteratio.

Anno 1542. item præscribitur alius modus & ratio colligendi à subditis, & des gemeinen Pfenning halben / vbi demū in specie nobilitati Franconia, Sueuia & Rheni, permisso Imperatoris, & statuum, indulgetur, ein eigene Truben vnd Eynnehmer zu verordnen. Inde conuici potest, quod ea occasione die gemeine Aufschreiben der Ritterschafft / & requisitiones nobilium ad contribuendum in die Rittertruben magis frequentata, & in vsuum deducta sit.

Idem & sequentibus Comitibus Anno 44. sancitum reperitur, & postmodum, quando communitia auxilia Imperatori, imprimis Anno 66. & 76. decreta sunt, & postquam nobiles, dictarum trium prouinciarum, suas arcas, siue Rittertruben ita instituerunt, & in vsuum deduxerunt, non sic earum vltior mentio.

Sed Actores nostri probarunt, & quod dictum tempore, quo permisso Imperatoris, solche Rittertruben zur Reichshülff / vntd gemeinen Pfenning ordinata est, videlicet Anno 42. post publicatum decretum Senatus Imperii, die Veneris post Matthæi, nobilitas Franconia, die Zolner auffm Dräd / Gebrüder vntd Bettern / ad contribuendum requisierunt, per hæc formalia: Wir befinden noch täglich / daß etlich / so zu der Ritterschafft gehören / nicht beschreiben. (notentur hæc verba in euidentissimum testimonium, daß sich die Zolner nicht eyngetrungen / sondern daß nobilitas Franconia selbst befunden / daß etliche so zur Ritterschafft gehörig / nicht beschreiben) Dieweil wir dann zweifeln / ob euch der gemeinen Anlag halben Schreiben zukommen / schicken wir / ic. Wöllen euch / wie andere vom Adel noch täglich (scilicet beschicht) euch für Schaden wissen zu hüten / gewarnet haben. Et paulo ante, videlicet Luna post Kiliani, ex mandato der sechs Orth in Francken / ita scribitur ad omnes Zolneros: Wir geben euch zuerkennen: ic. du wöllest dich / auch deine Vnderhanen vntd Lehen / vermög Abschieds / versterren / zu Eulmbach / sich in dem allem / neben der Ritterschafft / gehorsam erzeigen.

Et licet in eo Recessu, siue Abschied / Principibus Imperii, & aliis superioribus, facultas exigendi & recipiendi eas collectas, à suis subditis, non

minus, quam in reliquis sequentibus decretis Imperii, permiffa fit, certū tamen ex actis, ad eò, vt à nemine ambigi poffit, Dominum Reum, vigore eius decreti, tunc nihil vnquam ab Actoribus, & ipforum fubditis, vel exegiffe, vel exigere tentaffe. Quo infertur, Zolneros ftatim ab exordio † huius noui moris, exigendi, & Imperatori præfentandi collectas, in poffeffionem vel quafi iuris, in die Rittertruhfen zulegen/pertractos effe. Si itaque fele tunc ordini nobilium ingeffert, nil verifimilius efft, quam quod ftatim etiam foluerint pro fe & fuis fubditis eas collectas, in die Rittertruhfen. Si verò diftulerunt, vel non contribuerunt: tunc è diuerfo, validè infertur, quod fele non intruferunt.

323 Hoc fundamentum vnicum † potefit detegere depofitiones aulicas, quorundam, qui contrariū non erubefcunt velle perfuadere, contra totius nobilitatis Franconiæ fcripta, & acta notoria: ab eo tempore, vfque huc.

Deinde Anno 44. ferè fub eadem forma præfcribitur exactio def gemeinen Pfennings / fimul etiam decernitur, q̄ Imperator velit den Adel in Francken/ze. vñd dergleichen andere Perfonen/welche in den Anfchlegen def heyligen Reichs nicht begriffen feyn/zum fürderlichften an gelegene Malftett/einer jeden Landsart befchreiben/vñd mit ihnen handeln laffen. Vigore huius decreti, ftatim eodem

324 Anno, quo publicatum, † Cæfarei Commiffarii, Wilhelmus, Comes Hennenbergensis, & Ludouicus Huttenus, fcripto conuocant nobilitatem Franconiæ Schvveinfurdum, diefer Steuer halben / & fingulariter etiam alle Zölner auffm Brand/vt doctū per originalem miffiam, de dato Solis poft Catharinæ, qui efft 22. Nouembris, Anno 44. Inde factum, q̄ ftatim, tractato negotio cum nobilibus, etiā ambo Actores, Zolneri, fuam & fuorū ratā repofuerūt in die Rittertruhfen/proxima feptima poft mifericordias Domini, An. 45. nemine contradicente, nec repugnante, nifi quod Dominus Reus poftmodum incepit, prætextu proximi decreti, exigendo contributionē per inferiores fuos collectores, Actoribus moleftiam inferre.

325 Turbatio deprehenditur † ex Imperiali mandato de dato 17. Iunii Anno 45. Et inftrumento in em proteftationis, eodē Anno. Et ex alio mandato Cæfareo, cuius datum vltima Octobris, Anno 47. Et ex actis in aula Imperatoris, & toto caufæ proceffu in Camera. Concludo igitur, Actionem probatam.

An elifa?

Quæ ad elidendam Actionem, ex parte Domini Rei proponuntur, fummariè, tali argumento complecti poffunt. Recessus, fiue conftitutio de Anno 44. habet, q̄ quilibet ftatus fiue magiftratus, poffit eas collectas à fingulis, qui fub eorum iurisdictione domicilium habent, fiq̄ refident, exigere. Sed Actores eorūq; fubditi in ciuitate & Epifcopatu Bambergenti domicilium habent, ibiq; iuribus ciuilibus, fiue dem Bürgerrechten/

fubiekti funt: Ergo, &c. Maior propositio nihil aliud requirit, nifi vt infpiciatur difpofitio difti Recessus Spirenfis, & vt intentio & finis eius conftitutionis facti noftri fpeciei dextrè accommodetur. Minor propositio, q̄ videlicet Actores comprehendantur mit dem Bürgerrecht / ficut que ciues Bambergenses, nititur variis argumentis, hinc inde conquisitis, † videlicet partim à libertate fiue priuilegio domus, quā permittit Reus allein etlicher Bürgerlicher Wittleiden halben / & non personas inhabitantiū, immunes effe. Item † q̄ 327 Actorū maiores, officia ciuilia gesserint, Confules, Senatores, & Affeffores iudiciorū Bambergensium fuerint: Itē, † alios eius nominis & insignitorum Zolneros effe, & fuiffe ciues, die auch bürgerliche Handt rung vñd Gewerib getrieben/auch bürgerliche Weiber genommen/effe vnus eiusdemq; originis cum noftris Actoribus: Item Actores habere ciuilia feuda à nobilibus Franconiæ. Item † ab 329 Epifcopis, & quidē à fele ipsis ciues fe nominatos. Raliffe tabulas: fuiffe ciues Norimbergen. haben verfhloffene Wappen gehabt/werden zu Landtäger nicht befchrieben: Geben Lehngelt/oder Handlohn in Kauffen/Sehen zum Turniere nie/sonder/als Hammermeister/befchrieben.

Hæc omnia & fingula, qualiter per documenta & testes probata funt, latè abundè & follicitè à Dominis Referentibus propofita funt. Ideoque minimè conuenit, in eo terere tempus, & aliis expeditionibus neceffariis obftare. Sed in præcipua euertendæ actionis materia, in quā totius caufæ vis & κριτέριον, hoc nofiro iudicio poffefforio, confiftere videtur, Actores videlicet contra maiorū & aliorum eius nominis ciuium morē collectarū exactioni obftrepuffe, cum tamē aliquot collectas exoluerint, & in fpecie Matthes Zölner/die Bürgerliche Wittleiden getragen/vt continēt defenfionales, præfertim 3. 6. 36. & additionales, 27. 28. 29. 30. 31. Et fic Dominum Reum effe & fuiffe in quali poffeffione exigendi collectas. Allegantur quædam depofitiones vtriusque Rotuli testiū, vt puta 23. ad 16. positional. qui aliter non deponit, † nifi, quod nunquam audierit, daß die 330 Zölnerische Leut jemals gefteuert / weder wann man dem Adel auffgelegt / als im Türckenrieg / da der Adel gefteuert einmal oder zwey / da der Keyfer auffgelegt/oder mein Herr von Bamberg / da haben die Edelleut geben/haben fie auch geben.

Et testis decimusquartus feine parentes, & auus, † ante centum Annos, habuffe ein Gut zu Neufes/davon fie nie kein Steuer geben/auch nie begeri worden/aufferhalb im Bawrenrieg.

Testis 25. vt proximus: Hab auff feim Ehd † 332 weder Keyß noch Steuer darauff erfahren / es were daß feyt dem Bawren Krieg etwas darauff kommē.

Testis 26. non auduit, † das man zu vor von den 333 Zölnerischen Vnderthonē Steuer gefordert / weder was feyther der Bawrenreyß gefchehen / feither hat mans immer geben / er fo wol / als ein ander / feines Herrn der Löffelhöltsch Caftner zu Nürnberg / hab ihm den Befcheid geben/wie fich die Zölnerische verhielten/

hielten/solt er sich auch verhalten. Sie aber habens geben müssen/der gleichen er auch. Inde colligitur, daß jeder Underthan seyner Herrschafft/die Steuer erlegt.

334 Testis 28. dicit: † parentem ipsius habuisse bey 60. oder 70. Jahren ein Zölnerisch Gut / vnd davon nichts geben/weder was in der nächsten Steuer / de Anno 44. geschehen / da hab man die Zölnerische gestöck vnd geschick/hab Zölner die seynen wollen heraus ziehen vnd ledig machen / als wol der Adel seyne/hab es aber nicht geköndt.

Et testis primus Rei, ad 5. defensionale. Er weiß se sich nicht zierimern/† daß der Zölner Underthonen jemals gefreyet gewesen/sondern was andere des Stiffts Underthonen/bey Leben Matthes vnd Michels Vätter gethon / haben ihre Hundersassen auch thun müssen.

335 Et 21. testis ibidem: nunquam audiuit † daß Zölner oder ihre Underthonen gefreyet. Ex his depositionibus (quas recensere dignum putavi, siquidem ad hoc propositum, q̄ maximi momenti est, singulariter allegantur) præteritur: Reum probasse quasi possessionem recipiendi collectas, & inde pro se, & contra Actores, præsumi debere.

336 Sed si rectè perpendantur: non nisi de actibus, qui post tumultum rusticorum, An. 25. de quo in missiva Castners / n. 18. & aliis, quiq; lite pendente contigerunt, intelligi possunt.

In documentis Rotuli Domini Rei, nihil reperitur, quo hæc assertiones adiuuari possint. Facta igitur collatione hinc inde probatorū, ad sensum patet, Actorum testificata longe antecellere Domini Rei probationes, in hoc genere Actionis institutæ. Ideoq; actionem quidem probatā, à Reo vero non elisam.

Quid pronuncianum.

Pro Domino Reo fortiter stringit principaliter, quod ex ipsius documentis habetur, Actorum maiores olim ciues esse nuncupatos: vt in specificatione, n. 3. Michael & Georg Zölner / dicuntur ciues, & conciuies: Et n. 11. Duo Zölneri, Hermann vnd Friderich nominantur ciues. n. 13. Heinz Zölner / zu der Wunderburg / pariter.

Attamen maximè considerandum venit, quod ante 100. vel 200. An. Zölneri auff dem Brand / ab aliis Zölneris, qui ex profeslo semper fuerunt ciues, distinctis nominibus, facultatibus, successioneibus, vitæ genere, ob commercia ciuilia, statu atque possessione nobilitatis, separati fuerint, atque ad hanc litem. Etposito, q̄ ea documenta intelligenda essent de his, auff dem Brand / de quo documenta non cantant: Tamen non satis video, an concludenter inferre & argumentari liceat, hoc modo: Ante centum, & retro plures Annos appellati sunt ciues. Ergo nec tunc, nec ante, vel post potuerunt fuisse in statu vel possessione nobilitatis & libertatis Franconiæ (vt taceam, q̄ ea dispositio propriè pertineat ad petitorium) cum non videam, quæ lex, quiuè iurium interpretes ita concludant. Ciuis est, ergo non nobilis: præsertim, si de tempore centum, sesquicentū, & retrò

annorum, antequam ex confœderatione ciuium Imperialium, & aliis quibusdam gestis, contra ciues, odium & inuidia est orta, agendum foret.

Accedit, quod ciues & municipes, † etiam ho- 337 die proprie dicuntur, qui munera & onera ciuilia ferunt, vt per dominum Correferentem ex l. ciues, C. de incolis. 1. af. in l. si is qui, n. 300. de vsucap. addo Barr. in l. fin. §. idem rescripserunt, la 2. nu. 4. ad municipal. Si enim non subeunt munera, † repugnat allusio 338 vocabuli, & dicuntur ciues Castellani, seu terrigenæ illius ciuitatis, castri vel terræ, Bartol. in l. 1. n. 17. per eum textū. d. tit. ad municip. Quod non malè applicatur nobilibus, habitantibus sub Bambergenfi, cum accessione tamen libertatis, quam habent ex consuetudine præscripta, & ab Imperatoribus confirmata. Imo & is non dicendus ciuis, † qui in albo ciuium descriptus non reperitur, prout consuetudo vbique locorum. Quod autem nullus auff dem Brand / im Bambergischen Bürgerbuch zu befinden / licet aliquando ex Norimberga, Koburgo & Herzog Airach eo se contulerint, testatur extractum des Bürgerbuchs / sub num. 15. productum.

Nec nouum & inauditum est, inter ciues Bambergenses olim fuisse nobiles. Exemplum extat inter producta Rei, n. 8. de dato 1486. vbi Hans Fortsch appellatur ciuis. Daß aber die Fortschen ein alt adelich Geschlecht / notorium est, satisque constat ex actis, vnd haben die Zölner vor 150. Jahren Leben von ihnen empfangen. Is Fortsch vocat in inuestitura Zolneros seine Bettern.

Ita nunc inter Capitulares Bambergæ existit einer von Wanbach: sed acta nominant, ein Wartbach / ciuem Bamberg. Et sic possunt Zölneri nominati fuisse ciues, sub qualitate & modo, quæ probata est, ad instar antiquissimæ nobilitatis incolentis ciuitates.

Est valde speciosum, quod secundus testis Rei, per literas siue reuersum proponit. Matthes Zöllner se appellasse ciuem. Si verò aliæ circumstantiæ ex actis considerantur, impossibile est, quod Matthes / vir alias discretus, ita fuerit immemor, vt se nominarit eum, scripto, qualis esse nunquā voluit: & cui non modo parens, Georg / acriter & sedulo se opposuit, verum & ipse Matthes impugnauit, qui & ob hoc tabulas rasisse dicitur. Imò, Anno 25. vom Bürger Eyd absoluir worden / & à tot Electoribus, Principibus, & ipso Bambergenfi (vt supra recensui, & studio id nomen sapius expressi) inter nobiles est numeratus. Vt nō dicam de sententiis, in iudicio contradictorio obtentis.

Imò si ea literæ diligentius perpendantur, aliter continebunt. Ita enim habet: Facetur † Mat 340 thes Zöllner auff dem Brand / vnd dann Martin Leher / vnd Claus Lorber / Bürger zu Bamberg / als curator vñ Vormunder. Et in fine: Auff solchs wir Matthes Zöllner / vnd auch wir Vormunder / obbemeldtē vnserm Junckherrn Pflicht gethā. In qua dispositione † cum psonæ distinguantur, meritò fit, 341

- vt & epithetorum & qualitatum, debito modo, secundum circumstantias, & congruas personas, fiat relatio. Et inspiciatur, quod verisimilius est,
- 342 † aut quod plerunque fieri solet: & quæ fuerit verisimilis sententia eius, qui verba protulit, *l. in ambiguis, de regulis iuris, c. quacunq; 22. quæst. 5. l. in obscuris, de regulis iuris, cap. in Canonicis, 19. distinctione.*
- Iuuat hunc intellectû, quod *Fris Marschalck* à quo istæ literæ dicuntur prouenire, fuit cognatus *der Zöllner* / vt in *missiua ad 13. positionalem.* Nec parum dubitatur, quales sint hæ literæ, an fide dignæ: cum nec pars, nec Iudex in originali eas vidit, vel recognouit, nec ritè productæ sint.
- Licet autem ad possessorium ego tantum intendam, tamen, si petitorium decidendum foret, in maximis difficultatibus & dubiis fluctuandum
- 343 esset: & inter cætera expendendû, An, vt ea, † quæ domini Referentes in materia præscriptionis pro Actoribus allegarunt, æque facillè pro ipsis, in obtinenda sententia, militarent, quam pro Reo: attentis præsertim fundamentis, & communiculo *Dd. vt per Grauert. in sape allegat. consil. 111. & Festsas. in d. loco, part. 4. c. 4. concluditur.*
- 344 Item, an documenta antiqua, † in quibus Brandenses denominantur ciues, tanti sint præiudicii, vt iam, vel olim, in statu nobilitatis esse vel fuisse, non potuerint.
- 345 Item, an concludenter inferre liceat: † Verisimile est, omnes ex vna stirpe descendere: Ergo per 200. & vltra annos, exceptis muneribus patrimonialibus, in pari statu & qualitate permanere.
- 346 Item, an valeat argumentum: † Consecutus est specialiter priuilegium certæ habitationis: Ergo non est nobilis.
- 347 Item, ea habitatio vel domus, † non nisi in ciues loci alienanda: Ergo recipiens primò talem conditionem, necessariò est ciuis, cum tamen possibile sit, Baronem vel Comitem, multò magis nobilem, sub ea conditione domum habere potuisse, cum ea conditio propriissimè futuros solummodò actus respiciat.
- Item, an aliqua lege, vel vniuersali consuetudine inductum, † quod gerere honores & officia, sine aliis oneribus ciuilibus, in vrbibus, deroget nobilitati.
- 348 Item, an designatio † siue registratura vnius partis, cum præiudicio, & læsione alterius, ipso in scio & inuito, præponderet aliis rationibus & probationibus validioribus.
- 349 Item, an impossibile sit, † & deroget nobilitati, cum nobilis feudum ciuile, in forma ciuili, contra id, quod hoc tempore (vt quidam asserunt, quidam verò dubitant) vilitatè sit, ab alio nobili habet.
- 350 Item, an satis constet, † quod in Episcopatu Bambergensi hodie per Principem *Landtäg gehalten* vnd die freye Ritterschafft des Landts Francken ad eas tractationes beschriben worden. Cum plerunque de subsidiis Principibus largiendis ibidè tractetur, in quibus nobilitas Francica non habet, quod vel impediatur, vel consentiat. Liberi enim & exempti sunt, prout ex ea causa factû puto, quod & à Marchionibus Francicis multis annis, *weder Landtäg gehalten / noch die Ritterschafft darzu beschriben worden.*
- Item, an releuet laudum compromissi, † inter dominum *Reum*, & *Rotenhaimium*, tanquam res inter alios acta. Item, (cum ex actis constet, Brandenses non exercuisse commercia ciuilia) an solutio dationum de vinis, † ex propriis prouentibus & decimis, in vrbe venditis, quod eo modo & nobilibus & priuilegiatis permittitur, deroget nobilitati. Vel etiam, da sie sich verheyraten zu den *Hallern Pfirsingern / Castnern vnd Hegnern*: quia inferiores in specie non pratexuntur. E contra verò acta docent, das sie den von *Auffseß / Bich / Seckendorff / Marschalck / Echtenstein / Secretutter / Kreuzberg etc. gefreundt vnd geschwägert.*
- Tandem, An non ad probationem communis famæ & æstimationis, plurima requirantur, quod † videlicet per alias probationes ea non constatur, & testes super ea deponentes dicant, † se à fide dignis & honestis, non autè à maleuolis audiuisse: imò quod nec sufficiat dici, † auditum esse, nisi probetur, à quibus, *Decius consil. 57. num. 4.* vt sciatur, vtrum testes à fide dignis audiuerint, vel à maleuolis. *Alex. consil. 50. in causa. num. 11. lib. 1. Ferrar. in for. posit. Actoris, §. final. n. 7. Dec. consil. 37. in causa, nu. 9. 10. Ias. l. non hoc, num. 10. Codic. vnde legit.* Item, quod testificent, † se audiuisse à maiore populi parte, *Bartol. l. de minore, §. plurimum, nu. 2. de quæst. l. 2. §. eius, de testib. Alexand. consil. 59. in fin. lib. 5. & consil. 117. nu. 4. vol. 2.*
- Quodque non sufficiat dicere, sese audiuisse, † quia possit ab vno tantum audiuisse. *Mont. tract. fin. reg. c. 56. n. 2. 3. 4. Franc. Turzan. com. opin. c. 43. per tot.* Ideo testes hic rationem suæ scientiæ dicant, etiam † non interrogati, præsertim super notorio, *Iason l. si vero, §. qui pro Rei, num. 14. qui satisd. cog. Mont. d. loco, n. 2 3.* Productus enim super notorio, & fama, † nihil probat, nisi assignata ratione sui dicti, *Dd. in cap. veniens 1. de testib. Alexand. consil. 25. in causa. num. 6.* Quin etiam vnicus testis, vel plures singulares † fidem non faciunt, nisi probent de iisdem personis, locis, tempore. Et sit causa scientiæ separata à depositione, late per *Zaf. consil. 3. num. 58. 59. & seqq. lib. 2.* Sed sic est, vt & dominus Referens connotauit: testes nostro casu diuersimodè deponunt: quidam enim dicunt pro Actoribus, ipsos esse nobiles & pro nobilibus reputari: quidam, quod cum nobilibus connubiū contraxerint: quidam in dubio relinquunt: plerique verò Bambergensium, se aliter non scire, se ita audiuisse, se reputare eos pro ciuibus. Sed nullus cum ratione scientiæ, & dicti, loquitur. Imò ipsis refragatur totius nobilitatis Franco-niæ, quorundam Electorum, Principum, Prælatorum & Comitum testimonium, qui integrius iudicant de statu nobilitatis, quam alii, qui suspitione affectionis non carent, attento etiam, quod de forma status nobilitatis, per prouinciâ Franco-niæ,

conia, & non per ciuitatem solummodò, Bambergam, hic agitur. Quodque nec ibi, Bambergæ videlicet, sit communis & vniformis fama & opinio, testantur duæ quitantia, 10. Februarii An. 75. productæ, quibus confunditur asserta communis fama: fatentur enim duo Oblaier eius Capituli, his verbis: *Das der Edle vnd Ehrnuest Michel Zöllner An. 70. bezahlt/te.* Et sequenti An. wirdt Hans Zöllner per eundẽ titulum nobilitatis, von Oblaiern quitirt. Cum verò dominus Reus in suis cõclusionib⁹ fateatur, q̄ testes à se p̄ducti, mehret theils Bürger zu Bâberg: Itẽ, nobiles auch Dienfts halben daselbsten her kommen/ relinquitur hic sano iudicio, an tali testimonio, & quatenus fides adhibenda: iura hic inducere, & passum hunc discutere, superfluum puto. Cicero de Orat. inquit: *Homines maximè paribus aut inferioribus inuidet, cum se relictos sentiunt, illos enim dolent euolasse: sed etiã superioribus inuidetur sæpe vehementer. & eo magis, si æquabilitatẽ cõmunis iuris, p̄stantia dignitatis aut fortunæ suæ transeunt.*

His, inquam, ita perpensis, non satis liquidũ, imò periculosum, & minimè tutum esse † puto, vt ex huius causæ actis, seruitus, siue ius ciuitatis, Reo adiudicetur.

Quibus & id accedit, quod licet ex parte Rei, vt supra dixi, Extractum des Bambergischen Bürgerbuchs sit productum: tamen nec ex eo † nec alias edoctum, Brandenses vnquam in album ciuiũ, sicut alii ciues Zolneri, relatos esse vel se inscribi petiisse. Item, licet aliquando Bambergæ emigrarint, † extra Episcopatum, quod aliquoties contigit, tamen nunquam weder Steuerer/ Nachsteuer oder Abzug exoluiffe, quod ciuib⁹ & rusticis minimè indulgetur, præsertim Bambergæ, vbi pro 100. dantur 10. fl.

Item, quod nullibi probatum, † Brandenburgium aliquem iuramentum ciuium, den daselbst gewõhlichen Bürgerend, vnquam præstitisse. Quin potius, das Matthes/ An. 25. davon absoluir̄ worden.

Item, postquam senferunt, † in quam consequentiam velint trahi, voluntaria ipsorum officia, & dignitates ciuiles, his postmodum sese præfici recularunt.

Item, quod admodum graue nobis foret, † sententiam ferre contra sententiam. Nam ante centum annos, cum Senatus & Communitas einer Landsteuer halben (ad quod Reus & in hac causa principaliter intendit) egit contra Jörg Zöllner/ auum Actorum, vor dem Bambergischen Hoffgericht/ ad duo: Primò, das er/ wie andere Inmwohner vnd Bürger zu Bamberg/ sein Haab vnd Güter/ hie in der Statt/ vnd auff dem Land wõll anlegen lassen. Secundò, vt ostendat die limites seiner Behausung in Bamberg/ ne totam plateam occupet. Reus excepit, allegando suum privilegium: Darzu/ das er kein Bürger zu Bamberg/ sondern Episcopi Landsäß/ verdiene seine Lehen/ wie andere Landsäßten. Dar auff Actoribus nichts zuerkann̄t/ sed absolutus Reus: ita tamen, vt domus limites doceat, medio iuramento, cum duobus sacramentalibus.

Vt taceam de duabus sententiis, sub Wenceslao & Sigismundo, Regibus Romanis obtentis. Quæ vero sit vis, & qui effectus sententiæ, & rei iudicata, non curo referre.

Item, quod Imperatoris multum interest, † nobilium Rittertruhē non extenuare, auch nicht zu gestatten/ inde res & personas per status Imperii in ihr Cammer Gefäll einzuziehen/ vnd vnter ihr Gebührnuff der Anschlag/ vermög des Reichs Matricul/ einzumischen: vnd also Imperatori, & communi bono patriæ, solch commodum, so ihrer Mayestät an stat der Ritterdienst gelieffert werden/ auff den Händen zu ziehen.

Item, & Francorum interest † libertati, iuri, 368 priuilegiis, & ipsorum litis pendentia in hoc non derogari. Quæ omnia deprehendi possunt ex libello der Ritterschafft/ contra Actores hic, in causa mandati producto, ratione eines Zustands ihrer taxirten Anlagen. Videatur nonus articulus, & conclusio libelli. dicitur ibi, q̄ multum interfit nobilitatis, principaliter verò Imperatoris, der Ritterdienst halben/ vnd in ander Weg/ te. petunt p̄nunciari, das Rei schuldig/ sich wie andere freye Adels vñ Ritters Personen/ der sechs Drt Franckẽre gleichmässiẽ zu erzeigen/ cum expensis.

Item, quod Actores, de vitando enormi damno agunt, † videlicet, de repositione status nobilitatis, in ciuilitatem, vel rusticitatem, cum amissione libertatis, quæ non exiguum capitis diminutionem infert: sic & intuitu bonorum. Declarari enim ciues, † omnibus oneribus, der Folg/ Reich vnd jährliche Steuer/ subiicuntur, vt ipsemet Reus intrepidè asserit, in der Exceptionsschrift: Et consequenter, mit Verlust des zehenden Pfennings/ wegen der Nachsteuer vñ Abzug von alle vermögẽ/ vnd aller Güter/ tam allodialium, quàm feudaliũ: ad quod tamen nunquam obligati fuerunt. Sed dominus Reus † principaliter de lucro captando.

Licet enim recessus Spirensis † An. 44. §. vnd nemlich/ te. neminem immunem relinquat: & in §. damit aber solch/ te. solutionem collectæ solummodò in locis habitationum faciendam imponatur, tamẽ hoc in suis solummodò casibus accipiendum est, prout singulariter in §. demnach habent wir/ te. limitatur, † quoad nobiles Francia, & alios, qui sunt in possessione libertatis, vnd in den Anschlägen nit begriffen. Et §. doch sollen die gemeinen Bauwersteuer/ te. in genere limitatur ita: † Das allen hohen vnd nidern Obrigkeiten/ (late sumpta interpretatione, & de his, qui sunt in possessione libertatis Franconiæ, & subditos habent. Sunt correlatiua, † Unterhanen habẽ vnd Obrigkeiten seyn: quæ iurisdictionalia maximè dignoscuntur ex debito vel indebito, der Steuer/ Folg vnd Reich) das alles an ihren Rechten/ Berechtigkeiten/ vnd alte Herkommen/ vnischädlich vnd vnvorgriffen seyn soll.

Et quod nemo † hac via & occasione priuandus sit suo iure & possessione, neve inde iniuriarum nascatur occasio, vnde iura nascuntur, expressis verbis statuitur in antiquis & recentissimis Imperii decretis, q̄ referre superfluum puto. Sic q̄ e

378 status Imperii non ꝑ nisi nudum ministeriũ, tanquam Commissarii Imperatoris, præstant, in collectione des̄ gemeinen Pfenningis / die auch ih̄rer Mayestät nicht fürzugreifen: quod fauorabilior
379 est ꝑ causa libertatis, quam seruitutis. In d̄ bona
380 libera ꝑ præsumuntur, nisi probetur seruitus.

Vtque tandem finem faciam: In possessorio
381 retinendæ, ꝑ Actori probandum est, quod tempore turbationis, & litis contestationis possederit, *§. retinendæ. ibi Ioh. Fab. §. commodum, de interd. inst. Ferrar. in form. libell. pro turb. poss. nu. 1.* Hoc enim sine controuersia sufficit, cum Reus non probat, se medio tempore possedisse: nam tunc præsumitur continuata possessio. Alias, ꝑ si Reus medio tempore possidet, Actor clandestinitatem vel violentiam probare debet, vt latè per Menoch. dict. remed. n. 556. & sequentib. Et ne tempus consumam allegationibus, quasdam generales theoricas *Id.* referre sufficiat: quod videlicet in acquirenda rerum seu iurium incorporalium possessione,
383 requirantur ꝑ animus, & congrui actus acquirentis.
384 Item ꝑ vsus, non vi, clã, vel precario. Item, sciẽtia ꝑ & patientia aduersarii. Item, quod in hoc
385 interdico (casu, quod vterque probasset possessionem) is obitinet, cuius possessio conualidatur optimis actibus. Item is, ꝑ qui habet prioritatem possessionis, nisi clam, priorem possessorem
386 inscium deiecerit. Item, ꝑ quod clandestina vel violenta possessio probatur, eo ipso, quod constat de antiquiore. Item, ꝑ melius probat & ob-
387 tinet, cuius intentio magis consona est rationi, vt si vnus probet cum titulo, quia talis possessio magis
388 iustificatur per viam rationis. Item, ꝑ fictione iuris non dicitur vterque probare, sed ille solus, qui melius probat: quia fortior probatio minus
389 fortem eneruat. Item, ꝑ illius fundata est intentio, de iure communi, qui potestatem, & ius Imperatoris potius defendit.

391 Quod autem Actores, ꝑ possessionem vel quasi, libertatis, à seruitute, siue onere exigendi collectas, & quidem titulata, per sententiam & rem iudicatam, contra Episcopum, præsertim der Bürger vñnd Landsteuer / auch Folg vñnd Neiß halben / satis probarint: dominus Reus verò suis probationibus longè minus præstiterit, *ex supra enumeratis actibus, satis constare puto.*

392 Similiter etiam, ꝑ quoad gemeine Reichssteuer / indifferentem (cum recessus Imperii eundem modum hodie præscribant, & vna contributio in alterius locum successerit, eademque vbique sit
393 ratio) quia & in hisce collectis, ꝑ vigore Abschieds / attendi debet, das Recht / Gerechtigkeit vñnd alt. Herkommen der gemeinen Land vñnd anderer Steuern / vt secundum ius & consuetudinem earum contributionum, & hæ regulentur, & exigantur. Alias verba eius constitutionis, de Anno 42. 44. erunt
394 sine effectu: cum ibidem noua forma, ꝑ & nouus modus, qui antea nõ ita fuit obseruatus, videlicet, qualiter reponenda & exigenda sit pecunia, & à quibus personis, in die Rittertruh̄en. Quo casu, vñnd so viel die Rittertruh̄en vñnd gemeinen Pfenning an-

triff / non potest, propter nouitatem eius, anti- quũ ius & consuetudo allegari: sed potius id metiendum est, ex quasi possessione vel libertatis, vel seruitutis, der jährlichen vñnd gemeinen Landsteuer: & sic id referendum & intelligendum de personis & rebus, quæ aliis statibus Imperii mit Steuer nicht vnterworfen / vt colligitur ex dicto §. Doch sollen die. ibi: Sollen die Bawren Güter so nach Sag dieser Ordnung geschetzt werden den D. brigkeiten die sie zu belegen / von Alters hero in gewöhnlichem Gebrauch hergebracht / anzulegen vnbenommen sondern vorbehalten werden. Ergo, à contrario sensu: Da es nicht also hergebracht / locum habet sequens versiculus, vt supra dictum: Quibus comprobatur, quod Reus, ratione der bürgerlichen Steuer vñnd der Landsteuer / se malè fundet ex Abschieden / des̄ gemeinen Pfenning halben, cum vix sit, quod sibi magis aduersetur, quam ipse recessus. Et sicut Actorum ꝑ quasi possessio exigendi
395 & soluendi den gemeinen Pfenning in die Rittertruh̄en / est antiquior, quam domini Rei, licet non magno interuallo sequatur turbationes. Ita etiam Actores iuuantur ꝑ legitima possessionis causa,
396 titulo & autoritate, tam ipsiusmet Imperatoris, quam nobilitatis Franconiar. Imperator enim initio harum contributionum, ꝑ Anno 44. & 397 postmodum Anno 67. per suos Commissarios Brandenses, in statum solutionis, in die Rittertruh̄en, reposuit. Nobilitas verò ꝑ non minus ab
398 Anno 42. 44. & vsque huc, tam se, quam Actores, in quasi possessionem der Rittertruh̄en / mit dem gemeinen Pfenning eyngestellt. Qui, quo iure, quæ ratione sua possessione deiiciendi sint, non video. Si enim præoccupatio seu præuentio, aliquo casu locũ haberet, maxime hic prout Imperatoris, & totius nobilitatis id attendi posset, cum Reus non, nisi de nouo lucro ꝑ captando,
399 contendat. Eas, inquam, exactiones & solutiones Bambergenses, ꝑ demũ secuta sunt postulationes
400 & extoriones, vt ostendit protestatio Actorũ, de dato 30. Decembr. An. 45. & sic initio An. 46. alia que facta, pendente lite, subsecuta: quæ per supra deducta, meo iudicio, ꝑ turbationes verius dicenda
401 sunt. Quæ turbationes minus, ꝑ quam agentium,
402 Imperatoris, & nobilitatis Franconiar anterior possessio in exigendo, recipiendo & reponendo collectam des̄ gemeinen Pfenningis in die Rittertruh̄en / attendendæ erunt.

Concludo pro Actoribus, in communi forma interdicti retinendæ pronuntiandum esse: cum reuocatione attentatorum omnium. In vnum enim finem omnia ea sunt acta. Sed causa finalis attendi debet: & regulatur actus ꝑ à fine, in
403 quem dirigitur: *iuribus vulgaribus.* Alias enim Episcopi parum vel nihil inter esset: cum in tanta vrbe non desint alii ciues idonei ad iudicia: Velim tamen Episcopo retinere suum ius, da Actores (sicut alii nobiles, quorum, vt audio, plures nunc Bambergam inhabitant) Güter in der Statt innen hetten oder possedirren / so in das Bürgerrecht vn- widersprechlich bißhero gehörig gewesen.

Expens

404 **Expenfas libenter compenfarem.** Obftat ta-
men generalis regula, † l. *properandum*, S. *fin autem*,
C. *de iudic. ca. finem litibus, de dolo & contum.* Quia vi-
ctus victori in expenfas condemnatur. Item cul-
405 pa, † & ſcientia iuſta cauſa litigandi: quam hoc
loco victus habere poteſt, ex ſententia & re iudi-
cata, vt dictum. Ex quieta poſſeſſione, vel quaſi,
406 libertatis aduerſarii. Ex geminatis Cæſareis †
mandatis pœnalibus, ante litem cœptam, & aliis
actibus, præſertim proteſtatione Actorum, & do-
cumentis, tunc Reo exhibitis, vt per tradita Do-
ctorum in locis allegatis per *Menoch. remed. 3. n. 656.*
& ſeqq. Si tamen compenfationis iuſta rationes
hoc caſu ad eſſe viſum fuerit, quarum *Lanfrancus*
quaſdam recenset, in *praxi c. 11. de expenſ. n. 3.* nec mi-
hi id diſplicebit.

Ad pœnas mandatorum quod attinet, licet
per tradita Doctorum, in locis paſſim allegatis
per *Menoch. remed. 3. n. 603. vſque 663.* non immeri-
to dubitetur, quid ſtatuendum: Placet tamen
Dominorum Referentum ſententia, vt id ſilento
prætereatur.

Saluo.

Aliud, in eadem cauſa.

Ex argumentis, vt per Referentes, dicit, *Zol-
neros* ciues eſſe. Satis imprudenter ex quibus-
dam dictis teſtium partialium & ſingulorum,
(vt alii) Iuris præſumptionem eſſe pro Reo, quæ
non eſt elifa per Actores. Ideo abſoluit Reum ex
Abschied An. 44. vult progredi in petitorio cum
Referente. Putat officium Iudicis, † præſertim
hoc iudicio, requirere, vt lis præcidatur: maximè cū
408 & poſſeſſoriū † cū petitorio liquidaſſe decidi poſ-
ſit, c. *cum dilectus c. cum Eccleſia Surina. c. cum ſuper, de*
409 *cauſ. poſſ. & prop.* ne nimirum † cauſa continentia
diſtrahatur. l. *nulli. vbi Iaſ. n. 3. Cod. de iudic. Bartol. in l.*
naturaliter. S. nihil commune. n. 17. ad ſi. vbi Iaſon n. 180.
*Ripa n. 81. de acquir. poſſ. Ferrar. in form. lib. de turbat. poſ-
ſeſſ. verb. ad caſſandum. n. 8. præſertim ſi nulla (vt &*
410 *hic factum) de ſe, † petitorio non ingerendo aut*
intromittendo, vt loquuntur, proteſtatio inter-
ponatur. *Iaſ. in d. S. nihil commune. Boer. deciſion. 238.*
n. 5. verſic. & hoc cum proteſtatio. Vult clauſulam re-
ſeruatoria omittere. In reliquis, vt Referentes.

411 **D. S. Petitionem libelli † inſpiciendam,** *Iaſ. S.*
omnium. inſtitut. de action. nu. 129. Dec. conſil. 62. vol. 2.
Mynſing. reſponſ. 25. n. 2. Sed hic cita petita: Ergo,
& c. l. *vnica. C. vti poſſid. l. 1. S. Interdictum. ff. eod. Myn-
ſing reſponſ. 26. n. 1. Contard. in ampliât. n. 59. l. vnica. C.*
ſi de moment. Hoſtienſ. de cauſ. poſſ. & propr. n. 3.

D. L. Poſſeſſorio actum, Probatam nobilita-
tem, ſed nõ quoad Franconia nobilitatem. Ideo
dicit, eam non probatam. Concludit cum Refer-
entibus, compenfatis expenſis, & adiecta clauſula
reſeruatoria priuilegiõrum, vt Dominus Referens.

412 **D. N. Concludit cum Q. in principali poſſeſ-
ſorio, & c. Et Reo demum † iniungendam pari-
tionem Mandatorum, ſub euentuali ſolita.**

D. C. Cum Referente.

D. S. Cum Correferente.

- 1 **Actio reali, hoc caſu, quare agi non poſſit.** Nec a-
ctio personali num. 2.
- 3 **Actio personalis contra ſucceſſorem ſingularem, nul-
lo modo locum habere poteſt.** & num. 7. 22. Limi-
tatur num. 23. Sed reali actione ad ipſa bona agi-
tur. vt num. 24. & ſeqq.
- 4 **Cauſa petendi, ſiue medium concludendi, in libellis
exprimendum eſt.**
- 5 **Narratio, qua non proportionatur concluſioni, viciat
libellum.**
- 6 **Iudicis officium non præſupponit obligationem.**
- 8 **Libellus regulariter ineptus dicitur, quando ex eo non
concluditur ius agendi.**
- 9 **Sententia ſuper inepto libello lata, eſt ipſo iure nulla
etiã parte non opponente: Nec Iudex appellatio-
nis talem ſententiam reformare poteſt, ſed neceſſa-
rio ſuper nullitate pronunciare debet, num. 10.**
- 11 **Officium iudicis eſt latiſſimum, competitque ex mera
æquitate, vbi obligatio deficit.**
- 12 **Probatio vltior quare hic iniungenda non ſit.**
- 13 **Is, cui per diuſionem res vel bona obuenerunt, debitum
hoc, ſiue annuam penſionem, cuius nomine Actori
alia quadam penſio per N. arreſtata eſt, ſolus exolue-
re tenetur, neque illud in damnum coheredis ſui,
vel denegare vel diſſerre poteſt.**
- 14 **Actio personalis vt puta, Condictio ob cauſam,
cauſa non ſecuta, vel condictio ex l. 2. C. de reſcind.
vendit. danda erit coheredi Actori, contra alterum
haredem, in mora exiſtentem, vel reuuentem. &
numero 15. Ratiõ eius numero 16.**
- 16 **Diuiſio bonorum vel rerum, eſt inſtar emptionis, &
permutatio quadam, habetque vim tranſactionis:
Vnde præſcriptis verbis Actio competere poteſt, ex
Theilzettel tanquam ex contractu innominato.
num. 17.**
- 18 **Emptor rei obligata, in pari quodammodo conditio-
ne, cum ſuo authore, ſiue venditore cenſeri de-
bet.**
- 19 **Succeſſor ſingularis, vbi conſtat rem vel fundum cer-
to onere eſſe obligatũ, etiã conueniri poteſt. Cum
res tranſeat cum ſuo onere.**
- 20 **Emptor fundi, quod non teneatur ex personali obliga-
tione, ad præſtationem frumenti, quando hoc pro-
cedit.**
- 21 **Penſio ſi ſuper aliquo fundo conſtituitur, tunc fundus
dicitur obligatus, & ad quemcunque fundus tran-
ſit, & onus.**
- 28 **Actio personalis in rem ſcripta, tranſit etiã in ſin-
gularem eius, cui competit.**
- 29 **Actiones in rem ſcripta que, & n. 31.**
- 30 **Iudicium officium in rem ſcriptum eſt, quoties æquitas
dicitur, vt detur in ſucceſſore.**
- 32 **Succeſſor ſingularis, vel tertius à quibus poſſunt con-
ueniri, & n. 33.**
- 34 **Fundus tranſit cum ſua cauſa & onere, n. 21.**

- 35 Actiones personales semper præsupponunt obligationem.
- 36 Actione nulla existente, Iudex ex officio repellere potest agentem.
- 37 Actori nostro qua remedia supersunt. & nume. 38. 39.
- 40 Actor cui adhuc in subsidium, vel actio in factum, vel officium iudicis competit, audiendus censetur.
- 41 Actio in factum quando dari potest, & cui competit. & n. 47.
- 42 Reus noster ex equitate quadam propter scientiam qualitatis Rei emptæ, Actori videtur obligatus. Imò & ex ipsius confessione, licet limitata. numero 43.
- 44 Reus argumento singularis successoris, in rem vitio violentiæ affectam, scientia mediante obligatur.
- 45 Actor quando non tenetur expectare damnnum futurum.
- 46 Actio extraordinaria & subsidiaria in factum, quandoque cum officio iudicis concurrere potest.
- 48 Ad iudicis officium spectat providere, ne fraudes committantur.
- 49 Actio personalis in hoc casu, an detur in subsidium, contra singularem rei successorem, Doctores non conveniunt.
- 50 Reus noster, tanquam emptor, quare sit obligatus ipsi venditori. vt n. 51. 52.
- 53 Actio personalis in rem scripta sequitur possessionem.
- 54 Actio mera personalis quando dicitur.
- 55 Actio in rem scripta, quando dicitur.
- 56 Actoris intentio hic ita fundata videtur, vt onus probandi contrarium, in rem quodammodo transferat. Rationes huius quæ num. 57. 58. & 60. 63. 64. 6. 66. 67.
- 59 Possessor rei obligata conveniendus est.
- 61 Venditio sub qua conditio facta.
- 62 Dicitio uniuersalis, Beschwerden/ quomodo hic intelligenda.
- 68 Propter præsumptiones plures concurrentes, probatio contrarii, merito in aduersarium reuocanda videtur.

Quia ex narratis libelli non videt, Actionem competere aduersus Reum, ideoque causam ad correferendum dedit. Nam Actio Reali, † agi non potest: Quia Reus nihil detinet, quod Actoris esset, vel, in quo Actor dominium prætenderet: Quod in reali actione, tanquam causa proxima, exprimendum in libello ¹ *Gail. obs. 61. lib. 1.* Et actione personali † agere non potest: quia inter Actorem & Reum nihil contractum: Vnde Reus Actori non est obligatus, sed inter tertium contractus celebratus, vt inter *Woffen* / & *Wes* / *re*. Hinc est, quod Reus noster sit ² successor singularis, † contra quem actio personalis nullo modo locum habere potest. *l. fin. §. fin. de contrab. empt. l. 1. §. heres ad Trebell.* Ita tenet & communem dicit *Alexand. consil. 10. volum. 1. Zas.*

consil. 12. nu. 3. 4. vol. 1. Cum itaque causa petendi, † siue medium concludendi in libellis exprimendum sit, vt *not. inc. dilecti. verb. Electio ibi Abb. de iud.* Et in nostro libello aptum medium concludendi, & causa apta non exprimitur, libellum hunc vt ineptum reiciendum putat. Nam narratio † non proportionatur conclusioni: quod viciat libellum, per ea quæ tradit *Paris de Put. in tract. de Syndic. in verb. sententia c. 4. incipi. an dictum Capitulum n. 4. fol. 409.* Quia dicit se possessorem, & concludit, restitutionem domini fieri. Imo ne iudicis officium commode Actori dari potest. Nam illud † non præsupponit obligationem *l. qui per collusionem de action. empt.* Et constat nostro casu, inter quos contractus factus. Accedit officium Iudicis, non conceditur † contra singularem successorem: ⁷ *Panorm. c. sape. n. 8. & Ripa. nu. 9.* vbi dicit esse communem. *de restit. spoliat.* Quare non attenda litis contestatione, & quod nihil exceptum sit contra libellum in specie, sed saltem dicat in genere Reus in der *Widerlegung Schrift* daß sich Actor nicht an mir / sonder an einem andern / seines Schadens erholen mög. Super hoc libello nihil pronunciarum, tanquam super inepto, quod ex eo non constet, Actori actionem competere aduersus Reum. Regulatiter enim tunc libellus † ineptus dicitur, quando ex eo non concluditur ius agendi *l. 2. C. de form. action. sub. ibi gloss. in verb. si apta Gail. obs. 66. n. 2. lib. 1.* Cum sententia † super ⁹ inepto libello lata, sit ipso iure nulla, etiam parte non opponente. *c. cum dilecti de empt. & vendit. c. examinata. de iudic.* Quod vsque adeo verum est, quod Iudex appellationis † non possit talem sententiam ¹⁰ reformare: Sed necessario super nullitate pronunciare debet condemnando Actorem in expensis. *Gail. obs. 66.* Reum itaque ab obseruatione Iudicii absolueret, & Actorem in expensis condemnaret, reseruato ei iure agendi coram ordinario, ex alia causa, quam habere potest.

Verum cum multæ præsumptiones sint contra Reum, vt allegantur partim in der *Probationsschrift* / partim in der *Consutationschrift* / & officium Iudicis sit latissimum † *l. 1. de iuris. om. iud. & competitat ex mera æquitate, vbi deficit obligatio: Bald. in l. si. §. sin autem. C. de furt.* Et imploratur pro sententia ferenda pro seruitute Rei: *Specular. in tit. de primo & secundo decreto. vers. Quid sit.*

Si dominus visum fuerit, hoc casu Iudicis officium dare, non refragabitur. Sed hoc casu opus erit, finiungere vltioriẽ probationem: nam vt ¹² que pro se allegat sein theilungs Zettel: Quæ ita sunt exhibitæ in Copia, vt fidem facere non possint. Et hoc casu pronunciare existimaret, vt in originali exhibeant d. Zettel / & desuper fieri, quid iuris.

Saluo, &c.

Aliud.

D. B. Quia super libello nihil excipitur, sed litis contestatur, & Reus pro dimidio Frumenti litigiosi se teneri: ad reliquum verò Actorem teneri contendit. Vnde se etiam absolui, & decem modios ^{frumen-}

frumenti Herbipolensi, pro Actore, errore quodam solutos, restitui sibi petit, merito dubitari potest: An nō Actori Actio aliqua competat, & qualis instituta: Et an probata sit.

13 Et quoad primum, æquum vide: ut, quod t̄ is, cui per diuisionem res vel bona obuenerunt: (Sicut Actor de quodam Wolffsen von Nenzen/filiis a Terit) debitum hoc, siue annuam pensionem, cuius nomine Actori alia quædam pensio per Leuchsenberg arrestata est, solus exoluere teneatur, neque illud in damnum cohæredis sui, vel denegare, vel differre possit: Eo enim casu personalis actio t̄ danda erat cohæredi, Actori, contra alterum hæredem, in mora existentem, vel renuentem, ut puta condictio ob causam, causa nō secuta. l. vbi Bart. & Dd. communia vtriusque Iudic.

15 Vel officium Iudicis. Vel condictio t̄ ex l. 2. C. de resmā vendit. Tanquam læso & decpto. Schurff. cōsilio 66. nu. 4. vel similis: cum diuisio sit instar emptionis, t̄ & permutatio quædam, Dd. in d. l. 1. Et habet vim transactionis. Marian. Socin. consilio 128. n. 118. in 1. part. Baroc. de compromiss. quest. 4. n. 27. verb. diuisionū. per l. tres fratres. de pact. Vnde & præscriptis verbis t̄ Actio cōpetere potest, ex theil Zettel, tanquā ex contractu innominato. Schurff. conf. 6. n. 2.

Et licet translatum sit d. onus in Reum, sicque tertiam personam ex: raneam, titulo emptionis:

18 In pari tamen t̄ conditione quodammodo cum suo authore, siue venditore censerit d. bet: nimirum, quoad iura dictorum bonorum, tam actiue, quam passiue. Nam vbi constat, rem vel fundum certo t̄ onere esse obligatū: Tūc etiam singularis successor conueniri poterit: cum res transeat cum suo onere, l. 1. C. de annon. & tribut. libro 10. leg. seruitutem. de seruit. rustic. prædior. Bartol. in leg. si tertius. §. si quis prius. numero quarto. de aqua pluui. arcend. lat. Vent. de annua præstat. part. 2. question. 31. numero 4. §. 6. Capoll. de seruit. vrb. præd. capitulo secundo, in fin. versicul. tertia est vt: lit. as. Neque obstat l. fin. in fin. de contrahend. empt. vbi Emptor fundi, t̄ non tenetur ex personali obligatione, ad præstationem frumenti, quia illa procedunt, quando promissum vel dictū erat, prælati debere ex redditib., vel de fundo, vel ex prædiis. Quo casu nō dicitur seruitus concessa, vel res obligata: Sed solum personalis actio contra assignantem competere: Et tunc alienatō fundo, non transeat onus in singularem successorem nec contra illum agi poterit. Ripa l. prima, §. si hæres. in princip. columna secunda, ad Trebell. Aretin. consilio 70. numero secundo. Secus, si pensio constituebatur t̄ super tal fundo: quia tūc res dicitur obligata, & ad quemcunque fundus transit, & onus.

19 Tūc etiam singularis successor conueniri poterit: cum res transeat cum suo onere, l. 1. C. de annon. & tribut. libro 10. leg. seruitutem. de seruit. rustic. prædior. Bartol. in leg. si tertius. §. si quis prius. numero quarto. de aqua pluui. arcend. lat. Vent. de annua præstat. part. 2. question. 31. numero 4. §. 6. Capoll. de seruit. vrb. præd. capitulo secundo, in fin. versicul. tertia est vt: lit. as. Neque obstat l. fin. in fin. de contrahend. empt. vbi Emptor fundi, t̄ non tenetur ex personali obligatione, ad præstationem frumenti, quia illa procedunt, quando promissum vel dictū erat, prælati debere ex redditib., vel de fundo, vel ex prædiis. Quo casu nō dicitur seruitus concessa, vel res obligata: Sed solum personalis actio contra assignantem competere: Et tunc alienatō fundo, non transeat onus in singularem successorem nec contra illum agi poterit. Ripa l. prima, §. si hæres. in princip. columna secunda, ad Trebell. Aretin. consilio 70. numero secundo. Secus, si pensio constituebatur t̄ super tal fundo: quia tūc res dicitur obligata, & ad quemcunque fundus transit, & onus.

20 Tūc etiam singularis successor conueniri poterit: cum res transeat cum suo onere, l. 1. C. de annon. & tribut. libro 10. leg. seruitutem. de seruit. rustic. prædior. Bartol. in leg. si tertius. §. si quis prius. numero quarto. de aqua pluui. arcend. lat. Vent. de annua præstat. part. 2. question. 31. numero 4. §. 6. Capoll. de seruit. vrb. præd. capitulo secundo, in fin. versicul. tertia est vt: lit. as. Neque obstat l. fin. in fin. de contrahend. empt. vbi Emptor fundi, t̄ non tenetur ex personali obligatione, ad præstationem frumenti, quia illa procedunt, quando promissum vel dictū erat, prælati debere ex redditib., vel de fundo, vel ex prædiis. Quo casu nō dicitur seruitus concessa, vel res obligata: Sed solum personalis actio contra assignantem competere: Et tunc alienatō fundo, non transeat onus in singularem successorem nec contra illum agi poterit. Ripa l. prima, §. si hæres. in princip. columna secunda, ad Trebell. Aretin. consilio 70. numero secundo. Secus, si pensio constituebatur t̄ super tal fundo: quia tūc res dicitur obligata, & ad quemcunque fundus transit, & onus.

21 Venent. dict. loco. Capoll. dict. cap. secundo, per tot. personali tamen actione t̄ regul. riter non potest agi contra tertium, siue successorem singularem, d. §. si hæres. ibid. late Ripa. vbi tradit reg. cum §. fillent. de quo Guid. Pap. decision. 576. numero 1. 2. Nisi sit legatarius, t̄ vel donatarius hæreditatis, quod est nomen iuris, & sponte velit subire iudicium, ita quod non opponat, se non posse conueniri, vt leg. 2. Codic. de pact. Inuitus enim non potest cogi l. fin.

22 Venent. dict. loco. Capoll. dict. cap. secundo, per tot. personali tamen actione t̄ regul. riter non potest agi contra tertium, siue successorem singularem, d. §. si hæres. ibid. late Ripa. vbi tradit reg. cum §. fillent. de quo Guid. Pap. decision. 576. numero 1. 2. Nisi sit legatarius, t̄ vel donatarius hæreditatis, quod est nomen iuris, & sponte velit subire iudicium, ita quod non opponat, se non posse conueniri, vt leg. 2. Codic. de pact. Inuitus enim non potest cogi l. fin.

23 t̄ vel donatarius hæreditatis, quod est nomen iuris, & sponte velit subire iudicium, ita quod non opponat, se non posse conueniri, vt leg. 2. Codic. de pact. Inuitus enim non potest cogi l. fin.

Codic. de hered. action. leg. 2. in fin. de hered. & action. vendit. Guid. decision. 60. numero 1. & 2. Sed reali actione t̄ ad ipsa bona agi potest, argum. leg. fin. §. fin. auctem avaritia. Codic. commun. de legat. de quo Bartol. in l. qui Roma. §. duo fratres. de verb. obligation. Ripa ibid. numero 85. Nimirum vel hypo. hecaria, t̄ glossa dict. 25 §. si hæres. verb. sequitur. Vel confessoria. t̄ Venent. 26 dict. loco question. quarta. Vel officio Iudicis, t̄ non quidem personali, sed quod est in rem scriptum Bartol. in dict. §. si quis prius. numero quinto. Sicut etiam personalis in rem scripta, t̄ transit in singularem eius, cui competit, vt tex. us est in dict. §. si quis prius.

Dicuntur autem t̄ in rem scriptæ illæ, quæ non competunt alicui ex suo cōtractu, vel quasi, sed ex dispositione legali, vel ex facto vel delicto, occasione videlicet illius, cui competunt. Castrensis ibidem numero secundo, & Ripa in dict. §. si hæres. numero 44. Vbi ex sententia Bartoli dicit, Iudicis officium esse t̄ in rem scriptum, quoties æquitas dicitur, vt detur in successorem per leg. qui bona. §. primo, de d. immo insect. Vel vt ipse putat, t̄ dici potest in rem scriptum, quando competit contra singularem possessorem: quia possidet per d. l. qui bona.

Quæ omnia tamen supra commemorata, suis casibus maxime procedere existimat, vt nimirum successor singularis, t̄ vel tertius emptor, conueniri possit ab illo, qui est dominus, vel possessor alicuius prædii dominantis, & cui ex re emptæ, vel alio titulo acquisita pensio, vel seruitus aliqua, tanquam ex fundo serui. nte debetur, vt est in hoc casu Leuchsenberg & Würzburg. lat. Venent. d. l. quest. 4. vel cui bona t̄ sunt affecta, forte tanquam tributaria, pro collectis, & similibus. Berous consilio 150. numero 14. cum seqq. volum. 3. Non autem ab extraneo, sicut videri potest Actor noster, qui nihil omnino iuris in talem emptorem, vel fundum eius habet: quia ius prædii est, l. si mihi. §. fin. de seruit. rust. præd. Et tranit t̄ fundus cum sua causa l. via. §. si fundus. eod. tit. Cui etiam recte dici possit: quoad te, l. beras ædes habeo, l. loci corpus. §. pen. si seru. vend. Sicut: & nostro casu, vbi Reus nō solum nihil Actori attestauit, & in nihilo ipsam turbauit, sed nihil etiam ex re sua emptæ eidem præstare teneatur, vnde actio aliqua realis ipsi cōpeteret.

Deinde actiones personales t̄ semper præsupponunt obligationem. §. 1. instit. de action. l. licet §. ea obligatio de procurat. l. vnica. de condict. ex leg. Qualis tamen hic non reperitur, nec actio personalis fundum prosequitur. dict. l. si hæres. Vnde nulla existente actione, t̄ Iudex ex officio potest agere repellere glossa. Dd. & Bartol. in leg. vbi pactum. Codic. de transact. Socin. consil. 255. numero 5. vers. secundo posito. volum. 2. Boer. decis. 171. num. 21. 22. Et præsertim hic, vbi Actori superest aliud remedium, vt quod rectius t̄ potest agere contra arrestantem ipsum Leuchsenb. Vel vigore der Aufsträg. Actione negatoria, t̄ vel simili, vel etiam in Camera, super relaxatione Arresti. Quin & contra cohæredem t̄ suum

(cuius nomine venditio facta est per patrem) vel eius hæredes intentare actionem potest.

Verum prædictis non obstantibus audiendum

40 Actorem censet, et ut cui adhuc in subsidium, vel actionem in factum dare possumus, vel officium

41 Iudicis. Illa enim datur, et ubi certum est, nullam competere actionem, sed æquum est dari: ut quia plurimum hic interest Actoris, ut ex diuisione æqualem possit retinere portionem, neque illa in dispendium ipsius, cum lucro alterius cohæredis, vel nunc emptoris & possessoris fundi, inique grauetur: præsertim cum quota Actoris, respectu litigiosæ pensionis, semper fuerit libera: nec de contrario facto constat. Hinc & ipse Reus (licet ter-

42 tia sit persona) ex æquitate quadam et videtur obligatus eidem Actori, propter scientiam qualitatis rei emptæ, hoc est, quod dictæ pensiones semper fuerint oneratae, prout constat tam ex literis emptionis, quam vtriusque partis Theßzettel. Imo

43 ex ipsa confessione, et licet limitata, Rei, qui etiam per aliquot Annos exoluit pensiones: Idque vel

44 argumento singularis successoris, et scienter succedentis, in rem, vicio violentiæ affectam, qua scientia mediante obligatur, ut Ripa, post Cardinal. in dict. cap. sepe. numero 9. de restitut. spoliar. Quia igitur iam apparet, Actorem damnum debere pati

45 in futurum, et sicut & de præsentis damno agitur, non tenetur expectare illud: Petrus Imol. in tit. act. in fact. de variis figur. causarum. Quæ actio, extraordi-

46 naria & subsidiaria, et potest aliquando concurrere cum officio Iudicis, quod est latissimum. Petr.

47 Iacob. ibid. verb. sententia. Et competit, et similiter, ubi æquitas suadet, & nulla subest obligatio. c. 1. 2. de offic. iudic. l. quoties. §. Pomponius. de annuis legat. Ripa d. c. sepe. numero nono. post Cardin. numero 3. Per quod etiam fraudi poterit occurrere, ut ad quem spectat

48 providere, et ne fraudes committantur. argum. leg. hoc autem. in princip. si cui plusquam, per l. Falcid. Et in proposito, ut suum cuique tribuatur. Quo faciunt ea, quæ supra dicta sunt, de personali in rem scripta actione & de officio Iudicis, quod est in rem scriptum.

49 Nec in eo conveniunt Dd. et ut tradit Ripa. d. §. si hæres. n. 23. 24. Sicut nec in hoc, an personalis actio detur in subsidium, contra singularem rei successorem, ut ibidem n. 13.

Præterea certum est, Reum, tanquam emptorem, et teneri ipsi venditori Caspar Wolffen von

50 Kenchen qui, cum fuerit et pater Cohæredis, id est, Wolfgangi Wolffen prædefuncti, & sub illa qualitate scienter contraxerit: videtur, Reum similiter teneri & alteri hæredi. Idque propter vel expressum et vel tacitum pactum, diuisioni bonorum, ut verisimile est, adiectum, nimirum, ut Actoris, quota, in eo omnino libera, cohæredis autem, quoad ab antiquo obnoxia maneat, ratione

52 der Güstform. Quemadmodum tale factum, permutatio, siue diuisio, vel ex ipsius Rei Kauffbrieff/haud obscure deprehenditur. Vnde statim, etiam in ipso limine contractus, siue diuisionis, in qua datur comminatio reciproca, res illa pro di-

cta Korngült onerata (scilicet die drithalbē Lauben) Actori quodammodo fuit affecta, tanquam ipsis hæredibus antea communis: Idque pro suo iure ac interesse: nempe, ut seruetur ista mutatio, siue transactio, fac. Bald. in l. ea l. 8. num. 18. C. de condict. ob caus. Boer. decis. 320. n. 7. part. 2. Bart. in l. fin. in fi. de oper. nou. nunc. & Tyraq. de retract. lignag. §. 1. gl. 9. numer. 12. 13. 129. cum seqq. vsque n. 132.

Quo pertinet & illud, quod actio et personalis, 53 in rem scripta (qualis & nostra videri potest) lequatur possessionem, Tyraq. d. loco. §. 8. glossa 5. nu. 8. Vel potest dici, mere personalem esse et actionem, 54 cum intenditur aduersus primum venditorem, siue hic cohæredem. Et in rem scriptam esse et cum 55 intenditur aduersus tertium, cui res vendita est per d. hæredem, Tyraq. d. loco. n. 14.

An Actio probata?

Positio igitur, aliquam actionem dari posse, vel competere: videtur illa non quidem sufficienter probata, sed iam tamen intentio Actoris fundata, ut et onus probandi contrarium in reum quodammodo transferat, ut per Vasq. lib. 2. controu. illustr. c. 86. num. 8.

Arrestum enim et imprimis non negatur: Deinde, et quoad diuisionem, & bona affecta, siue onerata, primo contra Reum plurimum facit, propria illius confessio, quod illa emerit, & possideat, possessor enim et obligatæ rei conueniendus est, 59 d. l. 2. C. de hered. action. Cum realis præstatio: ut quæ fit occasione rei, sicut census, imo Venet. d. loco. part. 1. q. 1.

Secundo: et fortiter stringit Rei Kauffbrieff/ubi 60 ea conditione venditio facta, et wie Philips von Seeldeneck selbst besessen / sampt derselbe Beschwerden/die Käufer für sich selbst auch abtragen sollen. Quæ vniuersalis dictio, Beschwerden / et non pro dimidio, sed pro toto: Sicut non tantum de his drithalb Lauben: sed in genere de omnibus reliquorum bonorum, siue totius ipsius hæreditatis emptæ oneribus, intelligi debet, donec de contrario doceatur: ut idem ex altera quoque adiectione, nempe, wie Philips solches besessen (qui solidum semper exoluit, non dimidium) facile colligitur.

Tertio: et Die Verzeichnis/per Actorem exhibita, n. 11. (Cuius manus Eberhardi von G. recognita 6. Febr. Anno 79.)

Quarto: Altera quoque Verzeichnis/per eundem producta, num. 16. concordat per omnia cum priori atque expresse continet, quod venditor, id est, Caspar Wolff von R. dictam annuam præstationem, ex d. bonis soluere teneatur, & huic drithalben Lauben zugeheilt worden. Et hanc designationem, cum suo originali concordare, testatur Notarius subscriptus.

Quinto: et videtur etiam, præsumptio, ex modicitate precii viginti florenorum, cum Reus tamē, emptor, inde 25. plaustra lignorum, annuatim recipiat. Si enim quota hæreditaria, Actoris altera dimidia parte der Korngült / onerari voluisset, tam vili utique precio res non vendita, eiusque in d. lite-

ad licetis emptionis, etiam expresse mentio fuisset facta.

66 Sexto: † Contra Reum militat Herbipolensis Recessus, n. 13. vbi ipsi, tanquam successori, onus hoc in totum iniunctum est, licet saluo regressu contra venditionem, & quemcunque alium.

67 Septimo: † Verisimilior est Actoris Berzeichnus/num. 16. vt, quæ continet vtrosque Dominos recipientes die Gult. Cum econtra, Rei Berzeichnus/litera B. num. 13. in protocollo, tantum mentionem faciat Herbipolensis, nec concordant in hac designatione die Meßen vnd Malter/vt cunque fiat computus, quoad mensuram. Ex quibus apparet, quod licet obscuritas sit in obligatione: tamen propter plures concurrentes † præsumptiones:

(ad quas etiam definitiue per Actorem conclusum est) probatio contrarii, merito in Reum reicienda videtur. Attento maxime, quod in Epistola ad Herbipolensem, d. numer. 13. rotunde allegat, daß die Beschwerden zugleich getheilt worden: Idemque in hac lite contendit. Quare mallet ipsi Reo adhuc præfigere ex officio, terminum quatuor mensium, ad legitime docendum se in/ im Gegenbericht/ numero 12. angeben nimirum, daß Actor den halben Theil/ der darinn angezogenen vnd streitigen Korngült/ zu bezahlen schuldig sub comminatione conclusionis causæ. Quo casu etiam exhibere potest den rechten Theilzettel / darauff der Cammeracht zu Würzburg Handschrift / vt ipse dicit in responsione ad Herbipolensem, quæ habetur sub d. num. 13. et si Reus nihil amplius probaret, condemnarem illum, iuxta petitionem libelli, expensis tamen compensatis. Nec displicebit, si Domini etiam Actoriniungere velint editionem sui original Theilzettels.

Quantum attinet ad petitionem in d. Gegenbericht/ quoad restitutionem der zehen Malter Korn/ & relaxationem der achtzehen Meßen: quia ista reconuentionem sapiunt, nec tamen in forma, siue per modum libelli repetuntur, posset pronunciar, völler Actorum deswegen Spruch vnd Forderung nitte erlassen/ daß er sein Klag vorbringen mög/ daß darauff ergehen soll/ was recht ist. Vel posset hoc silentio præteriri, donec super vltiore probatione partes audiantur, præmittatur solum d. interlocutoria.

D. N. N. Concludunt per omnia cum Correferente.

V O T V M X X X I I .

In causa S. N. contra H. V.

S V M M A R I A .

- 1 Appellare licet non solum à delatione, sed etiam à iuramenti præstatione.
- 2 Contrahere volens cum alio tertio Tutore, procuratorio, vel institorio nomine mentionem officij sui vel mandati facere debet, & quare.
- 3 Mandatum suscipiens, quando videtur actum gerere nomine mandantis.

4 Procurator, vel institor, simpliciter cum tertio contrahens, nomine proprio præsumitur fecisse: Etiam respectu ipsiusmet mandantis, si præcedens mandatum fuisset valde generale. num. 5.

6 Institor, in dubio, proprio nomine contrahere intelligitur: Et inductio, quis semper contrahere præsumitur nomine proprio, etiam in rebus alienis. num. 7.

8 Actus ab herede censetur gestus, proprio nomine, licet nomine alieno, scilicet eius, ad quem negocium spectabat. geri potuerit.

9 Institor finito etiam officio, conueniri potest.

10 Dominus in cuius nomine agitur, quando obligetur, & institor non, item, quando institor taliter contrahens obligetur num. 11.

10 Argumenta huius causa, in libello Appellationis adducta quæ & num. 12. 14. 16. & 19. Et quare nihil releuent, num. 11. 13. 15. 17. & 20.

18 Iuramentum, vbi cunque etiam contra semiplene probantem, est præsumptio aliqua, etiam leuissima, nunquam semiplenam habenti probationem deferretur.

21 Præponens & præpositus, tanquam ambo ad idem in solidum obligati vti duo rei debendi conueniri, & iudicia cumulari possunt.

22 Creditor, vbi non potest consequi à priori conuentio totum id, quod sibi debetur, tunc de equitate ei permittitur finito priori iudicio, cum alio agere.

Submissum ratione admissionis grauatimum, quæ cum priora tantum contineant, definitiue pronunciat.

Legitimationes iustæ: Quoad appellationem, à decreto primæ instantiæ, 17. Decemb. Anno 61. lata, videri posset, illam desertam: cum demum appellatum sit 14. Ianuarii, anni sequentis. Verum quia non solum à delatione, † sed à præstatione etiam iuramenti, appellare licet, Myn. obs. 39. centur. 1. & 14. cent. 2.

Idque multis præiudiciis confirmari possit: Cum pars iuste dubitet, vtrum aduersarius tale iuramentum subiturus, & an forte Iudex secudum illud, aut aliter, iudicaturus sit, præferri cum grauamen sit irreparabile per appellationem à definitiua, secundum iuramentum lacum, in quo cognoscitur, an etiam iuramentum recte delatum sit, vt in l. admonendi de iureiur. Innoc. & Dd. in cap. fin. numero 4. quod met. caus. Abb. c. fin. in princ. numero 11. & ibi in princip. de iureiur. Ideo recte saluari potest d. appellatio.

Deinde licet in secunda instantia desertio per Appellantem, siue Actorem allegata sit: Tamen & renuntiatum est exceptioni, ac protestatum sapius, de impedimentis, ac non labendis fatalibus, prout ibi moris est, ita vt nihil ista ipsum moueant.

Deueniendo itaq; ad merita, Actum ex vendito, ad precium, l. Iulianus §. Ex vendito. de act. empti: Requisita sunt, vt Rofred. ibidem.

An Probata? Sic per confessionem ad §. & 6. de confessionalem primæ instantiæ, vt & per test. ad 19. interrog. confitetur Actor, ad 11. 12. 13. defensio-

nales

nales & apparet ex instrumentis, *lit. B. C.* vbi pro-
xenetæ testantur, quod non, nisi vno casu, instito-
rio nomine, cum eo contraxerint: & Helmann
magnæ fidei Antuerpiæ fuerit, ibique per instito-
res exercuerit. Et est in cōfesso ad 8. 9. 10. defensio-
nales.

Facit præterea, quod Reus in exceptionibus
secundæ instantiæ ait, probari posse, quod, dum
Actor fuit minister Iohann. de la Ville, ipse Reus
fæpius diuersas merces, fide dñi sui, Helmāni, ac-
ceperit, idq; vidente, & audiente Actore, & quod
dicit. Villa in suo libro rationum posuerit, Helmā-
num debitorem, ac merces signo eiusdem Hel-
manni signarit. Quod idem in 13. & 14. articulis
nostri libelli repetitur.

Ad quod argumentum respondet Actor, con-
tractum esse cum Reo, nomine suo proprio, nul-
la alia extrinseca qualitate adiecta, neque vlla
mentionem facta d. Helmanni, nec se eius fidem se-
cutum, sed Emptoris, Rei. Idque ex testium dictis
haud obscure colligitur. Siquidem ad 12. interro-
gatorium dicit testis primus: quod Reus etiam a-
liorum institor fuerit: Item ad 25. articulum quod
etiam proprio suo nomine exercuerit negotiatio-
nem. Cui concordant testes 2. 3. 4. ad tertium arti-
culum cum bonis rationibus: vbi testis quintus
similiter de Rei schedula obligatoria, tā suo pro-
prio, quam Helmanni nomine prout certa sum-
ma pecuniæ mutuo accepta. Imo quod eandem
quoque post fallimentum Helmanni, testi exol-
uerit & restituerit, clare deponit. Eodem modo
testis 4. & 5. ad 20. interrog. iterum de seipſis di-
cunt, quod cum Reo, suo proprio nomine con-
traxerint.

Et testis 2. 3. ibidem asserunt, nonnullos plus
fidei habuisse Reo, quam Helmanno. Quibus
conuenit propria Rei confessio, in d. Exception.
fol. 132. quod interdum se debitorem constituerit,
nomine domini sui, apud eos, quibus dominus
suus ignotus fuit. Adhæc testis primus iterum ad
21. interrogatorium ad 2. articul. dicit: Quod sciat,
in contrahendo huius nullam factam fuisse men-
tionem. Qui in hoc habet contestem, ad d. se-
cundum articulum.

Debet autem Tutor, Procurator, vel institor,
2 si ¶ veli Tutorio, Procuratorio, vel institorio no-
mine, & sub tali qualitate, cum alio tertio contra-
here, facere mentionem officii sui, ad hoc, ne pos-
sit is, cum quo actus geritur, vel contrahitur, i-
gnorantiam mandati prætere, seu allegare,
Alexand. l. 1. §. nunciatio. n. 14. de op. noui nunciat. Alciat.
*reg. 2. præsumpt. 24. n. 5. 6. 8. Folin. in c. cum M. Ferrar. n. 2. de const. vel facere mentionem de suo manda-
to: Socin. cons. 113. n. 2. vol. 4.*

Non obstat, quod qui mandatum suscepit, vi-
detur actum gerere, nomine mandatis, etiā quod
simpliciter actum illum gerat, *Roman. consil. 91. n. 9.*
Natta consilio 636. numer. 68. Alex. consil. 25. libr. 2. alias
consilio 90. numero 9. 10. volum. 3. Idem in l. qui in alie-
n. 1. §. si is quis putabat. numer. 5. de acquir. hered. ab d. Bar-
tol. & Iason. Alciat. d. loco. numero 1. Quia illud proce-

dit, ¶ quoad mandantem & mandatarium: non
autem, quo ad tertium, *Alciat. ibid. numero 5. Socin.*
consilio 68. numero 2. volum. 3. vbi dicit: quod, quan-
tum ad mandantem, pro eo dicatur quis actum
gerere, & tamen respectu illius, cum quo actum
gerit, proprio nomine obligetur, Bartol. & Dd. in d.
§. si is qui. Alexand. d. §. nunciatio. num. 14. vsque 17. de o-
per. no. n. nunciat.

Vnde si procurator, vel institor, ¶ simpliciter
cum tertio contrahat, præsumitur potius fecisse
nomine proprio, per *supra allegata*. Etiam respectu
ipsiusmet mandantis, ¶ quando mandatum pro-
cedens fuisse valde generale, vt *Alciat. d. loco. num.*
9. Fab. de Mont. de empt. & vendit. numero 3. quest. princ.
cap. 16. q. vers. Item queritur. numer. 29. Et quod in du-
bio Institor ¶ proprio nomine contraxisse intel-
telligatur, notatur in l. si ita stipulatus. §. Chryfogonus.
de verb. obliga. facit lex magis. de solut. & leg. quacunq;
ratione. vbi glossa, de procur. Dec. consilio 7. numero 5.
Quod in dubio ¶ semper quis præsumitur nomi-
ne proprio contrahere, etiam in rebus alienis. Et
in simili actus ¶ censetur gestus ab hærede, pro-
prio nomine, licet potuerit geri nomine alieno,
scilicet illius, ad quem negotium spectabat, *Bar-*
tol. l. gerit. 3. quest. princ. vers. secundo modo. de acquir. he-
red. Iason l. pro hærede. §. Papinianus. numero 10. Socin.
d. consilio 113. numero tertio. Imo finito etiam officio,
potest ¶ institor conueniri, vbi est contractum
cum eo, eius contemplatione magis, quam præ-
ponentis, vt qui absens erat, sicut nostro casu. *Ca-*
strens. l. 1. §. exercitorem. numer. 4. de exercit. action. Ron-
chig. in l. 9. de duobus reis. in princip. numero 173. Bartol.
Socin. consilio 154. in fin. volum. 2. per d. l. eandem. quo
loco recenset Socin. à n. 6. vsque ad 16. Incip. casus quib-
us. vol. 2.

Nec releuant, quæ in libello Appellationis ex
informatione iuris adducta sunt, ¶ multisque au-
thoritatibus corroborari possunt, de quo & *Ron-*
chig. dict. loco numero 175. vbi tenet, non institorem,
sed dominum obligari, per rationes, vt *ibi & nu-*
mero 176. Teneri quidem institorem solutionem
procurare, vel soluere, de bonis præponentis, non
autem de bonis propriis, *& num. 177. Quia ista om-*
nia ¶ suis in casibus procedunt, scilicet, quan-
do apparet, contractum vel actum esse institorio no-
mine: Sicut ad obligandum institorē, *l. si de inst. act.*
illam qualitatem requirit. Secus in dubio, ¶ & v-
bi sub tali nomine, qualitate, siue contemplatio-
ne, nec expresse contractum, nec præsumi-
ur esse contractum: maxime considerata loci distantia,
vbi præponens tunc temporis erat, & facile con-
ueniri non poterat: Sicut magis ad contrahen-
tem præsentem, quam absentem, qui nec boni-
bi habebat, respexisse venditor videtur: vt in simi-
li tenuit *Castrens. consilio 29. num. 3. part. 2. d. §. exercito-*
rem. per l. eum qui. C. si cert. petat. Imo, quādo contra-
hens institor, etiam proprio nomine contrahere
solitus, vt hic, vnde ab vno ad alium casum male
infertur.

Secundum argumentum Elisionis est, ¶ signa-
ta esse Valcula & Saccos, propria manu Actoris,
signo

13 signo d. Helmanni, vt in 6. defensionali. Sed respondet Actor, ꝑ se signasse signo, prout Reus ipsi præscribit, nesciens, an fuerit Rei, vel domini sui signum: quod etiam apud me nihil certi cõcludit, tanq̃ in actu indifferenti, qui magis in consequentiam contractus, & repetita, siue subaudita priori qualitate, gestus dici potest.

14 Tertium argumentum: ꝑ Transmissas esse merces Venetias ad Helmannum, easq; ipsum accepisse, vt deponit filius d. Helmanni, de quo extat Instrumentum Notarij, in actis prioris instantiæ. Respondetur: ꝑ hic magis contractum, eiusq; qualitatem, quam ea, quæ ipsum consecuta sunt, & Reus, emptor, postea suo arbitrio egit, ponderanda esse: nihil enim hoc ad venditorem.

16 Quarto: ꝑ offert Reus in informatione iuris, prestare iuramentũ, quod non aliter cum Actore cõtraxerit. Respondetur: ꝑ quod licet semiplenam habenti probationem, deferri possit, *glossa in leg. admonendi de iureiur. c. fin. eod. rit. c. ex insinuatione. de procurat.* Tamẽ hic nondum semiplene probauit, cum ne vnicum quidem testem pro se habeat: Et vbicunq; etiam cõtra semiplene probantem, ꝑ est præsumptio aliqua, etiã leuissima, iuramentum nunquam defertur: *Ioann. de Amicis. consilio 71. nume. 16.* Deinde & Actor sibi hoc in euentum deferri petit, videlicet in designatione testium, in secunda instantia exhibita: qui tamen intentionem suam plene probauit. Consideratis autem argumẽtis Elisionis, rectius illi deferendum putat, si maioribus ita conclusum fuerit.

17 Quinto, & Ultimo: ꝑ Actorẽ professum esse, se creditorem in hoc esse Helmanni, vt quia constituerit Michael Antonium Antuerpiam pro exigendo debito, à d. Helman in Ciuitate Colonienſi, prout alii ipsius creditores. Qui Antonius obtinuerit, nomine omnium creditorũ, à Senatu Colonienſi, quod Reus coactus fuerit, ipsi rationes reddere. Sicut habetur in 7. & 8. articul. non desertæ appellationis, & in d. Exceptionibus. Quo etiam pertinet documentum *litera E* Respondet Actor, ꝑ se non aliter d. Constitutioni subscripsisse nisi absque præiudicio huius causæ. Facit testis 1. ad 26. Interrog. Vnde colligo, quod in euentum tantum d. Helman pro debitore agnouit, vt si forte (considerata Rei exceptione) nihil in hac lite contra ipsum obtinere posset. Quæ præstatio, siue reseruatio (cuius tamen non facta legitima fides, nisi quod in specie non contradicitur) conseruauit eius suum, ex quo dependebat à facto solius præstantis: *Bart in l. non solum. §. morte numero 16. Alexand. nu. 13. de oper. noui nũciat. per d. l. qui aliena. glossa in l. vt debitum. verb. soluatur. Cod. de hered. act. Felin. c. cum M. Ferrar. numero 77. de constitut. Ronchig. dict. loco in lege 3. versic. vti que. numero 38. adeo, vt non videatur elegisse personam præponentis: aut in hoc variasse, & Reum penitus dimisisse, vt non haberet regressum contra illum. Imo posito, quod & Helmannum simul cõuenerit (sicut*

vno & eodem tempore, & præponens, & præpositus, ꝑ tanquam ambo ad idem, in solidum obligati, vti duo rei debendi conueniri, & iudicia cumulari possunt *Ronchig. d. leg. tertia. §. vbi duo Rei à numero 78. vsque ad numerũ 85.*) vel ab initio solum etiam elegerit: illa tamen electio non debet præiudicare agenti, quo minus & Reus noster interim, pendente etiam adhuc priori iudicio (si Actori vel creditori ita visum sit) conueniri potuerit: non habita quoque ratione, vtrum is, qui primo conuentus fuit, sit soluendo, nec ne? *vt Ronchig. d. loco.*

Præterea, vbi quis nõ potest consequi à priori conuento, ꝑ totum id, quod sibi debetur, tunc permittitur de æquitate finito priori iudicio, cum alio agere: Idque euenit in omnibus casibus, vbi electio vnus, nõ præiudicat: *Ronchig. dict. l. 9. in princip. num. 180.*

Concludit, per nullum, ex supra dictis argumentis, Actionem, quoad contractum ipsum, elisam, & pronuncianum, bene iudicatum, & male appellatum, *compensatis tamen expensis.*

Hinc etiam ad interessẽ quod attinet, ex iisdem rationibus (potissimum vt Reus iurare offert, vt supra) reformandam sententiam, & in eo male iudicatum, Reumq; absoluendum censet: quamuis hoc sit contra regulam *leg. curabit. Codice de act. empt. & leg. final. de peric. & commod. rei vend.*

Salua.

D.L. Correferens: concludit simpliciter cum Domino Referente: placet etiam, vt sententiæ reformetur, quoad interessẽ: maxime cum nihil rei emptæ, ad Reum peruenerit, sed transmissa Venetias. Ergo & expensas compensat.

D.N.N. & N. Simpliciter per omnia cum Referente concludunt.

Sententia.

In Sachen N. contra N. Ist allem Vorbringden nach zu Recht erkannt/ daß die Urtheil nechst vorgehender Instanz zu reformieren sey: als wir sie auch hiemit reformieren/ nemlich der Gestalt/ daß so viel die geklagte Kauffsumma belangt/ wol geurtheilt/ vbel davon appelliert/ Aber daß Interesse betreffend/ vbel geurtheilt/ wol darvon appelliert/ vnd daß gedachter Appellant davon zu absoluieren vnd zu erledigen/ wie wir ihne auch hiemit absoluieren/ vnd erledigen. Compensatis expensis.

V O T V M XXXIII.

In causa I.H. contra C.H.

S V M M A R I A.

- 1 Tutori, quem pupillus non vult liberare, quot competent remedia.
- 2 Tutor, Curator, ac quilibet ministrator alienarum rerum, naturali & ciuili ratione librũ rationum consicere, rationem rerum à se gestarum, plenam, fidelem & diligentem reddere tenentur. Ratio eius, quare multo magis in administratione bonorum pupillarium quam in rebus omnibus recepto-

Mm

rum

- rum & expofitorum, exacta pofcatur ratio qua? numero 3.
- 4 Rationes receptorum & expofitorum, quare cum die & confule edi debeant.
- 5 Tutor, vel Curator, finita demum tutela vel cura, de iure communi, ratione huiusmodi reddere tenentur.
- 6 Tutor, vel Curator ad quod & in quantum minori, eiusue heredi petenti teneatur, & nu. 7. 8. 9. & 10.
- 11 Tutor vel Curator, prae-textu ignorantiae, aut quod inuentarium, vel librum rationum non habeat, fed amiferit potius reddam ratione administrationis, vel quod dimiferit, penes factorem aut a-dultum.
- 12 Tutor neceffitate legis, pupillo illo adstrictus est ad conficiendum inuentarium, & ad omnia reddenda, qua in inuentario sunt descripta.
- 13 Tutores solutionem rerum pupillariu in scriptis probare debent, per exhibitionem inuentarij, & omnium eorum qua in scripturam redacta sunt, alias non liberantur: & quare. numero 14. Cautela tutorum hodie qua. num. 15.
- 16 Pater administrator bonorum filij non est obnoxius. de illis conficere inuentarium, vel reddere rationem. contrarium. numero 18. & 21. Ratio qua. numero 19.
- 17 Patris appellatione, etiam auus venit.
- 20 Pater quando est legitimus administrator bonorum filij, non tenetur reddere rationem, nec inuentarium conficere: fecus vero est si esset tutor.
- 22 Pater administrator bonorum filij, de quibus tenetur reddere rationem num. 23.
- 24 Pater maxime tenetur inuentarium conficere, rationemq. reddere cum transit ad secundas nuptias.
- 25 Tutores non tantum, fed etiam ipsorum heredes tenentur ad rationes.
- 26 Tutor vel curator non modo exhibere, fed etiam libros rationum tradere, chartasq. rationis edere tenetur: Quin imo, quando nullam scripturam profert, praesumitur in dolo esse. n. 27.
- 28 Obiectio quaedam: Solutionis. num. 31.
- 29 Mors loco iuramenti succedit, vimq. iuramenti habet: Ratio qua. num. 30.
- 32 Non omnis moriens praesumitur esse S. Ioanes Evangelista.
- 33 Iudici aut testi moribundo, deponenti, se malam tulisse sententiam, aut falsum tulisse testimonium, non creditur, nec alijs praeiudicat.
- 34 Confessio propria alicuius litigantis in iudicio facta, dicitur probatio firmissima, nec amplius, cum ab aduersario acceptetur, reuocari potest. numero 35. Nisi probetur error. n. 36.
- 37 Partis iuramento in modicis, in ratione reddenda, statur.
- 38 Eucharistia sacramentum, sumere plus est, quam apud Iudicem iurare.
- 39 Nemo praesumitur immemor suae salutis.
- 40 Assertioni iuratae quando non susstandum.
- 41 Testi inimico, in criminalibus, non creditur, etiamsi infirmus ad mortem trahatur.

PROCVRATORIA & formalia iusta: submissum in pucto admissionis grauaminum, quae continent omnino priora: Ideo definitiue pronuntiandum, quia non opus habent probatione.

Quae actio?

Bart in l. 3. §. contrarium. de cont. tut. act. dicit; Tutori, si pupillus eum non vult liberare, tria ¶ re-media competere: quibus addit quartum, officium scilicet Iudicis, quod hic imploratum esse statuit, ad hoc, vt à pupillo, iudicio tutelae liberetur. Exigit enim Actor noster, auus & legitimus tutor, à Reo nostro, suo nepote, & filio pupillo iam adulto, liberationem administrationis suae, vt qui ei rerum à se gestarum, pro parte rationem & traditionem fecerit. Et vt qui reliqua, puta inuentarium, rationes, registra, & reliqua, si quae fuerint, vltro acceperit & occupauerit ipse, ita plenarie ei satisfactum fuerit, & nihil penes Actorem & Reum restituendum residuum sit.

An probata?

Et sane relictis multis à tergo diuerticulis, constat, tutorem, curatorem, ac quemlibet ¶ ad-ministratorem alienarum rerum, naturali & ciuili ratione debere, librum rationum conficere, rationem rerum à se gestarum, plenam, fidem & diligentem reddere: & reliqua, si quae sint debere resolueri, textus & Dd. in lege tutor, qui re-pertorium, de administrat. tut. Nec debet se quisquam à tali ratione reddenda putare liberum, iure absolutum, aut conscientia tutum. Cum enim in rebus omnibus, receptorum & expofitorum exacta pofcitur ratio, multo magis in hac administratione bonorum pupillarium, vnicuique reddenda erit ratio, ¶ vt boni scilicet admi-nistratores appareat fidelitas, mali vero coarguat infidelitas, fraus & negligentia. Hæc enim duo, sine rationis redditione, nec certo apparere, nedum cognosci possunt. Atque ideo, vt dici solet, rationes ¶ cum die & consule edi debent: quoniam accepta & data, non aliter possunt apparere, l. i. §. rationes. de edend.

Huiusmodi tamen rationem, ¶ vt tutor vel curator reddat, de iure cõmuni cogi nequaquam potest, nisi post finitam tutelam, vel curam, l. nisi finita, l. si cum adhuc. de tutel. & ration. distrah. leg. 2. l. rationes, Cod. de administ. tut. vel curat. At vero nostro casu, Actor in sua summaria petitione, ex sequentibus grauaminibus exhibitis fatetur: Quod pupillo, nepoti suo (cuius tutelam & curam per 20. annos administravit, prout ex Gegenberich/ 5. Februarii, Anno 75. producta. constat) eam planam, fidem & perfectam tutelam gestam rationem non dederit. Quin imo contra omne ius, omnemque æquitatem & pietatem, idem Reo nostro adhuc rationem administrationis suae reddere, inuentarium, & librum rationum exhibere; quod Reus (vt apparet ex Conclusion-schrift/ 14. Martii, eodẽ Anno, ad 8. & 9. artic. vbi Reus

Reus maxime petit) detrectat, & nihilominus quietationem administrationis à pupillo exigit, atque eum ad hoc compelli petit: Cum ipse, vt tutor & curator, ac quilibet administrator, † & eius heredes, reddere prius rationem administrationis, minori, aut eius heredi, petenti, vsque ad 30. annos obligatus sit. Quinimo debet exhibere inuentarium, † ac librum rationum, ac petere, vt copia omnium extrahatur, per partem aduersam, & omnes actus administrationis suæ ostendere & instrumenta, res, nomina debitorum, bona, & reliqua omnia restituere, dicto minori, iam adulto: alias non dicitur reddita ratio, sed esse in dolo, vt pulchre tradit, & multis autoritatibus probat *Caualecan. in suo tractat. de tut. & curat. num. 202. 203. & sequent. Roland. à Valle, consil. 49. lib. 1. Socin. consil. 24. num. 1. volum. 1. Schurff. consil. 65. numero 4. cent. 1. Wesemb. consil. 47. in princ. lib. 1.* Et potest † contra talem administratorem iurari in litem, *leg. tutor qui repertorium, de administ. tut.* Plane etsi fuisset facta quietatio administrationis reddita ab officialibus pupillorum, vel † ab aliis personis, aut à minoribus, cum consensu propinquo rum, & iuramento, quod tamen cum iuramento est contra opinionem *gloss. in d. leg. 3. §. contrarium, de contrar. tut. act.* Et cum pacto de ulterius non petendo: talis quietatio & liberatio non nocet pupillo. Quin etiam possit iterum † d. tutorem vel administratorem cogere, ad ei reddendam rationem suæ administrationis, *Dd. de errore rationis reddita. Caualecan. d. loco.*

11 Nec excusabitur prætextu ignorantia, aut † quod inuentarium, vel librum rationum non habeat, sed amiserit, post redditam rationem administrationis, vel quod dimiserit penes factorem, vel adultum, vt hic. *Rol. d. consil. n. 32. Caualecan. n. 204. Plot. in d. l. si quando, n. 246.* Quocirca, cum necessitate legis, † tutor pupillo adstrictus sit, ad inuentariū conficiendum, & ad omnia reddenda, quæ sunt in inuentario descripta: tutores solutionem rerum pupillarum † in scriptis probare debent, per exhibitionem inuentarii, & omnium eorum, quæ in scripturam redacta sunt: alias non liberantur, nec liberationem merentur. In scriptis enim obligati, † liberationem, scilicet, *das er bezahlt* habitidem probare debent, Aut sane si hoc facere per negligenciam omiserit, grauantur in modo probandi, & coguntur, contra regulas iuris, hoc ipsum quinque testibus, probatæ opinionis probare. *Textus, & ibi Sichard. num. 3. l. testium, C. de testib. vbi idem Sichardus*

15 in terminis monet, hodie tutores, † abeuntes officio, recte facere, si post rationes factas petant securitatem à magistratu loci. Quare cum Actor noster, neque vel per minimam scripturam, neque iuxta *d. leg. testium. C. de testib.* querelam suam Iudici, in summaria petitione expositam, probauit: imo quatuor tantum testes, in diuersum finem produxerit. Concludit, Reum à sua petitione absoluendum, & in eo, sententiam priorum condemnatoriam reformandam esse.

Non obstat primo: quod pater † administrator bonorum filii, non sit obnoxius, de illis conficere inuentarium, vel rationem reddere, *Bart. Bald. & communiter scribentes, in leg. non extat, §. ne autem, Cod. de bon. qua lib.* Quod lex tribuit paternæ reuerentiæ *leg. fin. §. fin autem ex. ibi paterna reuerentia, Codice eod. tit.* Et quod patris nomine, auus quoque demonstrari intelligatur, *i. iusta interpretatione, de verb. signif. leg. liberorum appellatio, eod.* Sed pater ob reuerentiam paternam, & ex magna confidentia, quam lex habet à patre, erga liberos, non tenetur suæ administrationis rationem reddere, *l. si quis prioris, §. fin. Codic. de secund. nuptiis. Pinell. leg. prima Codice de bon. matern. part. 2. numero 20.* Ergo nec auus: cum appellatione patris † etiam auus veniat. Ita etiã limitatur generalis regula, *d. l. tutor qui repertorium, de administ. tut.* vt *Bald. & alii, post gl. in l. orphanotroph. Cod. de Episc. & Cler. Boer. decis. 61. n. 5. Pinel. d. loco, n. 21.* Et hanc opinionem, tanquam verio rem, à Camera approbatam esse, tradit *Myns. obs. 93. cent. 2.* Atque ira obseruatum fuisse, dicit in causa *Johan Trost* contra N. Sed supra dictis non obstantibus, *Spec. tit. de instrum. edit. §. final. vers. quid de patre, quem sequitur Cuman. consil. 89. numero 3. Pinel. supra d. loco, numero 22.* tenet: quod pater, † administrator bonorum filii, teneatur inuentarium conficere, & rationem reddere. Pro quo facit iuris regula: † *Ne fraudi occasio detur, l. in fraude, C. de rei vend. & reg. leg. 2. solut. matrim. facit lex i. si quis cautio. ibi. neutri parti onerosa.* Quinimo regulariter obligatus restituere, tenetur inuentarium conficere, *Arius Pinell. d. loco, numero 23.* contra supra dictos scribentes, putat, verius esse, vt etiam pater, legitimus administrator, possit cõpelli, vt inuentarium conficiat: malim tamen assignare rationem, scilicet quod lege differat ab onere rationis reddendæ: cum inuentarium ad hoc conficiatur, vt ratio reddi possit: & eos tantum respiciat, qui sunt obnoxii, ad reddendam rationem, & non alios, *l. orphanotroph. ibi Bald. num. 7.*

Quicquid sit, dic, quod iura illa, quæ dicunt, non teneri patrem rationem reddere, adeoque inuentarium conficere, procedere in patre, † legitimo administratore. Diuersum enim est, vbi pater tutor fuerit, vt hic: vt notant *Bald. Castrens. Corn. in d. leg. non oportet, §. sed cum tacitas, de bon. qua lib. Bald. dicto loco. Arius Pinell. d. loco part. 2. numero 27. Bart. d. loco. facit textus l. licet, Cod. ad leg. Falcid.* Ratio differentia manifesta est, quia pater, legitimus administrator, totum commodum habet, solaque proprietas est filiorum, qui sub eius potestate sunt. Pater autem tutor est, non filiorum in potestate, sed emancipatorum, *leg. si superstitite, Cod. de dolo.* Ex quo sequitur, patrem vel auum † non excusari à reddenda ratione, & aliis oneribus tutorum, *gl. in l. final. §. fin autem, verb. reuerentia ibi Bald. & alij, Codice de bon. lib. glossa in l. si quis prioris, §. final. Cod. de secund. nupt. gl. in d. l. cum oportet, §. si cum tantos, C. de bon. qua lib. Wesembec. d. consil. 47. n. 3.* Indeque pater tenebitur rationem † reddere de bonis filii,

filiis, in quibus vsum fructum non habet: vt redditibus, præbendis, vel dignitatis: secundum *Bart. Bald. & Dd. in l. litis, §. pen. de negot. gestis*. Et vbi
 23 ex donatione, ¶ legato, aut aliter acquisito, res spectaret ad filium, quia tunc censetur esse quasi extraneus, *Boer. dicto loco. numero 9. Pinel. d. loco. numero 29. Facit Corn. consil. 105. vt Mynsying. in d. loco*
 24 *allegat.* Tum vero maxime tenetur pater ¶ inuentarium conficere rationeque reddere, cum transit ad secundas nuptias, *Auth. de nupt. §. placet.*
 Secundo, non obstat, quod auus, tutor, iam
 25 fit mortuus: quia nedum tutores, ¶ sed etiam hæredes ipsorum tenentur ad rationes, *l. 3. §. hæc actio. de negot. gest. l. tutela, leg. omnes, Cod. arbitr. tutel. Schurff. conf. 65. nu. 6. cent. 1. Wesf. d. consil. Et sane Reus noster magis culpatur hæredem, iam appellatum, quam defuncti tutoris negligentiam, vt quod ille in culpa sit, fueritque, quod ei de articulatis non debita fuerit data ratio, & facta solutio.*

Tertio, non obstat, quod Actor fere in omnibus productis suis offert præstare iuramentum suppletorium, quod Reo nihil vltius debeat, vel ad eum quod spectet habeat, & quod in fidem istius, Eucharistiam sumpserit, & quod in præsentia quatuor testium hoc ipsum affirmarit, allegando senium suum, & quod desuper, se paratum mori, edixit. Quia quoad iuramentum suppletorium, licet semiplenam habenti probationem, deferri possit, *glossa & Dd. in lege admonendi de iureiur.* tamen hic nondum semiplene probatum: cum non modo exhibere, ¶ sed etiam tradere libros rationum, & chartas rationis, edere debuisset: quorum neutrum præstitit. Obtulit quidem den *Schanck* jettel vber die King benzulegen: sed nec hoc præstitit. Quinimo Actor no-
 26 ster, ¶ ex quo nullam scripturam protulit, præsumitur esse in dolo. Quo casu iuramentum nunquam defertur: imo contra talem iuratur in litem, *dicta. leg. tutor qui repertorium, de administr. tut. l. tutores, Codic. cod. l. final. arbitr. tut.* Si ergo iuramentum deferendum esset, Reo potius iuramentum ad interesse, declarandum in litem, quam Actor, suppletorium, iure deferri posset. Et hoc videntur Iudices priores intellexisse: alioquin verisimiliter Actor iuramentum detulissent.

28 Sed dices, Actor noster, ¶ dum adhuc in viuis esset, obtulit præstare iuramentum, daß er Reo weder Heller noch Pfennig schuldig: nunc vero mortuus est: quocirca oblatum à defuncto iuramentum, pro præstito habetur, & sic nostro casu non opus esse iuramento heredis. Mors enim,
 29 ¶ loco iuramenti succedit, & vim iuramenti habet: eo, quod quilibet ¶ præsumatur memor salutis suæ, nec velle mori in peccato, cum mendacio, *l. final. Codice ad legem Iuliam repetundar. capite sancimus 1. q. 7. communiter Doctor. in dicta lege. admonendi.* Respondet, hoc verum esse, ¶ & procedere in iuramento in litem, à defuncto, dum viueret, oblato, vel à Iudice accusatori (quod magis probatur) delato & in iuramento damnium passi, *Gailius obseruatione 43. libro 2. Zas. consil. 5. num.*

58. libro 1. In quibus terminis nos non versamur. Quin supra ostensum, naturam huius actionis non admittere, vt hoc casu Actor, vllum iuramentum deferatur, *leg. tutor, de in lit. iurand. leg. in instrumentis, eod.* Quemadmodum ergo sacramentum hoc Actor non opitalatur: eodem plane modo nec eum adiuuat, quod Eucharistia Sacramentum desuper sumpserit, adeoque super eo mori paratus sit, vel fuerit. Quæ assertio & attestatio non probat, nec pupillo nostro præiudicat, *lege, si quis graui valetudine, §. si quis moriens, ad Senatusconsultum Syllan.* maxime attenda personarum, & huius negotii qualitate, & vbi præsumptio iuris contra Actorem, ex iuribus supra dictis militat. Hinc *Bald. de pace Constant. & Felin. in capit. literas. numero 20. de presumption. dicit, non omnes mori, ¶ sicut Ioannes Euangelista. Bartol. in dicta lege. si quis in graui, §. si quis moriens, notat; Moribundo Iudici vel testi deponenti, ¶ se malam tulisse sententiam, aut falsum dixisse testimonium, non credi, nec alius præiudicari.*

Quarto & vltimo, non obstat, nec Actorem à ratione vltiori reddenda excusat, quod Reus in actis allegatum *Schanck* auffstun lassen. Et sic per consequens, nec obstat *dicta lex. si quis in tantam. Codice. vnde vi, & dicta lex. extat.* quia non sumus in terminis illarum legum. Nec ea violentia, quam illæ leges requirunt, probata est ita vt mirum sit, quod priores Iudices ex illo capite, si fuerint, Reum condemnare, & Actorem absolueret, suæque interlocutoria, quæ & in rem iudicatam abierat, contravenire: res non caret suspitione, priores Iudices, plus Reo, quam Actor, fauentes fuisse. Si enim Reus potuit vendere domum, *darinn der Schanck gestanden* cur non posset eum aperire, maxime cum ab emptore pluries requisitus, vt ei d. *Schanck* euacuaret, prout emptor domus, primus testis ad secundum articulum deponit.

Præterea lis non est super illis bonis, quæ in illo *Schanck* fuerunt, vel quod ex eo illi minus sufficiens ratio & traditio facta sit: sed super 20. Decembr. Ann. 47 articulatis defectibus: & vt maxime edictum D. Marci, quod violētum creditorem, vel alium occupantem debitum, iure debiti priuat, statuamus hic locum habere: tamen vniuersali actioni tutela Reus noster decidisset, sed tantum pro illis rebus quæ fuerunt in dicto *Schanck* *gloss. Dd. in d. l. extat,* adhuc igitur culpandi sunt priores Iudices.

Denique Actor, iuxta sententiã 2. Febr. Anno 77. latam probare debuisset, quod Reus non hunc *Schanck* solum, sed & plerosque alios, ausu proprio aperuisset, atque ita sibi ius in omnibus rebus dixisset: quod non factum. Quinimo faber ferrarius, quartus testis, qui dictum *Schanck* aperuit, ad secundum articulum deponit, quod apertioni des *Schanck*s interfuerit reliqui testes. Ergo nõ vi, vel clam, Apellati ad denuo reddendam rationem obnoxium esse, & prius Apellan-

pellantem ad quietationem non teneri. Ad reliqua in articulis designata, præstanda, Appellationem nondum condemnare potest: quia illa sciri non possunt, nisi reddita prius ratione, quæ incipit à factò, scilicet computando: ex illis pervenitur ad dandum, vel præstandum, *l. cum servus de cond. & demonstr. Expensas vult compensare.*

Aliud, in eadem causa.

D. Ibf. Satis deductam, auum teneri ad reddendas rationes. Eidem consentit: maxime vero, quia à magistratu, tutoris officium habet, cum aliis duobus defunctis, & quod facile præsumi potest, dictum auum in diuersis matrimoniis fuisse, cum Reus noster, quantum coniicio, non sit. Iam quod non plenas reddiderit rationes, omnia tradiderit, ex propria confessione

34 Actoris constat: quæ quidem confessio † firmissima est probatio, *lege confessio, Codice de confess. leg. quæ de inofficioso, de inoff. testamen.* Ea, cum à Reo sit

35 acceptata, † non ita amplius reuocari potest, ex quo dicitur ius parti qua situm, *Bald. in l. Gallus, §. quidam recte, col. 2. de lib. & posth. Alexand. consil. 90. vol. 1. numero 2* Idque eo minus, cum geminata sit confessio, *sol. 1. & 5. in actis:* quæ non potest reuocari, † nisi probetur error. *Alexand. consil. 92. numero 9. libro 5. In reliquis cum Referente.* Putat tamen pronunciandum, vt iniungatur repetitio rationum, & vt hoc hic fiat in Camera: ne denuo appellationi locus sit. Et iniungeret etiam Reo, vt ipse ederet inuentaria, & *Schas Zettel* quas penes se habet: *Compensatis expensis.*

Aliud, in eadem causa.

D. Bq. Aperturam capsulæ des *Schancks* non esse in consideratione: Deinde, videri priorem sententiam æquissimam putat. Sed dubitatur iam, quibus rationibus Iudices recesserint ab ea sententia? Putat, forte factum pluribus rationibus adeo, quod ipsi iuramentum recte delatū sit: quia Actor fuit persona honesta, & in dignitate. Causa non adeo magna. Rationes semel redditæ. Omnia inuentaria, registra, Reo tradita, quæ petit sibi à Reo rursus edi, *Bartol. in dicta leg. admonendi, numer. 58.* Et quod in ratione reddenda, † in modicis stari debet iuramento partis, *c. administratorijs.* Et etiam in modicis, si personæ qualitas, verisimilitudo, & motus Iudicis ita concurrant: quia ab eis non est exigenda stricta ratio, sicut ab extraneis. *Marian. Socin. consil. 46. num. 2. consil. 73. num. 2. volum. 1. Abbas consil. 12. numero 5. vers. puto tamen part. 1. Plot. de in lit. iur. §. 13. numer. 5. in fin. arg. l. si quis pro redemptione, Codic. de donat. l. fin. §. in computatione. ibi gloss. verb. approbaverit, Codic. de iure delib. Grau. de antiq. temp. §. 1. §. 4. limitatur num. 24. 28. 29. 30. vbi idē procedere dicit in summis magnis.*

Nec obstat, quod ad *obseruat. Gallii 43. libr. 2.* dicitur quod procedat in iuramento ad litem, vel iuramentum damnus passus: quia idem in iustificatione rationum, vt mortuo scribente, liber rationum probet, cum eius mors habeat vim iuramenti, *Granet. d. loco, in 48. Cast. consil. 301. num. 4.*

vol. 1. Alciat. præsumpt. 4. n. 6. Bart. Soc. consil. 161. num. 3. vol. 2. Secus autem, si adhuc viueret scribens: & tunc non solum cogeretur exhibere librum rationum, sed etiam desuper iurare. *Id. supra dictis locis.* Licet autem Actor nec ad iuramentum admissus, nec eas, quæ adhuc litigiosa videantur, per rationes, & alias liquidata: sed ex alio capite, vt primo intuitu apparet, absolutus: mihi tamen verisimile non est, quod solum ad istam aperturam Iudices respexerint, quin potius alias circumstantias ponderarint. & maxime, quia etiam iam senex, vt forte ipsius bona fides eis bene perspecta. Quin & cõtutores habuit, rationesque & inueteraria iam reddiderit: Imo & Eucharistiæ † Sacramento sumpsit, quod plus est, quam si apud Iudicem iurasset.

Item, ex communiter accidentibus, tam iuris, religionis & pietatis consideratio, contrarium verisimilius: cum nemo † præsumatur immemor salutis æternæ, vt *Gram. voto 2. num. 16. 17. & consil. 1. post decis. n. 74. 75. Hippol. consil. 109. nu. 31. vsque 40.*

Deinde quod dicitur, non standū esse assertioni iuratae, etiam morientis: maxime procedit, † quando agitur de probando crimine occulto, contra tertium, exempli gratia, cõtra vulnerantem, vel socium alterius criminis: quia tunc ei non creditur, quoad torturam, absque aliis indicis, nisi contra seipsum, vel, quando tertius ille excusatur, vt per Criminalistas, *Gram. dict. vot. numero 15. dicto consil. 1. numero 37. Guatand. in praxi crimin. reg. 33.* Idque fauore liberationis, & condemnationis odio; Idem *reg. seq. Herculi. in tract. negatiue, num. 159* Hinc & testi inimico, † in similibus, non creditur, etiam si infirmus ad mortem trahatur. *Gram. consil. 46. numero 1. Hieron. Gigas de crim. lese maiest. libr. 2. q. 2. nu. 3. 4.* Quibus calibus noster non est comparandus.

Præterea Iudices Actorem nostrum forte etiam ideo ab onere iurandi releuare voluerunt, cum antea fuerit iuratus Senator, & tutor, cui in rebus magnis creditur, scilicet, *auff der Necken Stuben.* Et deputando ipsam ad *Saigerhandel.* Et quia admodum senex, vt ex eo liquet, quod tum, Anno 64. in compromisso des *Saigerhandels* deposuit, se esse ultra 60. annos. Et sic tempore huius litis, vltra septuaginta annos: qui etiam omnium à se gestorum, & pluribus vicibus Reo datorum, ob senium, verisimiliter non amplius recordari potuit, cum post longum tempus etiam obliuio præsumatur. Nec ipse forte suspicatus, quod nepos hic contra officium pietatis & reuerentiæ, atque acceptorum beneficiorum immemor, exactiores ab eo rationes vnam quam petiturus, adeoque se erga ipsum ingratum & inhumanum exhibiturus esset.

His tamen omnibus non obstantibus, dominorum Referentium sententiæ accedit: tum propter rationes adductas: tum vero maxime, quia auus ille, in senectute sua per filium (vt verisimile est) multa administravit: Et,

Mm 3 quan-

quantum ipse quidem pater sciuit atque voluit (vt iterum veritati consentaneum est) omnia sincere ac fideliter peracta: adeo, quod sine dubio ipse pro sua persona, salua conscientia, iurare potuisset, sicut & sumere corpus Domini. Quod idem tamen de filio herede, qui nec similiter se iuraturum obtulit, nec eiusdem qualitatis est, cum patre, affirmare non potest. Item, quia postea quadam omnino incertae, quibus nec sufficienter responsum, an, cui, quomodo, & quando traditio facta: ita vt prior sententia, de 6. Augusti, Anno 75. omnino æqua videatur, quæ & in rem iudicatam abiit, nec iusta aliqua causa allegata. Quare etiam respectu defuncti tutoris ab ea recedendum fuit: cum sola reiteratione calculi, non potuerit dici admodum grauatus, & in supplementum adhuc ad iurandum ipsi heredi suo iudicio terminus præfigendus, vt supra dictum.

Concludit pronuncianum, grauamina, tanquam superflua, non acceptanda, sed rejicienda, & pronuncianum, antea male iudicatum, bene appellatum: Vnd das die zwischen ermeldten Partheyen iuror/den 6. Augusti, Anno 75. daselbst ergangene Urtheil nachmals wirklich vollzogen werde/darzu auch Appellans, die in actis angezoene Register/ Verzeichnuss/ Rechnung/ vnd Schatzettel/ so viel er deren empfangen/ oder zu Handen genommen/ zu haben/ bey seinem Eyd erhalten kan/ sonder Gefahrde/ beyzulegen schuldig seyn soll/ als wir ihn auch hiemit darzu condemniren vnd verdammen: *Compensatis expensis.* Hac enim ipsa priori sententia Appellans contentus fuit, & adhuc est, vt in suis grauaminibus videre licet: vbi si iterum grauabitur, patebit sibi recursus ad Cameram, qua ratione etiam Appellatis, quoad quietationem, satisfieri poterit, qui de iniquo Iudice, ansam conquerendi non habent.

Aliud, in eadem causa.

Quia in hac causa agitur de reddendis rationibus, & desuper præstanda liberatione, & quietatione: in actis vero nostris, nullæ rationes reperiantur, putat, in principali vix pronuncianum posse: sed forte ex officio, hæredibus Actoris, per interlocutoriam iniungendum esse, vt ante omnia coram deputatis, Senatus F. vigore statutorum illius loci, rationes infra certum terminum reddant, & desuper in hoc iudicio postea relationem faciant, ferner darüber ergehen zu lassen/ was recht ist. Si vero dominis aliter visum fuerit, non vult separare.

Aliud.

D.P. Concludit cum Referentibus. Controuersum enim sibi videtur inter partes, An tutelæ ratiocinia adeo exacte reddita sint, vt quietatio pupillo, nunc maiori sit præcipienda: Quod cum in definitiua, à qua appellatum, priores Iudices Reo iniunxerint, & nunc ex actis constet, rationes esse imperfectas, mancas & mutilas, vt tutor adhuc liberandus non sit, putat pronuncianum, vt Referentes: quia præpostero ordine

quietatio, ante calculum satis completum, iniuncta est, si postmodum Reo rationibus his vltioribus, erit satisfactum, magistratus à quo, eum ex officio ad quietationem adigere potest: nec opus est, vt propter solam quietationem, denuo, antequam grauetur, ad summum hoc tribunal conuolet: quod facere necesse haberet, si per interlocutoriam hic relationem rationum asseruaremus. Nec mouetur, quod Actor contutores habet: eosdem enim coram ordinario conuenire potest. Et sibi imputet, quod nec in prima, nec in hac instantia, exceptionem diuisionis obiecit: neque illis litem simul denunciari curarit: *Compensatis expensis.*

Aliud.

D.N. Pariter cum Referentibus: quia vero actio & causa primordialis super quietatione fienda, instituta est, & sententia à qua, ei conformiter lata, puto etiam iam in hisce terminis nobis insistendum. Nec ratione pronuncianum, quia hic punctus per se in eo comprehensus est, & præcedere debet, de quo Appellatus nondum egit, nisi quod per exceptionem opposuit. Fuerunt & alii contutores, qui forte etiam ad rationes, & non solus auus tenetur. Imo & ipse Appellatus potest fuisse hæres.

Sententiam vide supra. in fine voti D.Bq.

V O T V M XXXIV.

In causa T.M. contra E.C.

S V M M A R I A.

- 1 Actio ab executione non est inchoanda.
- 2 Descriptio bonorum ex quinque causis, in hoc casu, iuste facta, vt num. 3. 4. 7. 8. 9.
- 5 Cõtumax dicitur, is, qui latitat, & impedit, ne citatio ad eum peruenire possit; Item, qui minus instructus comparet. numero 6.
- 10 Verba non sufficiunt facta vbi opus est.
- 11 Arrestum per satisfactionem, quando non relaxatur.
- 12 Ad cautionem iuratoriam quando quis non admittendus.
- 13 Exceptiones in hoc casu positæ, in quibus consistant.
- 14 Interrogatum vel capitulatum semel, non est vltius interrogandum.
- 15 Litis causa principalis hic quæ.
- 16 Sequestratio vbi regulariter prohibita est, descriptio tamen & pernumeratio, siue inuentarium bonorum permittitur. Hinc Iudex, iuste alicuius cause ratione, præcipere potest, vt ostia alicuius domus claudantur & sigillentur. n. 17.
- 18 In bonorum descriptione decernenda principaliter duo, in hac causa obseruanda, & quarum num. 19 & 28.
- 20 Appellanti creditoribus suis viam prosequendi debita duriores reddere conatum fuisse, in hoc casu, ex quibus apparet. & n. 21. 22. 23. & 24.
- 25 Suspectus an quis sit, magistratui & religioni Iudicis permittitur.
- 26 Coniectura omnis crescit contra fallitos, qui sunt faciles ad mentiendum.

27 Iudex

27 Iudex ex iusta causa cautionem omittere & remittere, nec non cauere iubere potest.

29 Iudex, nisi fuerit imploratus, cur non partiatur officium suum & nu. 20.

31 Debitorum defraudationis causa absentium bona à creditoribus possideri debent.

32 Creditores priuati quando præsferuntur fisco.

FORMALIA iusta: Stephani Braunschweigers/ viduæ legitimatione non indigemus. Duas esse submissiones; vna, in puncto exceptionis contra grauamina; secunda, in puncto Commissariorū. Quoad tutores, & sic, quoad primū; Polonos non esse legitimos tutores. Iure enim quatuor requiruntur, vt habetur in *leg. ius dandi. de tut. dat. ab his. l. etiam, l. neque à preside, Codice. qui dar. tut. vel. cur. poss.* Non sunt dati ad litem, licet hoc fieri possit à quouis Iudice, quia à Iudice litis fieri debet, *Myns. obs. 87. cent. 1.* Hinc omnia per ipsos gesta, erunt nulla. *Vant. de nullit.* Ita & appellatio, nomine B. à tutoribus facta valet: ideo de interesse d. B. non amplius hic inquirendum, & sic extralitem, Grauamina esse impertinentia, & non admittenda putat. Inde & punctus commissionis corrui.

Actio non proposita: Ergo nulla dari potest. Est appellatum ab executione: Inde quaeritur, an recte inceptum ab executione? Nō inchoandum esse & ab executione, iuris est notissimi. Sed 2 contra facit, quod descriptio bonorum & iuste facta, ex quinque causis. Primo, propter malos 3 mores Rei, & *§. fin. Instit. de suspect. tut. Ferrar. in form. sequestr. §. sapiens, numero 2.* & qui reddunt eū suspectum, de mala administratione. *Abb. c. cum dilectus, numero 7. de sequestr. possess. glossa verb. officium, lege si fideiussor, §. satisfidatum, qui satisfid. cog.* De dilapidatione & fuga. *l. Imperatores. de appell.*

4 Secundo & Contumacia Appellantis, in contemnenda citatione Iudicis, *c. ex literis, de dolo & contum. Bal. n. 21. Curt. in tr. de sequestr. 2. notab. nu. 12. Innoc. c. 1. de sequestr. possess.* Is enim dicitur contumax, & qui latitat, & impedit, ne citatio ad ipsam peruenire possit, *c. quoniam, §. 1. §. fin. vt lit. non con. test.* Item, & qui minus instructus comparet, *c. 1. de elect. in 6.*

7 Tertio: & quia præsumptio est contra Appellantem, quod litiget animo protrahendi iudicium, vel differendi saltem solutionem, vt interim ille nihilominus bonis suis vtatur & fruatur, *Clem. 1. de sequestr. Pan. d. c. dilectus, num. 16.* vbi dicit, quamuis præsumptionem sufficere

8 Quarto: & Quod hic sequestrum petitur, tam in commodu Appellantis, quam Appellati, & ad conseruandum ius vtriusque, *Guid. Pap. decis. 246. Myns. obs. 11. cent. 2.*

9 Quinto: & Quia citatus appellans, tanquam is, de cuius praeiudicio agendum. Sibi ergo imputet, quod contumax fuit. Cumque hæc omnia requisita adsint, concludit, bona iustis ex causis, & legitimis requisitis interuenientibus, esse descripta, & in publicam tutelam recepta.

Reliquæ exceptiones *Loisen/ quod non citatus, nec debitum liquidum, & c.* esse friuolas, quia satisfactio sufficiens non oblata, *Curt. d. tract. de sequestr. q. 14. numero 55.* per textum legis, *si pecunia, §. finali vt in possess. bon.* Quia vbi factio opus est, & verba non sufficiunt, *iura vulg.* Secundo: Per satisfactionem & non relaxari arrestum, quando sumus inter personas, in quas non cadit satisfactio, *Bald. in lege 1. Cod. de prob. sequest. per l. Imperator. ad Trebell.* Appellantem autem neque fideiussoribus, nec bonis suis cauere posse, ex actis notorium, quia animam debeat ipsam. Quare & nec ad iuratori- am cautionem admittendus, qua quidem alias tollitur sequestrum, si persona est fide digna, & non suspecta de fuga, *l. sciendum, qui satisfid. cog. ibi. gloss. Gail. obs. 47. numero 13. libr. 2.* Sic etiam acta testantur solemniter esse processum, præsmissam, vt puta citationem, productam ad docendum transactionem, quam Appellans negare nequit: Vnde liquidò apparet, præsambula causæ cognitione, bona cōtrouersa descripta esse. Non enim ordinaria & plenaria, hoc in articulo, sed saltem summaria cognitio requiritur: & sufficit, debito modo, semiplene, absque publico instrumento probatum esse, *Panorm. in dict. c. dilectus, de sequestr. Curt. d. loco, q. 12. num. 49. Guid. Myns. dd. locis. Bart. in l. per hanc, C. de erogat. militar. lib. 12.*

Concludit, reiectis grauaminibus pronunciandum, bene actum & processum, male appellatum, cum expensis, & condemnatione in pœnam temere litigantis.

Votum D. Correferentis, in eadem causa.

Formalia appellationis, & procuratoria, vt Referens. Litem istā, præsertim in hac instantia, consistere solummodo inter *Stephan Loisen & David Braunschweigern/* non etiam inter tutores Polonos. Cōstat ex eo, quod de tutorio & curatorio omnino nihil est doctum. Imo licet ad contradicendum oppositioni Appellati, in eo puncto indultus sit terminus sub comminatione, tamen nihil actum, sed purificatus est terminus: & sic tacite is punctus confessionatus. Et quantumuis tutorium esset productum: iterum tamen disputandum foret, an datio tutorum, per Regem Poloniæ facta, subsistere possit: per rationes, vt in ipsis actis, & quæ à domino Referente deductæ sunt inter cæteras; quod filia *Loisen* subest ciuitatis *Lunæburgensis* iurisdictioni: eius bona ibidem sita: ipse pater primo tutores inibi constituit: postea vero, non nisi vt diuexarentur creditores, alios peregrinos adiunxit. Cui machinationi Senatus, officio magistratus, per sententiā obstrepuit, vt ex forma sententiæ productæ liquet, cui & partes acquieuerunt. Ipse pater est in viuis, cuius hæreditas nondū deuoluta in filiā, nisi prætēsiue, & in fraudē creditorum. Sicut & consuetudo *Lunæburg.* refragatur cessionis, & tutelæ quæsitæ. Inde puto Polonicos tutores omnino non attendendos, sicque nec filia *Loisen*

iur cessum, mediantibus illis præteritis tutoribus, per appellationem (quæ in effectu nulla est) ad Cameram deuolutum.

- Inter iam dictas partes submissum est principaliter super admissione grauaminum. Exceptiones consistunt † inter cætera in eo, quod libellus appellationis, siue grauamina, per omnia conueniunt cum actis primæ instantiæ, & sunt mera repetitio priorum. Sed verum est, quod semel capitulatū † vel interrogatum, non est vltius interrogandū: per ea quæ communiter ad hoc allegantur, *Gail. obs. 121. lib. 1. Ordin. rit. 33. lib. 3. §. pen.* Collatis itaque his, reperio sic se habere ea omnia, vt per Referentem deductum.
- Principalis causa, † siue *ῥησιβόλη* litis, est impetratio descriptionis, siue inuentationis bonorum *ῥοίσην* & non tam sequestratio, quam arrestatio, vel potius inhibitio, & manus præclusio suspecti debitoris, ne conturbentur fortuna & rationes in damnum creditorum. Quæ descriptio, Iudice adito, semper concedenda est, *l. si. in princ. de requir. Reis. l. 1. §. pen. de vtre in poss. mitt. Dd. in l. vnica, C. de prohib. pecun. sequestr. præsertim quâdo suspicio est, & creditores intelligunt debitorem decoquere: tunc Iudices in hoc se faciles præbere debent, per iura iam allegata.* Vbi enim † sequestratio regulariter prohibita est, descriptio tamen & pernumeratio, siue inuentarium bonorū permittitur, *Barrol. in d. l. 1. §. finali. incipit eligitur, de ventre in possess. mittend. & lege defensionis facultas, Cod. de iure fisci libro 10. Ias in lege si fideiusfor. §. si satisfidatum, numer. 28. qui satisfid. cog.* Hinc potest Iudex, † ratione contumaciæ vel alterius iustæ causæ, præcipere, quod ostia alicuius domus claudantur & sigillentur, vt per *Ang. in lege 1. Cod. vt nemin liceat sine iudic. auth. fing. reb. impon. alie. facit l. si iniuria, de iniur. refert Ias. in d. §. si satisfidatum numero 29.*

- An vero Iudex primus, siue magistratus Lunæburgensis, legitime processerit, decernendo descriptionem bonorum: sicque in eo obseruauerit necessario obseruanda. Puto principaliter † sibi duo fuisse attendenda. Primo, † an causæ sufficiens extiterint pro suspicione conturbationis fortunarum & rationum. Quo loco ex actis satis docemur, Appellatum statim ab initio, † & quidem ante implorationem Appellatorum, conatum fuisse suis creditoribus imponere, & viam prosequendi debita duriosem reddere. Argumento est, † prætenfa & inualida cessio bonorum, facta filix: quæ cessio indicium facit pro consuetudine Lunæburgensi: alias enim superflua fuisset. Et quod Appellās in fraudem creditorum ea bona à se abdicauit. Item, † argumento est datio tutorum, diuerforum locorum, & quidem longissime distitorum. Item, † quod & alii creditores, ex iisdem suspicionibus, bonorum *ῥοίσην* arrestationem dudum sollicitarunt. Item, † quod quasi publice notum est, *ῥοίσην* propter æs alienum hisce locis cessisse, & in latebris Poloniæ asylum quæsiuisse: præfer-

tim, cum & mali mores, & personæ qualitas, quæ forte dolo desit possidere accesserint, declarat *Bald. in l. si fideiusfor, §. fin. qui satisfid. cog.* Inde magistratui & religioni Iudicis † permittitur æstimare, an quis sit suspectus, eiusque arbitrio id relinquitur, *Dd. in l. si cui §. ysdem, de accusat. Bald. in c. significauit. circa med. de testib. & in d. leg. si fideiusfor. ibique text. ibi. si hoc Iudici sederit. Iohann. Bapt. Cac. cial. in tract. de debit. suspect. q. 1. numero 11. & Boer. decif. 215. numero 15.* dicūt quod omnis coniectura † crescit contra Fallitos, qui sunt faciles ad mentium: sunt etiam infamissimi, qui voce antiquissimæ legis dari deberent creditoribus lacerandi, adeo, quod propter dolum suum non debent habere beneficium cessionis, quod est subsidium miserorū, non præfidiū doloſorum: sunt verba *Baldi in confl. 400. num. 3. 4. vol. 5. per iura, vt ibid.* Et quemadmodum Iudex potest in casu, iure non expresso, † cum æquum sibi videbitur, iurare cauere, *l. quod si Ephesi, in fi. de eo, quod certo loco. ita etiā omittere & remittere potest cautionem, si ex iusta causa sibi videbitur. late Tiraq. de retract. §. 1. gloſ. 18. numero 45.*

Secundum, † quod Iudici, siue magistratui Lunæburgensi præcipue fuit attendendum, est: quod creditores, in primis vero Appellatus, per hoc iuris remedium magistratus subsidium postulauit: alias enim id non datur, *lege 4. §. hoc iudicium, de damno infect.* Quia ad priuatam partis utilitatem † Iudex non partitur officium suum, nisi fuerit imploratum, dicto §. hoc iudicium: ne ipse, † qui inter vtramque personam litigatorum, † medius esse debeat, *l. vbi, Codic. de fals. te quodammodo partem constituere videatur.*

Alia requisita ad processum arrestorum, non puto anxie nostro casu expetenda, cum ea in prioribus, & magis præiudicialibus casibus ordinata sint: hic vero in nudis descriptionis & (vt vocant) pernumerationis terminis grauaminum causæ consistant: vbi nec citatio solemnis, & debiti liquidatio, vel alia strictè desideranda, per supra d. leg. fin. in princip. de requirend. Reis. & Bonavent. Strach. in tract. de decoctorib. part. 7. numer. 14. Quando enim absunt, & † defraudationis causa latitant debitores, aliud non quærendū, quam quod bona possideri vndique iubeat Prætor, *l. Fulcinius, §. 1. quib. ex caus. in possess. eatur. Stracha d. loco, num. 10. & 11.* Licet nec ea nostro casu omiſsa esse videantur: vbi etiam dicit *Stracha*, quod tales fugitiui, ad bonorum cessionem non admittantur, & habeatur pro confessis, per *Boer. d. decif. 215. n. 5. 6.*

Hinc satis liquere puto, primam appellationem friuole interpositā, tam à tutoribus, quam à *ῥοίσην*: ideoque Iudicem secundæ instantiæ rectè pronunciaſſe, & ab eo male huc appellatum. Sicque reiectis grauaminibus, confirmandam sententiam proximam, cum expensis.

Temere Appellantis pœna *ῥοίσην* irrogatur merito, secundum ea, quæ admonet *Gail. obs. 152. in fine lib. 1.* sed non video quomodo sententia possit hæc in parte effectum sortiri, quin potius timeo,

timeo, sumptus, labores, molestias, & omnia, in puncto executionis fore inania. Ideo consultus videtur, vt dissimuletur hoc casu pœna, alias minime remittenda. Fisco enim aliquid adiudicandum foret, quod ius sibi veniret ex causa pœnali, & mere lucratiua. Quo casu & quando non constat de prioritare iurium, † sed sumus in casu dubio, priuati creditores præferuntur fisco. Communem opinionem esse dicit *Neguz.* conciliando opiniones *Dd. in tract. de pigno. & hypoth. 4. membr. 2. part. princip. num. 118. Saluis Dominorum votis.*

Aliud.

D. Bq. Tergiuersationem summam *Łoſſen* esse perspicuam: trãstulit sua bona alio, & ipsum domicilium Quibus, & aliis rationibus, per Referentem in specie adductis, putat, sententiam Senatus fuisse æquissimã, propter suspicionem, quam *Łoſſ* incurrit. Concludit cum Referente. In pœnam tamẽ temere litigantis omnino condemnaret: quia ordinatio vult, & aliis exemplo esse potest. Fiscalis postea deliberet, an suo periculo multam prosequi velit.

D. Q. H. per omnia cum Referentibus concludunt, & fuit sententia in forma cõmuni concepta & publicata.

V O T V M XXXV.
In causa T. contra Episcop. C.
S V M M A R I A.

- 1 Priuilegij continentia hic qua.
- 2 Iurisdiclio omnis à summis Principibus tanquam à fonte profluit.
- 3 Rotvvilensibus certi casus in suo iudicio ventilandi, in suo priuilegio à Maximiliano I. Anno 1496. concessio, & in reformatione noua à Maximiliano II. constituta, reseruati sunt.
- 4 Echeafft definitio.
- 5 Rei banniti in eo sunt casu, qui remitti non potest.
- 6 Lex vbi non distinguit, nec nos distinguere debemus.
- 7 Inter bannum delicti & cõtumacia, hoc casu nihil, aut parum discriminis.
- 8 Verba illa, *Das die Bnterthanen zu Rotweill nit sollen geächt werden* priuilegio Bambergensis inserta, quando habeant locum.
- 9 Auocatio à iudicio Rotvvilensi cur hoc casu non habeat locum.
- 10 Priuilegium posterius speciale, per generalem clausulam derogandi, priori priuilegio generali merito derogare debet.
- 11 Imperator non solum suo alicui antea concessio priuilegio, sed & aliorum Imperatorum derogare potest.
- 12 Priuilegij insinuatio, id est, editio, de stylo fieri debet.
- 13 Expensæ quare hic compensandæ.
- 14 Appellans indistincte Appellato condemnandus est in expensas.

V O T V M domini Referentis Q. Quia lis omnium est super declinatoria fori: videndum primo, An d. exceptio probata? Deinde, An elisa? Tertio, Quid pronuntiandum?

Quoad primum, putat probatam exceptionem per priuilegia Episcopi Bambergensis, ab Imperatoribus concessa: quæ in alia causa in originali, in hoc iudicio sunt exhibita, & nunc repetita expresse continetia, † *Das Bambergsche Bnterthanen vnd Berwandren. vt ibidem.* Talia autem priuilegia exemptionis à summis Principibus, † à quibus omnis iurisdiclio, tanquam à fonte profluit, concessa valere, sæpe in hoc iudicio decisum est, & præcipit illa obseruari ordinatio *part. 2. tit. 1. in princ. Gram. decis. 46. num. 1.* Concludit, probatam esse.

An elisa?

Opponitur replicando priuilegium Rotvvilense, quod intelligit de illo, quod à Maximiliano Primo, Anno 1496. est concessum & in aliis causis hic productum: Item, allegat reformationem nouam, à Maximiliano II. constitutam: in quibus decernuntur certi casus, † reseruati Rotvvilensibus, in suo iudicio ventilandi, quos casus ad auocationem statuum priuilegiatorum, non coguntur remittere, prout expresse disponitur in d. priuilegio, §. *Item so mōchte, & in reformatione part. 2. tit. 15. in princ.*

Ex his autem casibus reseruatis, qui Echeafft in vocantur, vtroq; in loco prima Echeafft est, † *wann einer ein offener verschriebener Echer oder ein Bänniger ist / vnnnd solches mit gnugsamen Brieffen oder Urkundē auff ihn bracht / oder sonst kündlich gemacht.* Cum itaq; hic in confesso sit, Reum, † qui auocatur, bannitum esse: perspicuum est, eum esse in casu, qui remitti nõ debet. Et ideo recte in eo iudicio causam retentam esse. Non obstat, quod Appellans obiicit: primum illum casum der Echeafft / de bannitis ex delicto intelligi: nam id probatum non est, & cõtrarium docet Curia Rotvvilensis vsus, qui hanc distinctionem hactenus nõ admisit, & recte respondetur, vbi † lex non distinguit, nec nos distinguere debemus: præsertim cum nulla hic adducatur causa distinguendi: Est inter bannum delicti & cõtumacia, † hoc casu nihil aut parum discriminis, vt testatur *Gail. obs. 12. n. 3. lib. 2. de pace pub.*

Deinde negatur, quod hæc prima Echeafft cum 15. propter contrarietatem, conciliari non possit: nihil enim impedit, quin vtraque de bannito propter contumaciam recte etiã intelligi queat. Nec dici potest, quod posterior, superflua sit futura, cū illa aliquid addat, quod in priore nõ continetur: Videlicet, quod etiam absolutus à banno, auocari non possit, si ea conditione absolutus sit, vt Rotvvilã se conueniri patiatur.

Nec etiam obstant verba priuilegij Bambergensis, *das die Bnterthanen zu Rotweill nit sollen geächt werden.* Nam hoc tum locum habet, † cum fuerint antea ab Episcopo auocati: alioquin enim frustra in d. priuilegio poneretur, *das auff Episcopi Abforderung / die Bnterthanen sollen ge-wissen werden.* Ergo auocatio necessaria fuit, quæ

Nn

si omit-

si omittitur, recte ad condemnationem & bannum proceditur.

Nec referre videtur, quod Episcopus nescierit, Reum citatum esse, ideoque de auocatione tempestiua cogitare nequiverit. Quia cum priuilegium Rotuvilense, † simpliciter, sine vlla distinctione bannitos nō remitti ad ordinarios disponat, & de stylo etiam Iudicij illius quotidie ita practicetur: existimat, hoc casu auocationem amplius locum non habuisse. Sed forte Episcopus si placuisset, pro suo Interesse à declaratione Banni appellare, vel nullitatem eiusmodi apud superiorem deducere potuisset.

Nec obstat, quod priuilegium Bambergense in genere omnes causas, quæ vel corpus, vel bona subditorum cōcernant, includit. Rotuvilense enim priuilegiū, † cum sit speciale, & posterius, Anno sc. 1496. concessum per generalē clausulam derogādi, priori priuilegio generali Bambergensi, merito derogare debet. c. 1. ibi glos. in verb. vt libere de rescript. ibid. Abb. numer. 10. Felin. numer. 3. Franc. Marc. decis. 267. in 1. part. Quod autē imperator Maximilianus primus, † non solum suo, antea d. Episcopo, cōcesso priuilegio, sed & aliorum Imperatorū, derogare potuerit, tradit Bald. in l. si se patris. Codic. vnde lib. & de pace Constant. in verb. successori: quia in Iurisdictionalibus potest hoc. Gram. d. decis. 46. num. 2. Gab. l. 3. tit. de iur. quas. conclus. 6 nu. 22. & conclus. 7. numero 7.

Concludit, exceptionem declinatoriā esse elisam, & pronunciandum, bene iudicatum, male appellatum: Compensatis Expensis.

Aliud.

D. Bq. Correferens, concludit cum Domino Referente: quia priuilegiū Rotuvilense expresse continet hunc casum. Nec refert, quod Bambergensi est posterius, quia is casus non est exceptus.

Habet & Rotuvilense clausulam derogatoriā. Nec illud Bambergense, est infinuatum Cag. nol. in aurb. qui rem. num. 63. Cod. de SS. Eccles. Item, est de stylo, † quod infinuatio fieri debeat, id est, priuilegij editio. d. c. cum persona de priuileg. in 6. Sed hoc post bannum est factam. Non obstat clausula: vt Gail. lib. 1. obser. 1. num. 1. Non obstat ignorantia subditū quia de ea non constat. Intelligit casus 1. & 15. Ehehaffin/ vt appellati.

Concludit: quia hic agitur de bannito, & sic locum habet Ehehaffin/ siue priuilegium, in ordinatione antiqua expressum: Ideo simpliciter cum Domino Referente: nisi quod cum expensis, &c.

D. G. Quia non apparet ex actis, priuilegium ante bannum infinuatum Rotuvilensibus: Ideo sine vicio nullitatis ipsos procedere potuisse, ex priuilegio generali, ipsis concessio, putat, & auocationē nimis sero factam: ideo locū non habere isto casu. Concludit igitur cū Referente: Cum expensis tamen.

D. Ql. Cum Referente, quia priuilegia sint satis liquida, & serius facta auocatio: compensatis

expensis: Quia † appellans verisimiliter videtur 13 habuisse ignorantiam de robore priuilegij.

D. S. Siquidē auocatio vigore priuilegij Bambergensis, non facta est, re adhuc integra, sed demum post declarationem Banni, & impetrationem de r. Anleidsbrieff/ sicque sumus in casu, vbi Bannitus auocatus est: Puto cum Dominis Referentibus causæ decisionem nunc solummodo dependere ex allegata dispositione, antiquæ ordinationis Rotuvilanæ p. 3. §. 5. nec non stylo, consuetudine, & vsu eius curiæ dudum præscripto. Ideo concludo, bene iudicatum, & male appellatum.

Cumque exactis vix colligi possint sufficientes causæ, pro compensandis expensis: præsertim cum pronunciandum sit contra Appellantem. Ideo nobis à Iuris regula nō facile recedendum erit, quæ habet: Appellantem † indistincte 14 Appellato condemnandum in Expensas: gloss. in c. finem litibus. de dolo & contum. c. sape. de appellat. c. irreprehensibilis. c. vt debitus eod. tit. Gail. obs. 152. num. 4. libro 1.

D. L. Cum dominis: Expensas vult compensare, vt Q. non vult tamē se separare in hoc à Dominis.

D. H. Cum Referentibus, & cū expensis: quia priuilegium non sit ante ibi infinuatum.

Sententia.

In Sachen weiland Herrn X. Weir̄ jetzt Herrn Martin. Bischoffen zu E. Appellanten/eins/ wider Friderich vnd Jacoben X. & consortes, weiland Jörg X. nachgelassene Erbe/ in actis benannt/ Appellaten/ anders Ehehaffin. Ist allem Vorbringen nach zu recht erkant/ daß durch Richter Voriger Instanz wol gesprochen/ vbel davon appelliert/ die Gerichtskosten an diesem Keyserlichen Cammergericht auffgeloffen/ ihnen den Appellaten nach rechtlicher Ermessung zuentrichten vnnnd zubezahlen fellig ertheilend/ Doch ermelttem Appellaten an seinem habendē Priuilegien in andern Fällen vnabbrüchig.

V O T V M XXXVI.

In causa Comitis T. contra Principē Electorem Sb.

S V M M A R I A.

- 1 A sententia super possessorio lata, appellare licet.
- 2 Appellationes coram Notario & testibus etiam sine protestatione, quod Iudicis copia haberi non possit, valida sunt.
- 3 Apostolos à iudice petere vel non, liberum est.
- 4 Causa coram Commissariis intra annum finire debet, elapsog. anno, ipso iure ad Cameram statim deuoluitur.
- 5 A sententia Commissariorū vbi appellatur, non solum priora, sed etiam noua deducere prohibitum est.
- 6 Ordinationis litera copulatiue & disiunctim duo requirit. & que.
- 7 Iudex in deserendis iuramentis cautus esse debet.
- 8 Iudex, qui verisimiliter peieratur iuramentum defert, dicitur homicida.

9 Dicitur

- 9 *Dictum Platonis in suis legibus quod.*
 10 *Imperij summi status, non debent esse durioris conditionis, quam priuati.*

VOTVM Domini Referentis, G. Submissum est in puncto (exceptionem contra Grauamina in euentum) Deuolutionis, Respon- sionum, admissionis Commissariorum, iuramenti Calumniae, & damnorum.

Adductæ exceptiones contra deuolutionem Appellationis suo iudicio, plane sunt irreleuan- tes. Nam licet variant Dd. vtrum à sententia, † super possessorio lata, appellari possit: Tamen in Camera receptum esse palam est, in possessorio plenario, in quo hic versamur, Appellationes reci- piunt, prout in ordinatione expresse, statuitur, *tit. 2. §. 1. vnd so das Brthel. §. wo aber der Beslagt. li. 2.*

Ideoque hoc casu processus decreti sunt cum inhibitione, & notorium quoque est, quosdam Imperij status impetrasse, ne ab illorum sen- tentiis in possessorio appelletur. Sane Appella- tiones coram Notario & testibus, † etiam sine protestatione, quod Iudicis copia haberi nõ pos- sit, validas esse, constat quoque ex ordinat. *tit. 29. li. 2. §. 1. Item so soll einem ieden/so sich mit Brthel be- schwert/nicht allein von dem Vnderrichter/vnnd in seiner Gegenwertigkeit/sondern auch im Abwesen.* Quod intelligendum, vt hætenus semper vsita- tum fuit, siue copia haberi possit Iudicis vel non, &c. Von einem Notario vnnd Zeuge zu appelle- ren zugelassen sein soll. Et hinc quoque liberum relictum, † à Iudice petere Apostolos, vel non, §. *Item so soll. §. 1. tit. 30. §. 1.* Sicque rigor antiquus plane sublatus est. Cõcludit, d. Exceptiones non obstare.

Atque alio fundamēto, ab Appellatis non al- legatum, causam scilicet non deuolutam, sed de- fertam dici posse. Sed id non solum, quoad Co- mites, sed etiam quoad Electorem. Cum enim agitur, Vermög der Aufsträg der Entsetzung hal- ben/die nit Landfridbrüchig vt sic factum, necesse est, à die interpositæ appellationis, intra trime- stre, vt ordinatio, *in d. §. Wo aber der Beslagt. & sequenti, habet, die Appellation in Camera anzu- bringen vnd anhengig zu machen Quod ipse in- telligit, vt ordinatio. §. 1. tit. 30. li. 2. declarat durch Aufziehung, Verklündigung vnd wider Einbring- ung der Ladung.*

Ex actis autem relucere, appellationes qui- dem intra decendium hinc inde interpositas, & processus, intra trimestre impetratos, & insi- nuatos: post trimestre vero, quinto mense, viua voce, & post, nono die, post terminum, realiter reproductos. Nisi velimus desertionem hoc pa- tto saluare, quod partes hinc inde non intende- rint procedere summarie, vigore singularis con- stitutionis, illius *tituli 8. lib. 2. vt ex processu vide- re est.* Causa enim hæc per septem Annos inte- gros, plenarie agitata est, coram Commissariis, † cum intra annum finiri debuisset, *iuxta d. con- stitutionem.* Vel in eo statu, quo lapso Anno fuit:

ipso iure ad Cameram statim deuolui, & apud priora acta quoque expressim reperitur, quod procedere voluerint partes, Vermög des achtens Wegs *tit. 4. lib. 2.* Et sic Vermög der gemeinen Aufsträg: in quibus fatale non inuenitur arcta- tum, quoad trimestre, & in hanc sententiam ipse inclinatur, tanquam mitiorem: maxime cum ne- mo partium id vrgeat, & hic quoque despolio, striete sumpto non agatur.

Porro, quod contra grauamina excipitur, quod salte priora acta sint articulata: & ideo non admittenda ad probandum. Ista quidem excep- tio satis releuans est.

Nam non solum priora sed etiam noua dedu- cere, † eo casu, vbi à sententia commissariorum appelletur, prohibitum est *§. 1. tit. 6. lib. 2.* Ideo vide- tur grauamina nõ posse admitti ad probandum.

Verum cũ *in d. §. 1.* additio ista annexa sit: *Es were dann durch den Eyd 2c. & sic si iuretur, ad- mitti debeant (vt habetur forma ibidem) oder darfür habe/ daß solch new Eynbringen zu Erhal- tung d. P. rechtigkeit dienstlich sey/ & Comites in Replicis expresse dicant, daß sie entlichen fürha- bens/nicht allein etwas neues vnd weiters, quam prius eynzubringen vnd zu beweisen/sonder auch daß jenige/ so in priori instantia fürgebracht/ noch weiter außsündig zumachen: Ideo ipsis tale iura- mentum deferendum esse existimat. Ist erkant/ wöllen vnd mögen gedachte Appellanten/ für sich selbst/oder ihren vollmächtige Anwald/ in Zeit vier Monat/ so ihnen von Amptsweg hierzu angefeht/ einen Eyd zu G. D. vnd auff das heilig Euangeli- um schweren/daß sie jres angegebene neuen Eyn- bringens in erster Instanz nicht wissen gehabt/oder damals daselbs nicht eynbringen mögen/ auch dar- für halten/daß solch new Eynbringen/ zu Erhaltüß ihrer Berechtigkeit dienstlich sey/ daß solches gehöret werden/vñ sie thun solches also oder nit/als daß auff fernem anruffen in der Sachē ergehen sol. W. R. J. in reliquis punctis expectandum esse.*

Vorum D. Correferentis, in eadem causa.

Præcipua submissio concernit admissionem grauaminum: Causam enim esse deuolutam, non desertam.

Nullitatē commissam propter continuatio- nē processus vltra cõstitutionis, vel ordinationis terminum, cum Domino Referente cenfeo.

Concludo etiam cum Domino Referente, Grauamina ad probandum esse admittenda. Sed id non tam propter iuramentum, ab Appellante, ob hoc præstandum, quam ex causis, propter quas alias de iure communi & stylo Cameræ, grauamina quotidie ad probandum admitti so- lent. Dubito enim, nõ casu nostro commode, iu- ramēto causante, id fieri possit: Cum litera Or- dinationis † copulatiue & coniunctim, duo exi- gat: nempe vt iuretur, Appellantē ignorasse, vel non potuisse iam deducenda, in prima instantia producere & quod putet nouam inductionem & probationem sibi vtilem fore. Hanc partem recte quidem iurare Appellantes comites pos-
 N n 2 sunt,

N n 2 sunt,

sunt, sed priorem, vt ex actis satis dilucide constat, ægerrime, & non nisi graui conscientia: Cum & scire, asserta iam documenta penes suos subditos, & facile ab eis exigere, & producere potuerint. Non nihil itaque periculi hoc casu subest, ne vel periuriis fenestra aperiatur, vel Comitibus denegetur, quod alias generaliter Appellantibus permittitur.

- Ad primum enim quod spectat, Iudex cautus
 7 † esse debet in deferendis iuramentis, glossa in c. clericos. verb. redeuntes. de coh. cleric. & ibi Abb. numero 2. & §. nos igitur Auth. de nupt. Felin. c. Apostolice. num. 2. de except. dicit: Iudicem homicidam fore,
 8 † cum verisimiliter peieraturo defert: ex c. ille & c. qui exigit. 22. quest. 5. Menoch. consilio 186. Et relidēt ea non parum in iudicis arbitrio, vt notant: Bald. Castrens. & Ias. in l. 2. Codice de edict. viduita. tollend.
 9 Inde Plato † in suis legibus dicebat: Prudens legislator, in iudiciorum executione, iusiurandum litigantium prohibebit, vt tam accusatoris intendi, quam defensoris deprecatio, siue iureiurando in iudicis conscribatur.

Secundo vero loco, summis etiam statibus eriperetur, quod infimæ conditionis hominibus, & priuatis, permittitur. Cum facile contingere possit, vt quis sibi persuadeat de bona lite & causa, & in prima instantia se instruat probationibus, quas sibi sufficere arbitratus est, donec lata sententia, euentus aliud docuit. Quo casu, si postmodum deducantur noua fundamenta, & rationes à prioribus dependentes, vberioresque probationes victoriæ seruientes, etiam priuatis appellantibus viæ non arctantur: Vix itaque fieri potest, vt summi status Imperij, † durioris sint conditionis, quam priuati: præsertim attento, quando tale iuramentum à parte non petitur.

Si vero Domini putarint, literam ordinationis de rigore hæctenus fuisse obseruatam, præiudicioq; nuperrime in causa Baden cōtra Desterreich/ hoc nostro casu simpliciter insistendum esse, tunc nec ego refragor.

Saluis.

Aliud.

D. Q. Cum Domino Referente in omnibus, nisi contraria præiudicia nata sint, quod iuramenti huius non habita fuerit ratio: sibi enim impudent status, quod hanc legem sibi ipsis tulerint.

D. Bq. Si grauamina releuantia sunt, vt Referentibus videtur, & noua adiuncta & addita prioribus, placet vt grauamina ad probandum admittantur. Quo ad delationem iuramenti, de nullo præiudicio sibi constat, præter allegatum, Baden contra Desterreich. Et quia ibi delatum, poterit etiam comitibus hic deferri.

D. I. Similiter cum Dominis concludit.

V O T V M XXXVII.

In causa Comitum Q. O.

Contra P.

S V M M A R I A.

- 1 De punctis duobus hic principaliter agitur.
- 2 Actorem nostrum super spolio aduersus citatum agere non posse, vnde constat.
- 3 Spoliatus dicitur is, qui cum possideret, deiectus est.
- 4 Possessionis recuperanda duo extrema qua.
- 5 Possessionis recuperanda remedium, in quibus sibi non vendicet locum. & num. 6. & 7.
- 8 Ignorantia cum adest, cessat peccati ratio.
- 9 Spoliator quis dicatur & impropriissime & quis proprie. num. 10.
- 11 Possessor vel Successor non præsumitur scire, rem esse vicio violentiæ affectam.
- 12 Ignorantia præsumitur, vbi scientia non probatur: In facto nimirum alieno. num. 13.
- 14 Pupilli patris sui successores, si soluere negarēt pensionem, quam pater soluere consuevit, licet post obitum eius nunquam soluisset, super spolio conueniri possunt: quod tamen limitatur. num. 15.
- 16 Spoliatio simplex & impropria largo nomine sumpto dicitur spoliatio.
- 17 Spolia simplicia & impropria huiusmodi reformatio Rotvvilensis tit. 5. inter casus reseruatatos, qui remitti non debent, non constituit.
- 18 Verba de iure principis firmissima esse debent.
- 19 Concessio prima, non secunda valet.
- 20 Princeps contra factum suum propriū veniens, contrariamq; concessionem faciens, prima valebit concessio, & non secunda.
- 21 Eshaffs Rotvvilensium non loquitur de omni genere violentiarum, sed magis de vi compulsiva, ablatiua, vel expulsiua: Quare actio hoc loco competit. numer. 22.
- 23 Interdictum recuperanda quare hoc in casu non habeat locum.
- 24 Oblitio post longum tempus scilicet decem Annorum præsumitur.
- 25 possessio civilis, quæ animo retinetur, decem annis amittitur.
- 26 Ecclesia non moritur.
- 27 Ecclesia præiudicatur, propter negligentiam prelati non repetentis rem Ecclesiasticam: Sicut & dolus & violentia eius nocet Ecclesiæ. numero 28.
- 29 Ecclesia interdum potest petere restitutionem in integrum, vel ipsum negligentem conuenire.
- 30 Spoliatio vel violentia in iudicium deduci non potest, cum de nulla possessione constet.
- 31 Priuilegium posterius, cui clausula, ex certa scientia plenitudine potestatis: motu proprio: & c. inserta sunt, derogat priuilegio priori concessio.
- 32 Priuilegium ob remunerationē & bene merita concessum, & sic ex iusta causa, transit in contractum, fitq; irreuocabile, nec ei doli exceptio obstat.
- 33 Priuilegium derogatorium in specie est probandum.
- 34 Verba relatiua sæpius repetita repetitionem faciunt omnium præcedentium cum qualitatibus suis.
- 35 Clausula derogatoria noua Reformationi Rotvvilane inser-

inserta, à statibus Imperij vt sua, nondum est approbata.

- 36 Clausula illa generalis, non obstantibus quibuscunque priuilegiis &c. nō est sufficiens ad tollendum exemptionis priuilegium alterius, cum clausula derogatoria: Et quid ultra requiratur. nu. 37.
- 38 Priuilegium dicitur per viam legis concessum, quando est generale.
- 39 Priuilegium Rotvvilense nouissimum, siue reformatio, quare remaneat simplex priuilegium, nec in legem generalem transeat.
- 40 Fendum non tribuit iurisdictionem.

DL. Referens. De duobus punctis principaliter agitur. Primo, † quod sententia contra exceptiones prolata. Secūdo, quod non causa spoliū sit.

An probata?

- Si merita concernantur, apparebit, Actorem super spolio aduersus citatum agere non potuisse. Primo, † quod ex narratis libelli patet, Actorem nūquam in possessione desj Behenden zu B. fuisse. Eumque d. decimas eo loco nunq̄ subleuasse: Et sic non potest dici spoliatus: † q̄ is dicitur, qui cum possideret, deiectus, est. §. recuperanda. de interd. l. i. §. deicitur. de vi & vi armat. Quia imo Reum, eiusque hæredes, ab Anno 39. in possessione vel quasi, d. decimas subleuādi fuisse, & hoc quidem de cōsensu & voluntate primordialis Actoris, tunc temporis commendatoris, zu Straßburg/ vt patet ex articulo libelli 12. Qui articulus patefacit, cum patre nostrorū minorrennium actum esse, vt is zu Sischols/ nomine d. ordinis Controuersam auenam subleuaret, & porro Argentinz Commēdatōri pro ea pecuniam, vel aliud traderet. Quin ergo potius nō agit, vt illa conuentio, ceu cōtractus cum patre, à suis hæredibus compleatur. Si habet ergo Reus ab Actore, vel eius antecessore, eam possessionem, vel quasi, perperam allegat, eum spoliasse. Et sic duo extrema illa, † recuperandæ possessionis, de sunt; possessio scilicet, ex parte Actoris, & Turbatio, ex parte Rei. c. cum ad sedē de restit. spoliat. Cum ergo pater non spoliavit, nec super spolio vnquam conuentus fuit, vanum est, eius successores & hæredes tanquam spoliatores, velle conuenire, maxime cum iure prouisum sit, quod remediū, eius interdicti, locum sibi non vendicet, contra successorē, † qui ignorat, possessionem esse viciosam, Menoch. de recup. poss. remed. 16. n. 10. & seq. Quin contra singularem successorem † scienter in viciosa possessione succedentē, non dari hoc interdictum, tradit Menoch. ibid. prout non conceditur contra successorem, † qui ex post facto cepit habere scientiam violentiæ: Ripa c. sepe. de restit. spoliat. numero 41. Cepol. consil. 6. colum. 4. Menoch. d. loco. nu. 10. Quia aliæ actiones aduersus tales successores cōpetunt. Et cum adest ignorantia, † cessat peccati ratio, ob quam hoc remediū inuentum est. Possessor etiam, † in quem ex post facto superuenit mala fides, & rei alienæ

scientia dicitur impropriissime spoliatus l. sed et si. §. etiamsi ante de petit. hered. Spoliator enim, † seu 10 prædo, is proprie dicitur, qui scit rem ad se non pertinere, nec possidendi causam habere: quod contingit, præsertim, cū is, per vim deiecto possessore, ingressus fuerit possessionem: d. l. sed et si. §. quod autē. Quod hic nec à defuncto patre, minus vero ab ipsius hæredibus, Reis conuētis, factum apparet, aut factum esse narratur. Et ex quo Rei nostri conuenti, adhuc minores, præsumuntur ignorare possessionis & d. auenæ vicium, in qua successerunt, & ad cuius possessionem, vel quasi, peruenerunt: Cum & alias possessor, vel successor, † non præsumatur sciuisse, rem fuisse vicio 11 violentiæ affectam: Menoch. d. remed. 27. & seq. Quia ignorantia præsumitur † vbi scientia non 12 probatur. c. præsumitur. de reg. iur. in 6. ibi Dim. Quod intelligitur † in facto alieno. lege finali in fine. 13 profuo. Aliud sane dicendum esset, si nostri pupilli, † patris sui successores, negarent soluere 14 pensionem, quam pater soluendo consuevit: Quia tunc, et si nunquam soluissent post obitum sui patris, super spolio conueniri possent: Menoch. de recup. poss. remed. 1. numero 89. Quod tamen etiam non procedit, † quando talis spoliator 15 præstationis vellet probare titulum legitimum non soluendi vel præscriptionem immemoriam, vel priuilegium non soluendi. Ita in terminis de decimis, Corset. in reg. quod spoliat. ante omnia. fall. vit. Verisimiliter vero nostri Rei conuenti, titulum habere poterunt. Et ex assertione Actoris ipsiusmet patet eos, præscriptione se defendere posse: cum plus quam per 30. Annos d. auenæ annuam præstationem non soluerunt.

Iam, vt maxime constituamus, citra tamē veritatis præiudicium, spoliū ob negatam solutionem commissum esse, hæredesque ob id conueniri potuisse: Tamē negatio istius auenæ præstationis non inducit casum referuatum, scilicet ein Ehehafft/ & qui remitti non debeat: quia simplex & improprius, † largo scilicet sumpto nomine, spoliatio est: quæ alias dominij exceptionem 16 admittit, & largissime spoliator dicitur, &c. lege si ex stipulatione. de acquir. poss. Menoch. dicto loco numero 110. Reformatio vero Rotvvilensis, † titulo 17 5. huiusmodi simplicia, & impropria spolia, inter casus referuatos, qui remitti non debent, non cōstituit, vt ex casu 26. patet, in verb. Aber schlechte Turbirung/ vnd Betrübung/ so sich etwann vnder den benachbarten zutragen/ damit nicht gemeint seyn sollen. Quod ipsum Procurator Actoris Replicando, contra die Abforderung/ disertis verbis profitetur, daß die Gewaltthätige Entsetzung Sachen/ von Hoffgerichts Freyheiten nach ic. Referendo se ad eandem reformationem. Deinde, cum prætesum spoliū non sit, non referuari, sed ad instantiam & auocationem comitis remitti debuit.

Concludit male iudicatū, bene appellatum. Ideo non opus, multum disputare, an Hanoense priuilegium fori, per Renouationem Rot-

vvilens. quoad casus, in ea referuatos (quos Eshaffin/vocant) sit sublatum: quia sufficit, quod in cōmunibus casibus subsistat, prout subsistere Actor palam in Replica, contra auocationem fatetur. Quamuis etiam hoc comitis priuilegium, quod ad casus in eo referuatos, noua reformatione nō obstante, firmum robur habere existimet, propter multifarias clausulas derogatorias, ibi insertas. Et quod de iure principis, † verba firmissima esse debent *c. ad Apostolica. de re iudic. Mynsing. obser. 17. cent. 1.* Et quod concessio prima, 18 † non secunda, valeat: Cum reuocando præsumatur circumuentus, ex obliuione, vel factō impetrantis, etiam si id faciat motu proprio: *Decius consilio 286. nume. 4. 5. 6. Alexand. consilio 122. nu. 26. vol. 4. Roman. cons. 298. per tot. Mynsing. obs. 61. cent. 3.* Vnde si veniat contra factum suum proprium, 20 † & contrariam faciat concessionem, prima valebit, & non secunda *Dd. vt supra & ex aliis argumentis, ab Aduocato Comitum, sub num. 17. adductis.*

Quod vero Comes noster suos vasallos auocare potuerit, ei tribuit priuilegium Fridericus III. Et declarat: Maximili. II. quæ habet, quod Comes etiam suos vasallos auocare possit, sine discrimine, quo genere actionis impediti fuerint. Conuentos vero suos vasallos esse, satis doctum esse: nec hoc inter partes disputat: nec Reus contradicit auocationi.

Concludit auocationem locum habere, male iudicatum, bene appellatum, reformando priorem sententiam, cum expensis.

Aliud votum in eadem causa.

D. Bq. Correferens: Putat, male denegatam remissionem, propter priuilegium Comitum.

An elisa?

Repetit dicta aduocati argumēta: Item, quod non actum super spolio. Deinde, Eshaffin/Rotvvilensium, † non loquitur de omni genere violentiarum. Sed magis de vi compulsua, ablatiua, vel appulsua, vbi alia atque alia dātur actiones, † quam de vi inquietatiua, vel turbatiua, vt vti possidetis agitur: *glossa in l. ext. at. quod met. caus. & c. ad audientiam. verb. causa eodem tit. Menoch. in pralud. recup. numer. 38.* Et qualiter quid dicatur vi possessum, *Bartol. in l. 4. §. si fundum. de vsucap.* Nostro autem casu nulla eiusmodi vis commissa est, & magis in omittēdo, quam faciendo peccatum videtur.

23 Tertio, Interdictum recuperandæ, † non locum habere: quia, vt Actor fatetur, nulla facta receptorum fructuum compensatio, ita vt ciuilibus & naturalis possessio simul amissa dicatur.

24 Nam post longum tempus, † scilicet decem Annorum, præsumitur obliuio, vt communis opinio est *Doctorum: Vsq. lib. 2. c. 61. numero 6.* Et quod

25 possessio ciuilibis, † quæ animo retinetur decem Annis amittatur, *Menoch. in 7. remed. recup. possess. numero 25.* Et si, tanquam vacans, ab alio possidetur, non dicitur vi possessa *Bartol. in d. l. si fundum.* Imo, quia est in possessione vel quasi cōtra quam est ius commune: Tamen adhuc est in ea tuen-

26 dus, si aduersarius tolerabat, & dissimulabat, si u patiebatur aliquandiu: Quia ex tali patientia illi, qui suam intentionem fundatam habebat, videtur ius possessionis amississe idque in possessionem migrasse, vt iam de possessione agi non possit, sed tantum de proprietate: *Vsq. d. lo. c. 8. n. 12.*

Nec obstat, quod dominium & possessio sit apud Ecclesiam, & nomine Ecclesiæ possideatur, & Ecclesia † non moritur. *c. non super. ibi Innoc. de causa possess. c. in literis. in fin. de restit. spol.* Qui respondetur, quod propter negligentiam prælati, † non repetentis rem Ecclesiasticam, præiudicatur Ecclesiæ. *c. placuit. 16. quest. 4. c. 1. de prescript.* Sicut & dolus † & violētia eius, nocet Ecclesiæ. *c. cum dilectus. de ordin. cogn. Afflict. & iterum si celericus. num. 7. in fin. in tit. de cap. Corrad.* Vnde etiā Ecclesia † interdum potest petere restitutionem in 29 integrum, vel ipsum negligentem conuenire, *glossa d. c. placuit. verb. pertineant.* Cum itaque de nulla Actoris possessione constet, † merito nec violentia, vel spoliatio in iudicium deduci potest, adeo vt male in eo se fundet sententia. 30

Quarto, posito, de mero hic spolio agi: Tamen quia Comes etiam in hoc, sicut in omnibus Eshaffin/priuilegiatus est cōtra Rotvvilenses, nihil releuare potest.

Secundo, opponitur, Rotvvilenses antiquius habere priuilegium, de non remittendis causis der Eshaffin. Respondetur: quod licet Comes ante Annos 16. primum nactus suum priuilegium, & sic Rotvvilense antiquius sit: Pluribus tamen modis per id derogatum est. Primo: † coniunctis simul sequentibus clausulis, *ex certa scientia: plenitudine potestatis: motu proprio: de quibus in replicis, & per Dd. ibid. allegatos.*

Secundo: quod ob remunerationem, † & bene merita cōcessum, & sic ex iusta causa, id quod transit in contractum, & sit irreuocabile, nec obstat exceptio doli. *Grammat. decis. 65. numero 24. Iohann Zephal. consilio 58 nu. 82. lib. 1.* Tertio per clausulam: idque in specie contra Rotvvilense priuilegium, vt supra ostensum.

Tertio opponitur: Rotvvilenses ab immemoriali tēpore in possessione fuisse, denegandi eiusmodi remissiones. Respond. quod in specie † hoc non probatum de Hanauw/ multo minus in ficto simili, quando scilicet de nulla vi, nec possessione, vel quasi, constat.

Quarto: priuilegium Comitum non habere clausulam cassantem, respectu Rotvvilensis priuilegij: Quia contrarium patet ex eo, quod illud in specie, respectu Rottweyl/impetratū sit: Ergo clausula derogatoria sequens, non minus de illo ipso iudicio, quam de aliis intelligi quoque debet: atque ita satis specificè eidem derogatum est: præsertim hoc casu, vbi extensio Maximiliani ad solos Rotvvilenses extenditur. Quo etiam pertinent verba d. clausulæ derogatoriæ, *Dass ob eynvertleibter Keyserlichen Confirmation/ Declaration vnd Erklärung wiederwertig seyn/ & illa sæpius repetuntur.* Nam eiusmodi verba relati-

In causa A. contra Ciuitatem Imperialem T.

S V M M A R I A.

- 1 *Articulos impertinentes, vel irrelevantes Iudex ne quidem cum clausula: Saluo iure impertinentium & non admittendorum, admittere debet, alias litem faciat suam. Contrarium. num. 5. Ratio eius ibid.*
- 2 *Confessione iudiciali, nulla probatio fortior inueniri potest.*
- 3 *Ad iudicis officium pertinet curare, vt finis litibus imponatur.*
- 4 *Defensio habet vim exceptionis, estq; iuris naturalis.*
- 6 *Superflua admittere securus est, quam necessarium reicere.*
- 7 *Iudici pars illa, qua minus onerosa est vtrique litiganti, & per qua vtriq; consulitur, semper eligenda est.*
- 8 *Appellationem, in dubio iudicatur, non esse desertam, quia vtrique parti consulitur, & ius alicuius non leditur.*
- 9 *Probationes & allegationes non audire, periculosum est. Itemque Aduocatos partium. num. 10. Ratio eius. num. 11.*
- 12 *Probatum vbi non satis, ibi nec tuto pronunciaripotest.*
- 13 *Probationes in causa inducere, est officium partis, non pertinet ad officium iudicis.*
- 14 *Iudex cito pronuncians, non presumitur bene iudicasse.*
- 15 *Iudex post conclusionem in causa etiam dubia mouere potest.*

REFERENS putat submissum super admissione articulorum defensionalium, 22. Ianuarij & 27. April. Anno 74. productorū. Quin imo Actores definitiue submiserunt 18. Ianuarii, Anno 76. petendo, daß Gegentheil auch beschlüssen soll. Hocque vt faciat, Wildhelm 15. Febr. petiit tres mēses. Sed Rieffsteeck noluit tantum tempus concedere. Vnde 17. Februarij Anno eodem, per sententiam d. Wildhelm præfiguratur 6. Wochen/ auff mündlichen Beschluß/ 18. Ianuarij beschehen was sich æbürt zuhandlen/ sub comminatione, daß die Sach in demselben Puncten für beschlossenen angenommen seyn soll. Inde 14. Martij d. Wildhelm. dicit, se velle ad proximam concludere, prout 27. Martij in pūcto defensionalium concludit, petendo: eos ad probandum admitti: In puncto der Probationschrift/ repetendo 18. Ianuarii angethanen Beschluß/ auch den 11. Martij, Anno 75. Concludendo.

Et omissis superfluis, dicit conclusiue, non esse admittendos articulos defensionales: quia ex tenore eorundem manifeste patet, quosdam esse repetitos ex libello: quosdam in repositionibus ad eundem affirmatos: aliquos capiosos, illatiuos, nonnullos iuris: reliquos vero omnes impertinentes, & irrelevantes, vnde probati, non

non

34 *ua, repetitionem faciunt omnium præcedentium, cum qualitatibus suis, Bart. in l. 1. §. hoc interdicto. in fin. de postuland. l. talis scriptura. de reg. iur. Paris. consil. 78. n. 43. volum. 1. Curt. consilio 156. numero 7.*

35 *Quinto: noua reformatione Rotvilā † priuilegiatam, cum clausula derogatoria. Responder: illam à statibus nondum vt suam, approbatam, & dominos hæctenus semper dubitasse, num in iudicando sequenda sit. Deinde clausulam illam generalem, † non obstantibus quibuscumque priuilegiis, &c. non esse sufficientem, ad tollendum exemptionis priuilegium Comitum, cum clausula derogatoria: Sed etiam necesse fuisse, de ista clausula † facere specialem mentionem, & quod illi derogatum esset in specie: Felin. cap. accedentes. numero 4. de præscript. Ruin. consilio 226. numero 5. 6. 7. 8. volum. 1. Zephal. dict. consilio numer. 84. Ruin. consilio 196. libr. 1.*

Nec obstat, quod secundum priuilegium tollit primum, habens etiam clausulam derogatoriam, Calderin. cons. 11. Ruin. d. consil. 226 Felin. d. loco.

38 *Respondetur enim, † quod tunc diceretur per viam legis concessum, quando est generale: Ruin. d. loco. num. 12. not. atur in auth. quas actiones Cod. de SS.*

39 *Eccles. Rotvilense autem nouissimum, † siue reformatio, non est tale, cum tantum contemplatione certi loci, id est, dicti Iudicij concessum: Ideo remanet simplex priuilegium, nec transit in legem generalem, l. 1. de constit. princ. l. 3. ibi Bald. C. de l. Calderin. in d. consil. loquitur de lege generali. Ita Ruin. d. numero 12.*

40 *Præterea cum feudum † non tribuat iurisdictionem: Ita etiam verba priuilegij, vbi loquitur de Lehenteuten / non loquitur de aliis vasallis, quam qui coram eius Hoffgericht conueniuntur. Sed priuilegium loquitur indistincte, licet forte liberū sit vasallis, se subiicere eius iurisdictioni, vel non: Et casu hoc, nolint, tamen in eo militat priuilegium, quod in Rotvilensi iudicio conueniri non debeant.*

Concludit, ex quo verba priuilegij Comitum, ad omnē casum, clara sunt, & per illud Rotvilensi penitus derogatum: & intentata actio, vel potius factum ipsum, ad spoliū verum, proprie intelligendo, & prout verba Rotvilensis priuilegij, & antiq. Ordin. Sonant, propter defectum possessionis, recte accommodari non possit, male iudicatum, bene appellatū, vnd daß die Hauptsach angebürende Dret zu remittieren/ als wir sie auch hiemit remittieren/ & compensatis expensis, cum Appellatus pro se habeat Reformationem: Item, quælibet turbatio ibi pro spolio, licet improprie, & abusiue accipiatur, & pro Ehehafft arripiatur. Sicut in multis iniuriarum causis factum, & semper contra Rotweyl iudicatum in Camera.

D. I. Cum Referentibus: Expensas vult compensare

D. G. & S. Pariter.

non releuabunt: Ideo non admittēdi. Quin imo, quoties apparet, † esse impertinentes, vel irreleuantes, Iudex nō debet illos admittere ne cum clausula quidem: *Saluo iure pertinentium, & non admittendorum. Specul. in tit. de possid. §. 6. 7.* alias facit litem suam, *glos. in c. cum contingat. verb. nihilominus. de offic. deleg. ibi Canonist. Dd. in leg. 2. §. prat or ait. de damno infect. Bartol. in leg. ille à quo. §. si de testamento numero 4. ad Senatus Consultum Trebell.* Sane vt plane releuantes aliquis statuatur (quod tamen non concedit) quod forte aliquo modo causæ adminiculentur: Tamen ad probandum nō posse admitti: Quia Actores in Responsonibus suis veros credunt illos articulos, quorū respectu essent admittendi. Cum ergo quosdam articulos, quorum respectu defensionales ad probandum essent admittendi, veros credunt Actores, superfluum erit, eos ad probandū admittere, qui confessione iudiciali † probati essent, qua nulla fortior probatio inueniri potest. *l. vnica. C. de confessl. qui de inofficio testamento. de inoffic. testam.* Rei scilicet communitas ponunt art. 3. quod nō sciant: Item in responsonibus ad octauum articulum positionale. Sane si istius loco apposuissent, se ex alia obligatione d. censum soluisse, ex articulata autem obligatione se nihil vnq̄ soluisse, prout dicit Episcopus libēter d. articulos admitteret, si hoc Actores negassent: Sed fatētur disertis verbis, se nescire, ex qua obligatione d. censum 25. lib. soluerint. Tantū abest, quod probare velint, se ex alia causa soluisse. Plane si naturā actionis inspiciamus, Actoris erit, vt affirmantis, probare, quod d. censum, 25. lib. ex ista obligatione soluerint: non vero Reorum, qui negarunt. Eorum vero esset, (scilicet Reorū) probare se ex alia quadam obligatione d. censum 25. lib. soluisse, sed fatentur, se nescire, ex qua causa soluerint.

Denique articulo sexto cōmunitas: quia scilicet ignorant, ex qua causa actoribus d. censum soluerint, ponūt sequi: quod si ex articulata obligatione Actorum, illa 25. debeāt per specialem contractum illis, quod superest, remissum esse, quod factum est. Quia non sequitur: si ex aliqua obligatione mihi dabis 20. & soluisi decem, nesciens ex qua obligatione, vt hic, quod reliquos decem tibi remiserim: Sane si Rei hoc loco posuissent, *daß durch einen b. so adern fürgehendē contractum oder Vertrag der vbrig Rest ihnen wird nach zelassen:* Tunc similiter ad probandum admitteret. Sed hoc Rei nō audent dicere: quia eo ipso faterentur, se illa 25. lib. ex ea obligatione præstitisse. Imo essent sibi contrarij, vt qui ante professi sunt, se nescire, ex qua causa d. 25. lib. præstiterint. Et recte & bene respondent Actores, *das es ein vngereumbt consequens sey.*

Reliqui vero defensionales articuli, parum momenti habent, nec poterunt Reos releuare, vt supra dictum. Et sane cū articuli defensionales releuantes quibus Rei intentionem Actorum elidere possunt, probati sint, per confessionem Actorum & reliqui probati non releuarent, non

vult Reos inutilibus sumptibus grauare, & protrahere litem: maxime cum hæc actio oriatur ex obligatione, de qua ex actis satis constat: illaque, quæ in defensione, & contra d. obligationem adferuntur à Reis, ab Actoribus non inficientur: causaque satis sit instructa, per positiones scilicet Actorum, defensiones Reorum, & vtrinq; confessiones partium: eiusque decisio in puncto iuris cōsistat, an obligatus scilicet alicui ex contractu, vel alia obligatione, soluere annuatim 10. certos denarios, libras, marcas, de moneta antiqua, si is per centum & vltra Annos soluerit de alia moneta, valoris & ponderis minoris: aut sane plane nihil, an is intelligatur præscripsisse, quod amplius ab eo decē peti non possint. Vult itaque d. defensionales, quatenus irreleuantes, reiicere, & causam pro conclusa acceptare, & definitiue pronūciare, quod iuris est: prout quotidie in Camera obseruatur, quando huiusmodi articuli irreleuantes, ad probandū admitti petuntur per tex. in *l. ampliozem. §. in refutatoris. C. de appell.* Ad iudicis enim † officium pertinet, curare, vt finis litibus imponatur *c. finem litibus. de dolo & contum. l. properandum. Cod. de iud.* Releuantes vero in elisione vult attendere: quia defensio † habet vim exceptionis. quæ est iuris naturalis *leg. siquidem. l. defensionis. C. de except.* Ideoq; si articuli releuantes nō essent, confessione partis confessi, eos admitteret: Sed cum probati nunc sint, nihil opus est: imo superfluum esset. Proinde cum constituerit, quosdam articulos releuantes, quosdam non, aliquos probatos, nonnullos vero non esse probatos: Cōcludit per supra dicta, illos nō esse admittēdos, sed in causa pronūciandum, quod iuris: quia vnica exceptio, scilicet præscriptio opponitur. Nec causa est obscura & difficilis.

De recognitione sigillorum, quid faciendum sit, facile vult conuenire: Si ex generalibus argumentis Domini velint ex officio Reis auff die Probationschrift vnd Beylagen Handlung aufflegen/licebit per illos. Defensionales nullo modo posse admitti.

Aliud votum in eadem causa.

D.R. Correferens. Examinatis articulis si Iudex dubitat, vtrum sint releuantes, nec ne eo casu non reiicere, sed cum d. clausula *Saluo iure impertinentium. & non admittendorum, &c.* † admittere eos debet: Quia securius est, † superfluum admittere, quam necessarium reiicere, *per iura, vt Gailius obseru. 81. numero 7. Allegat Specul. Castrens. & Alexand.* Et semper illam partem eligit, † quæ minus est onerosa vtrique parti & per quā vtrique parti consulitur. Sic etiam in dubio iudicatur, † Appellationem non esse desertam, quia vtrique parti consulitur, vt *ibid. Gail. num. 9.*

Estq; periculosum, † non audire allegationes & probationes, *l. argentarius. §. cum autem de edend. Paris de Put. de Syndic. c. 1. verb. allegationes. n. 3.* Item, † Aduocatos partium: Eo ipso enim † Iudex se facit suspectū: *Lansfr. in clem. sape. verb. de pleno. de verb. signif. facitq; litē suam, nō admittens exceptiones legit-*

legitimas, leg. si quis in conscribendo. C. de pact. Specul. in tit. de disputat. & alleg. §. 6. n. 1. Imo etiam non petenti, debet dari defensio, cum sit iuris naturalis, late Paris de Put. c. 4. n. 1. 2. verb. condemnatio.

Quibus accedit, quod neuter partium suam intentionem satis probasset hoc casu: ideoque sequitur, quod dici solet, ubi non satis probatum, tibi nec tuto pronunciatum potest, l. hoc autem, §. 4. quib. ex caus. in poss. eatur. Innoc. c. solent, in fin. de sent. excom. 13 min. Probationes enim tibi in causa inducere, est officium partis, non pertinet ad officium Iudicis, l. per hanc, de appellat. l. non ex omnibus, de arbitry. Et Iudex tibi cito pronuncians non præsumitur bene iudicasse, Paris de Put. c. 8. n. 1. 2. per late ibi allegat. verb. sententia.

His omnibus præmissis, submissum puto super admissione articulorum defensionalium. Actores enim exceperunt in genere, super impertinentia & irrelevantia eorum, nullam in specie allegando vel deducendo rationem. Veram dominus Referens in suo voto dilucidius ostendit, ex quibus capitibus articuli admittendi non sint: inde huius puncti difficilis redditur decisio.

Mea tamen sententia, exceptio obiecta, adeo liquida non est, ut defensionales statim reiici debeant, nec intentio Actorum, ex productis literis obligatoriis, adeo vel fundata, vel non fundata, ut abrupto ulteriori processu, aut causa minus instructa, nec Iudice satis informato, pro alterutra parte, condemnando vel absoluendo pronunciatum possit. Mihi enim dubium non est aliam quantitatem, siue summam esse confessam & solutam, & aliam petitam & probatam: & nisi laicus verisimiliter ostendatur, vel doceatur, confessam & solutam summam descendere ex ea, quæ petita & probata est, vix obtinebunt Actores.

E diuerso, si reiectis defensionalibus, nudis Reorum negationibus insistamus, iterum periculosum & graue erit, ob dubiam & non sufficientem probationem Actorum, statim Reos absolueri: qui ipsimet per petitionem admissionis articulorum tacite fatentur, suas exceptiones adhuc tenues esse ad effectum elisionis: ideoque latiore eas indigere probatione.

Cum itaque communitas K. ut ego intelligo, tertium ipsorum articulū, & Rei simul, in responsionibus ad 8. positionalem, si non succinctis, tamen æquipollentibus verbis, negent, se 25. libras nummorum debere, & hæcenus soluisse, vigore literarum productarum, (quæ negatiua, quia non est pura & simplex, sed aliqua correctione potest esse coarctata, & aliquid ponere in esse, sicque probabilis est) Lanfranc. c. quoniam contra, de probat. numero 15. Grammat. decisio. 59. numero 18. Et sic hic articulus, & alia dependentia ab eo, per iam dicta, concurrentibus & aliis, quæ ulteriori processu magis liquidiora fieri possunt: præsertim vero per penitis recentioribus literis obligatoriis (quæ ostendunt, vel per successiones hereditarias, vel alios contractus, à primis creditoribus, ad alios plures possessores, quorum sunt septem, diuersæ

familiæ, creditum primæ obligationis, siue censum translatum & diuisum esse, nec verisimile sit, ea iura diuersa, iam demum in vnum parentem, videlicet Actorem, reuoluta) ita se habeant, ut ex eis Iudex ad minus incertus & dubius sit, an articuli ad probandum admitti, vel reiici debeant: non enim dico, si is liquide de eo constare existimo tali dubio, ubi Iudex etiam in principali, nec ex probatis, nec ex confessis, satis informatus est, statuendum, ut refert D. Gail. in allegato loco, obseru. 81. ut supra in principio huius voti citius dictum.

E. concludo, tutius, & quodammodo necessarium esse, ut admissis defensionalibus, partes ulterius audiantur, & examinatis responsionibus, super iis detur interlocutoria, tempus ad ulterius agendum statuaur (v. puta, prout reperientur Referentes, & quatenus ratione cognitionis sigillorum opus fuerit.)

Saluis votis dominorum.

D. Bq. Concludit cum Correferente, considerandum esse medium concludendi, & petitionem: dicit, intricatam esse causam: repetit quædam ex articulis & responsionibus, ubi dicitur de ignorantia Reorum, quoad causam factæ solutionis: quod literæ non expresse probent hanc summam.

Saluis.

D. If. pariter.

D. Q. Similiter, ut causa fiat planior, quia Iudex tibi potest etiam post conclusionem in causa mouere dubia.

D. G. etiam vult causam melius discuti.

VOTVM XXXIX.

In causa nobilis L. contra Illustissimos Marckgrauios C.

S Y M M A R I A.

- 1 Possidens Iudicis auctoritate, bone fidei possessor est.
- 2 Expensas non refundit is, qui iustam habuit causam litigandi.
- 3 Attentata officio Iudicis implorato, de plano, sine libello & litis contestatione reuocari possunt.
- 4 Præcipua, quæ debent attendi, in reuocatione innouatorum quæ. c. n. 5. 6.
- 5 Attentatum esse intra tempus appellationis quæ requisit. c. n. 8.
- 7 Iudex pronuncians, siue bene, siue male, semel factus est officio suo.
- 10 Iudicis inferioris iurisdictio per appellationem ad superiorem ostenditur.
- 11 Attentata sive innouata, quando sint reuocanda.
- 12 De iuris notorio defectu, siue de non iure petentis, quædo locum habere videatur.
- 13 Reuocatum penitus non dicitur, si reuocatio ea quoad possessionem tantum, & non etiam quoad fructus fieret.
- 14 Attentatis reuocatis, fructus ad domum spoliati portandi sunt, expensis innouantis.
- 15 In possessionem missus Iudicis auctoritate, inordinate

Qo

& non

Et non rite procedentis, fructus quos percipit, non facit suos; quia Iudicis auctoritas eo casu immissum in possessionem non excusat. nu. 16. Contrarium tamen in quibusdam casibus obseruari videmus, vt nu. 17. 18. 19. 21. 22. 24. 26. 27. 28.

20 Iudex si ignorat appellationem, sine metu attentatorum procedere potest.

23 Fructus necessariam sustentationem sororum, &c. respicientes, sunt alimenta debita ex cursu natura.

25 Maritus, in causa matrimoniali, compellitur prestare alimenta, lite pendente, nec dicitur attentatum.

Possidés auctoritate Iudicis, † bonæ fidei possessor est, l. qui auctoritate, l. non videtur, de reg. iur. leg. iuste possidet, de acquir. poss. c. quod quis mandato, eod. in 6.

2 Expensas non refundit, † qui iustam causam litigandi habuit: & quæ sit ea causa, est arbitrariū: in specie aliquot causæ sunt, quas refert Menoch. de arb. iud. quæst. fol. 177.

In præfenti autem causa petuntur officio Iudicis, attentata reuocari, † id quod de plano, sine libello & litis contestatione fieri potest, notatur in c. non solum ibi Canonist. de appellat. in 6. Bald. & alii in l. appellatione, c. eod. tit. Specul. tit. de appellat. §. nouissime, 2. col. Franc. c. dilecti, eod. tit. Vestr. in pract. tit. vt lite pend. vers. quod si agatur.

Præcipua vero sunt, quæ debent attendi, in reuocatione innouatorum: Primo, † sententiam esse latam. Et hoc demonstrant nostro casu, acta primo producta, fol. 57. vbi extat tenor sententiæ definitiuæ, 29. Martii Anno 71. latæ. Secundum est, 5 ab † ea sententia esse appellatum, idque factum 2. April. fol. 69. actorum. & habet productum instrumentum appellationis, n. 4. Tertio, † intra tempus appellationis esse attentatum, notatur in d. c. non solum, & in locis supra citatis. Et hoc ipsum duo requirit: Primo, † vt doceatur, quod petens reuocationem, tempore appellationis rem possederit, aut 8 in alio statu res fuerit. Deinde eū, † qui nouauit, eam iam occupet ac teneat. Sed & hoc liquidū est, tam ex sententia Anno 69. super restitutione bonorum maternorum lata, quam ex ipsa relatione immisionis, actis fol. 62. insertæ.

9 Cum itaque Iudex pronuntiando, † siue bene siue male semel functus sit officio suo, & per appellationem ad superiorem, † iurisdictionis inferioris suspensa: succedit regula generalis, quod innouata sint reuocanda: † præsertim, cum facta sint intra sententiam & appellationem, & sic tempore decendii, per textum in d. c. non solum. & notat Hercul. c. 29. n. 15. in tract. de attent.

Licet autem è diuerso obiiciatur inter reliqua præcipuum illud, appellationem videlicet esse manifeste & notorie friuolam, vt quia notorie constat, de non iure petentis reuocari attentata: prout iuris est, c. constitutus, de fil. presb. ibi Innocent. Dec. consil. 97. in principia allegat Hercul. d. tract. cap. 30. num. 74.

Obiicitur etiam pro iustitia Appellatorū, causam esse confessam, probatam, & cōuictam. Quia tamen ea omnia ex actis adeo non sint liquida & plana, prout asseruntur: continent enim grauamina appellationis, non tantum in puncto nullitatis, causas satis releuantes. Verum & iniquitatis deductio, quæ incipit ab articulo 33. vsque ad finem, cuiusmodi continet capita, quæ si probata fuerint, prout petunt & offerunt Appellantes, iustitiam appellationis non parum iuuabunt & cōfirmabunt.

Et quod dicitur de notorio defectu iuris, de non iure petentis: putatur † habere locum, tum 12 demum, quando de beneficialibus potius, quam vbi de prophanis agitur, Vestrus in pract. d. tit. vt lite pend. post num. 16. Franc. c. bona memoria, numero 15. post medium Manfred. in tractat. attest. lib. 1. partit. 7. num. 66.

Inde concludo, non esse adductas vel probatas causas satis releuantes: quare dictæ petitioni non sit locus dandus: ideoque attentata reuocanda, siue immisionem factam cassandam & retractandam.

Ad fructus, à tempore immisionis perceptos, quod attinet, pertinet & ipsorum restitutio ad reuocationem attentati, per text. in d. cap. non solum in verb. penitus & omnia. Non enim dicitur † penitus 13 reuocatum, si reuocatio ea fiat, quoad possessionē tantum, & non etiam, quoad fructus. Hercul. d. cap. 29. num. 12. 13. 14. Dec. conf. 200. num. 1. notat Grauius ad Vestr. lib. 8. c. 4. num. 43. Hercul. c. 21. numer. 13. & 17. Marant. part. 6. num. 395. Et sunt fructus, † reuocatis attentatis, portandi ad domum spoliati, expensis innouantis, Bald. & Franch. in d. c. bona memoria, num. 6. de appellat.

Prout & alias, missus in possessionem, † auctoritate Iudicis, inordinate & non rite procedentis, non facit fructus suos, quos percipit, Ias. post Innoc. & Bald. quos allegat in l. iuste possidet, de acquir. poss. num. 21. Quia auctoritas Iudicis † eo casu non excusat immissum in possessionem, Abb. in c. cum causa, de offic. deleg. numer. 5. & sequitur Iason. in iam d. loco, num. 27.

Ex quibus rationibus & motiuis, quoad restitutionem fructuum perceptorum, Appellatis, vix procedendum erit.

Sunt tamen quædam causæ, † quæ diuersum 17 suadere possunt, adeo, vt si non omnino condemnatio fructuum in sententia reuocationis attentatorum remittenda: tamen ad minus, vsq; dum causa principalis discutitur, differenda sit. Primo, quod † Appellati tam ex inspectione prius probatorum, quam ex præambula sententia diffinitiuæ, iustam causam præsumptiuè fouēt: & sic in principali obtinebunt, nisi plenius per Appellantes probatum fuerit. Extat & præsumptio: Filix sunt, ergo heredes, iuribus vulg.

Deinde, † nō propria, sed Iudicis auctoritate, 19 possessionē suæ portionis & quotæ obtinuerunt: cum non fuit inhibitum, qui tempore immisionis, quæ 2. Aprilis fuit mandata, de appellatione nihil

nihil sciuit, quia nondum sibi insinuata, cui nec ipse detulit. Sed quando Iudex ignorat appellationem, † sine metu attentatorum potest procedere, *Franc. d. c. bona memoria, n. 42. sequitur Manfred. lib. 2. conclus. 217.* Et licet iam dicta non satis fortiter stringant, vt patet ex traditis Doctorum, circa sepius allegata. Nec forte pro bonæ fidei possessoribus habendæ sint, quoad fructuum retentionem, per notata *Ioannis Lap. in tract. de fructibus lib. 2. tit. 2. cap. 3. & 4. per tot.*

21 Hisce tamen succurrit, tertio, † quod propter notoriam ex actis appellatarum sororum, præsertim *Gillæ* pauperum, item, difficilis, & quasi impossibilis erit reuocatio attentatorum, ex hac parte fructuum: quo casu cessare reuocationem sentit *Franc. c. dilecti, la 3. col. 2. vers. secundo limita, de appellat. sequitur & refert Manfred. conclus. 219. & lib. 1. part. 7. num. 55. Vestr. in pract. lib. 8. num. 16 circa finem.*

22 Quarto: † Cum d. fructus sine scrupulo respiciant alimenta, & necessariam sustentationem dictarum sororum, & sic causam piam, vt per *Tiraq. in presat. tractatus priuilegiorum pia causa, circa mediū.* Ideo nec hic fructus facile reuocandi erunt. Sunt

23 enim † alimenta debita ex cursu naturæ, à quibus non appellatur, iuxta allegata per *Manfred. libro secundo, conclusio. 157.*

24 Quinto: † Non dicitur attentatum hoc casu, attendit æquitate, vt in simili habet *Afflict. in decis. 152. num. 6. 7. vbi in causa matrimoniali, † maritus compellitur præstare alimenta, lite pendente, nec dicitur attentatum. Et dicit Afflict. hunc casum addendum ad alios positos per Specul. in tit. de appellat. §. pen. in principio.*

25 Sexto: † Licet ante decisionem causæ principalis plenaria sit faciendæ executio, super attentatis fructibus & expensis: si tamen hoc non fiat in sententiis super attentatis, Iudicem super negotio principali hoc facere, & sic suspendere & differre posse, refert *Manfred. lib. 2. concl. 25 in fin. & Herculan. cap. 20. n. 16.*

26 Septimo: † Puto præiudicia existere, vbi fructuum condemnatio quandoque omissa, quandoque & expressa reseruata vsque ad finem litis, vt vidi in sententiis *Sayleri, II. Martii An. 23. 22. Iunii Anno 23. 18. Maii Anno 71.*

28 Tandem; † in hac ipsa nostra causa idem esse factum & obseruatum; ostendit tenor sententiæ, de Anno 69. vbi nec fructuum, nec expensarum condemnatio facta. Concludo itaque idem & iam fieri posse, vt videlicet non facta mentione speciali fructuum & expensarum, ea tacite referuntur, vsque ad finem litis. Saluis Dominorum votis. Quibus tamen non refragabor, si in condemnatione fructuum, siquidem casus est dubius; aliter visum fuerit: & præfigantur tres menses ad agendum ad grauamina, sub comminatione confessorum.

D. Bq. Potuisset ferre, vt definitiue pronuncietur. Quoad fructus, putat, rationes allegatas per dominum Referentem, non satis stringere; nisi duas vltimas. Concludit tamen cum domino

Referente, vt scilicet de fructibus, silentio præcreatur.

D.H. & Q. similiter.

V O T U M X L

In causa E. contra ciuitatem N.

S V M M A R I A.

- 1 In appellationis causa, super ijsdem articulis & causis, alij vel ijsdem testes in principali produci non debent, idque præcipue secundum ius Canonicum, quod attendendum putatur. num. 2. Contrarium tamen, vt n. 3. 4. & 6.
- 5 Ius Ciuile & Canonicum vbi inter se pugnant, quodlibet in suo foro seruandum est.
- 7 Lictio hæc, Schicx id est, quasi, fere, quodammodo, est nota improprietatis & diminutionis; ideog, veritatem & existentiam denotare non videtur. n. 8.
- 9 Exactio iuramenti à Commissariis vsu non est recepta, nec de stylo Camera.
- 10 Nemo tenetur armare aduersarium suum, præsertim Reus; Quod tamen fallit, vt n. 11. 12. & 13.
- 13 Statuta à superiore sunt edenda subditis; Quare. n. 14. Et quatenus sint edenda n. 15.
- 16 Fundamenta Appellantis sunt tria & n. 17. 19.
- 18 Sequestratio, quando dubitatur, quis possideat, & propter illud dubium oritur metus armorum, locum habet.
- 20 Iudex ad sequestrationem, nisi quatuor concurrant, procedere non debet, vt n. 1. 22. 23. 24.
- 25 Sequestri causa subesse non præsumitur, nisi probetur.
- 26 De sequestri iustitia non creditur, nisi quatenus ex alijs probetur, alias est nullum, & cassari debet.
- 27 Vsufructus retentio infert confessionem possessionis, eiusque constitutionem.
- 28 Paria sunt retinere vsufructum, & rem tradere.
- 29 Vsufructuarius naturaliter possidet.
- 30 Possessio eadem penes duos in solidum esse non potest.
- 31 Possessio in feudalibus continuatur in heredes.
- 32 Dominus contra agnatum defuncti offerens sui iuris probationem in continenti, in possessione præfertur agnato.
- 33 Sequestratio locum habet, quando partes sunt in prociectu armorum.
- 34 Sequestratio est remedium extraordinarium & subsidiarium.
- 35 Sequestrationi non est locus, quando iure ordinario provideri potest.
- 36 Sequestratio omnis regulariter prohibita est, nisi in casibus in iure expressis & specificatis.
- 37 Pro regula pronuntiandum est, nisi contrarium probetur.
- 38 Regulam, qua debet attendi, quem habere pro se sufficit. Fallit tamen vt ibi.
- 39 In petitione hereditatis cautio de bonis, lite pendente, non minuendis.

IN primo puncto consideretur primo admissio grauaminum. Deinde & consequenter admissio Commissariorum & Commissionis.

Ex tanto cumulo articulorum, & vt ex aduerso prætenditur, superflua repetitione & recapitulatione priorum actorum, potest colligi, Appellatorem non nisi protelationem & intricacionem causæ querere, contra textum in *L. ampliore*, §. 2. *C. de appell.* Nec debent in causa appellationis, † super iisdem articulis & causis, alii, vel iidem testes in principali produci, *notant Dd. in c. fraternitatis, & c. intimauit, de test.* Idque præcipue secundum † ius Canonicum, quod attendendum putatur, *per not. in c. licet ex suscepto, de for. compet. & c. cum per venerabilem, qui fil. sint legitimi.*

Verum hisce & aliis non obstantibus, puto, nõ admodum dubitandum, quia sint admittendi.

3 Primo: † quia Appellanti liberum est, suum libellum vel summarie producere, vel acta prioris instantiæ, loco grauaminum, repetere. Sed neutrum horum commodius fieri potest, nisi per distinctos articulos, idque permissu Ordinationis, *titul. 31. §. 4. wo aber von einer.* Deinde, † quia admittuntur articuli, eorumque probationes, dependentes à veteribus, & facientes ad causam, *clem. 2. de test. Dd. in l. per hanc, de temporal. appell. Abb. Felin. in d. c. fraternitatis, de testib. & Dd. in auth. at qui semel, C. de probat.* Et licet ius ciuile à Canonico discrepet, in receptione testium, super iisdem articulis, prout notatur & habetur in iam dictis locis. Regula tamen est:

5 Vbi ius ciuile & Canonicum † pugnant inter se, quodlibet in suo foro seruandum esse, *per notata in c. possessor, de reg. iur. in 6. Myns. respons. 85. numer. 6. & quasi per totum.*

6 Accedit, quod † Iudex in dubio debet admittere articulos probatorios, & capitula. *Hofstiens. & Imol. in c. per tuas, de testib. Iason in l. 1. si quis caut. in iud. sist. non obtemper. Alex. an. Iason in l. si duo, §. idem Iulianus, circa finem, Rota decis. 644. in antiq.* Idque in hoc casu tanto magis, quod aperte & directe ab Appellatis non asseritur, capitula esse plane eadem, cum veteribus, & sic non admittenda. Sed diuersum ipsimet videntur innuere & fateri, dum dicunt in responsionibus, es sey schier in den grauaminibus nichts anders begriffen dann die recapitulatio.

7 Sed dictio hæc, † (schier) quæ accipitur pro quasi, fere, quodammodo, est nota improprietatis & diminutionis, *Bald. in l. fin. num. 34. C. de edict. diu. Adu. toll. Iason in §. sed ista, num. 26. & §. præterea, numer. 41.*

8 *Institut. de action.* Ideoque ea dictio † veritatem & existentiam denotare non videtur. Et in producto, quod intitulatum, *Abschmung* / de die 15. Ianuarii, Anno 74. referunt & ipsi Appellati, se ad futuras probationes, dum asserunt, An secundus vel tertius Gisbertus, per verba, zu rechtem Mann Leben inuestitus fuerit, werd ex futuris probationibus sich der Grund finden. Per quod vltiores probationes potius admittere, quam impugnate constat.

Cum itaque articuli sint satis prægnantes & releuantes, & in priori instantia iura Appellantis plene haud dubie deducta non fuerint, periculosum esse puto, si petita admissio ad probandum,

in causa tam ponderosa & graui denegaretur. Ideoque meo voto d. grauamina ad probandum admitto.

Nominibus Commissariorum in specie nihil obiicitur, nisi quod dicit Appellatus, d. Silberborn esse affinem *Etcentiat Rheinhardtis* / aduocati Appellantis. Et quod reliqui omnes, sibi sint ignoti. Si tamen præstiterint iuramentum, loco Iudicis, à quo sunt delegati, vult ferre, quod iuris est.

Cum itaque exceptiones contra personas, sint irreleuantes, & petitio iuramenti sic se habeat, vt licet quilibet Iudices ab exordio sui officii iurare debeant, *per l. rem non nouam, C. de iudic.* Idque intelligatur tam de ordinariis quam delegatis, chartulariis, arbitris, & aliis, vt *per Bald. & alios ibidem.* Tamen exactio eiusmodi iuramenti à Commissariis, † cum vsu recepta non sit, nec de stylo Camera, & sic consuetudo in contrarium existat: puto, consuetudinem magis attendendam: cum ea solemnitas non sit substantialis, cuius ommissio non viciat ad hoc, vt processus non valeat, *gl. in d. l. rem non nouam. & Bald. ibid. n. 7.* præsertim hoc casu, vbi omnes nominati Commissarii, sunt iuratae personæ Camera, vt arbitror: Et Commissarii haud falsum committere possunt, propter frequentem adiunctionem personarum, æque peritarum ex aduerso.

Secundum punctum, *Esß ich es bey den gegebenen* responsionibus bleiben / vel, acceptarem responsiones pro puris, propter responsiones euentuales. Sed prior forma magis placet: quia in primo puncto admissa sunt grauamina, ideoque superfluum putarem, iterum sub euentuali pronuciare.

Tertio puncto examinandæ sunt responsiones.

Quarto, ad petitionem editionis der *Begnadung* priuilegii, vel statuti Monasteriensis, obiectum est: quod † nemo tenetur armare suum aduersarium, *iuribus vulg.* præsertim hoc locum habet in Reo, *Felin. & alii, in c. 1. de probat. & Dd. in l. 1. §. 1. de edend.* Fallit tamẽ hæc regula in pluribus, vt *per Socin. in fallent. reg. 112. & Alex. in l. 1. & quæ, numero 6. & deinceps, de edend.* Imprimis vero, † vbi instrumenta vel libri, ad coadiuuandam intentionem Actoris faciunt. Item, † quando aliqua ratione possunt instrumenta vel libri, esse communes ipsius Actoris & Rei aliisque modis, vt *ibidem.* Sed in specie, quod statuta à superiore sint edenda, † patet ex eo, quod statuta sunt publica, & ius proprium illius loci, vbi asseruantur, *§. ius autem, Institut. de iust. & iure, l. omnes populi, ff. ibid.* Ideo omnibus † subditis eius loci communia, & per consequens, nemini deneganda. Et tali casu compulsoriales decernuntur in in Camera, *D. Gail. obseruation. 106. numero 8. libro 1.* Edi tamen debent, † quatenus iure cautum est, nec vltra eã, 15 quæ petenti necessaria, vel petita sunt, *vulgatis iuribus.* Sufficit enim edere eam partem, quæ est causa petitiæ editionis, vt *per Felin. in capit. ex epistola verli, numero 52. de probat.* Et est hoc casu tanto rain s dene-

deneganda petitio, quod non, nisi conditionaliter, & in euentu, si omittantur cauillationes, & Appellati Risten vnd Archuien nit gemeynit werden/ ex aduerso excipitur. Et sic videtur ipsemet Appellatus tacite consentire in eam editione, quam & ego decerno, vt petitu, nempe, vt per compulsoriales edatur latinus tenor d. *Bequadung sampt derselben neuwen Declaration.* Posset verò & hoc per commissionem petitam expediri, eique inferri clausula compellendi ad petitionem, prout videtur ibidem in effectu petitum: quia tamen Appellans sponte sumptus postponit, nec non styli sit, vt per compulsoriales exactio fiat, ei, vt dictu, acquiesco.

Quintus punctus. Hic aliud non est petitum, nisi vt adigatur aduersarius contra se, & in suum præiudicium fateri. Cum itaque hoc sit iniquum, & iuri aduersum, nec respondens vltra iuramentum calumniae, vel iuramentum respondendoru adigi possit, puto, deneganda esse petita.

Sextus punctus. Hoc loco nihil petitur ab Appellante, sed prætenditur solummodo, ad informationem Referentis scriptum esse productum. Aduersarius verò petit reici, præsertim additiones, & imponi, vt secundum ordinationem & stylum Camerae procedatur. Cum itaque ibi nihil aliud agatur, nisi q̄ ex confessionibus aduersarii, & actis primæ instantiæ, aliisque circumstantiis, præcipua puncta causæ principalis deducantur, idque immaturè & præcipitanter, puto, id non, sed additionales articulos qui ex Repetitionis scriptis deducti, & in numerum contracti sunt, attendendos.

Quoad additionem, & reuocationem quorundam articulorum, ex variis Dd. traditis, puto constare, q̄ cæ mutationes & additiones articulorum, principales qualitates actionis non concernant, nec petita mutantur, vel aduersarii principalia fundamenta per hoc conuellantur. Et ea omnia, non nisi ad consanguinitatis arboris declarationem, q̄ competitores principaliter concernit, extenduntur. Siquidè articulus 95. aliud non declarat, quam q̄ Otto fuerit filius Gisberti 2. quæ est circumstantia & qualitas negotii minus principalis, respectu Münster. Sic etiam articulus 155. a priori non, nisi verbo, *zweyten / vnd / quoad iuris effectum, discrepant; & art. 158. in verb. dem dritten / & verb. dem nachfolgenden.* Sic etiam duo additionales declarant potius, quam vt iuuent intentum ponentis. Reuocati articuli ex aduerso negati sunt: & sic reuocatio in ipsorum commodum tendit: ideo admittenda. Cum itaque correctio & emendatio articulorum libelli, in non substantialibus, & vbi non mutatur causa agendi, etiam post litis contestationem, declarando obscura, addendo ad qualitates minus principales, detrahendo, refecando superflua, fieri possit, notatur in *S. si minus. ibi Ias. & alii, Instit. de action. & in l. 1. de edend.* Concludo, quoad primum membrum huius puncti, vt supra Deinde interloquendum, vel q̄ mutatio, additio & reuocatio sit ad-

missa, daß man es bey der / te. bleiben laß / refusus expensis dilata litis: alias enim hæc non admittenda, Bald. Saly. in l. edita, C. de edend. & in l. vnica, C. ne lic. tertio prouoc. prout Zas. per plura, in l. sancimus, C. de iud.

Septimus punctus est similis priori, habet præmaturationem & præcipientem repetitionem priorum Actorum, contra ordinationem. Siquidem hoc post probationes & publicationem eorundem fieri debeat. Est, mea sententia, hoc satis expeditum & planum, ideoque ad congruum tempus, & ordinatione præscriptum reiciendum. Posset etiam procurator propter tales excessus contra ordinat. nach Ermessung gestrafft werden. Sed putarem sufficere, si reiciantur, cum reservatione, vt supra.

Quod verò attinet petitionem exclusionis à probatione, non video, quomodo hoc locum habere possit, cum nemini probandi facultas sit facile deneganda. Licet enim Abschied de An. 70. dicat, quod iuxta articulos probatorios separatim in supplicatione, vel coram deputatis, Commissarii peti debeant: tamen, vt puto, hoc non adeo strictè, cum effectu præclusionis obseruatur. Ideoque fortè ex officio, tempus adhuc præsigi posset, sub comminatione præclusionis, (nota, fan diese submissio ad 3. punctum gezogen werden) id quod ego facerem, saluo tamen iudicio dominorum, ita: *Ist das Begehren / te. abgeschlagen / sonder D. Reiffsteck / zu Benennung der Commissarien / oder was sich sonst fernner zu handeln gebürt / von Ampts wegen Zeit N. Monat bestimbt vnd angefest / sub comminatione præclusionis, propter Abschied / An. & c. 70.*

Octauus punctus. Hoc loco Appellans suam petitionem præcipue fundauit ex tribus causis. Primò: q̄ quia contentio sit de vtili dominio eius, 16 que vacua possessione. Et in hoc Appellanti esse potiozem. Hæc eius assertio, iuris habet subsidium. Quando enim neutra pars est in possessione, & vtriusque iura sunt omnino ita æqualia, incerta, & obscura, vt cuius causa, quoad vsum & possessione rei controuersæ pponderet, planè ignoratur, tunc eo casu sequestratio iure fieri potest, alias secus, Bald. in l. vnica, n. 1. C. de prohib. sequestr. pecu. Dd. in l. equissimum, de vsufr. Bald. l. fin. num. 10. de edict. D. Hadr. tollend. idem Bald. in l. pen. C. vbi pupill. educ. deb.

Secundum fundamentum Appellantis est, 17 subesse timorem armorum & tumultus, & vtriusque, tam de possessione, quam de dominio contendendi, q̄ æquè iuri & rationi consonu est. Quando enim dubitatur, quis possideat, & ppter illud 18 dubiu oritur metus armoru, locum habet sequestratio, Hostiens. in summa, tit. de sequestr. possess. & fr. Panor. c. 2. n. 14. eod. tit. Ferrariens. in form. libell. sequestr. in prim. n. 3. Bald. c. 1. n. 3. 6. 7. de sequestr.

Tertio prætenditur, q̄ posito, q̄ ab appellato Episcopo ante petitione esset apprehensa possessio, 19 tamè in continenti doceri posse de nullitate & iniquitate eius apprehensionis. Et hoc dependet à prima causa, & posset per eam verificari, si modò veritas narratis adfisset.

Sed ex aduerso principaliter obiicitur, Appellantem in possessione rei controuersæ non fuisse, nec de præsentibus esse. E diuerso, à morte Comitum Iodoci, acquisiuisse, & adhuc habere possessionem rei controuersæ, idque constare & probari per documenta, simul cum duplicis producta: inter cætera verò lit. D. per quam copiam ostenditur, Comitissam viduam defuncti Iodoci, ab Episcopo in feudum accepisse d. Herrschafft / allein zu jhrer Leibsucht / vnd zu Leibsuchts Recht. Id quod nec Appellans diffitetur, quantum ex actis apparet. Copia verò sub lit. E continet ein Bericht / ibidem nominati Canonici, quod Episcopus Wilhelmus Kettler / quibusdam mandauerit, die Beampte der Herrschafft N. zu beehdigen. Quod deinde sub Episcopo Bernharδο iterum factum est, probatur per instrumentum, litera, l. Tertio dicitur ex hac parte allegatum periculum, & timorem armorum non existere: siquidem Appellatus meliori iure, tam in possessione, quam petitorio nitatur, & ob hoc non molestandus, sed defendendus in possessione.

Si itaque hinc inde allegata & deducta fundamenta, nec non circumstantiæ causæ, cum documentis conferantur & ponderentur, puto, Appellantis petitionem non subsistere, & eam per obiecta & probata ex aduerso elisam. Idque confirmo: Non enim debet Iudex ad sequestrationem procedere, nisi quatuor concurrentibus. Primo,

ut summarie constet de iure petitoris. Secundo, ut voce, ut, contra quem petitur. Tertio, id fiat ad sui iuris conseruationem, & non causa calumniæ & æmulationis, idque iuretur.

Quarto, ut emineat & appareat suspicio, aut via facti, siue violentia, timeatur, per ea quæ tradit Guid. Pap. decis. 246. per tot. Ex quibus omnibus, nostro casu præcipue attendendum esse puto, an iusta causa sequestrationis subsit, & ea causa probata, & Iudici cognita existat. Non enim talis causa iusta subesse præsumitur, nisi probetur, Panor. c. 2. n. 22. de sequest. poss. Nec creditur de iustitia sequestri, nisi quatenus ex actis probetur, Dec. conf. 366. n. 13. Anch. conf. 292. nu. 2. aliàs est nullum, contra iuris ordinem factum, & cassari debet. Rom. conf. 258. circa nu. 2. 4. Schurff. conf. 6. nu. 4. & conf. 15. nu. 5. cent. 3.

Quod vero hoc casu ius Appellantis nondum sit liquidum, nec Iudici de iustitia principalis causæ satis constet, manifestum, & ex prioris instantiæ sententia, præsentique lite coniiciendum puto: sed & possessio rei litigiosæ consideranda, an vel penes Appellatam, vel Dominum Episcopum & Capitulum ea sit, asserit ipse Appellans, eam esse vacuam & vtrinque de possessione contendendi, sicque fateretur se in possessione non esse. Verum è diuerso, quod Appellatus in hoc potior sit, non obscure constare puto: siquidem iuris, quod penes dominum feudi, simul cum dominio directo, etiam ciuilis est possessio ipso iure. gl. magna in fi. l. licet. ibi Dd. C. de acqu. poss. & l. 3. §. ex contrario, eod. tit. Et propter hanc ciuilem possessionem, propria autoritate possessionem bonorum feudalium apprehendere, & etiam resistentes repellere potest, per ea quæ dicit

Bart. in l. 1. §. nunciatio, nu. 8. de operis noui nunciat. & l. clam possidere, §. qui ad nundinas, de acquir. poss. ff. præsertim si hoc fiat in continenti, Bart. in l. 1. §. quod ait prætor. ibi in addit. verb. tenet. hic, uti possideris.

Deinde constat ex vtriusque partis confessione, viduam D. Iodoci Baronatum controuersum ab Episcopo pro vsufructu retinere. Quæ retentione vsufructus inferit confessionem possessionis, eiusque constitutionem. Tirag. tract. de iur. const. posses. 1. part. nu. 25. & part. 3. limit. 9. num. 12. Paria enim sunt, & retinere vsufructum, & rem tenere, l. quisquis, §. si quis argentum, §. sed siquidem C. de donat. Et licet opiniones sint inter Doctores, verum naturalis possessio sit penes proprietarium, vel vsufructuarium. Communior quidem est, ut vsufructuarium naturaliter possidere, Dd. l. naturaliter, in princ. l. possessio, de acquir. posses. Boer. decis. 172. Altera verò non minoribus rationibus sustinetur, Alex. Ioan. de Imol. Francis. de Aret. l. as. Lud. Bologn. in d. l. naturaliter. Tamen hoc casu alterutrum sufficit, in eum effectum, quod neutra possessio penes Supplicantem reperitur. Cum eadem possessio penes duos in solidum esse non possit, l. 3. §. ex contrario, de acquir. poss.

Accedit etiam, quod subditi & officiales domino proprietario iam præstiterunt in euenum, iuramentum, de quibus in c. 1. qualiter iuram. deb. vas. fidel. (videlicet domesticitatis & subiectionis) testantibus documentis: & quod secundum communem opinionem, à die retentionis vsufructus, naturalis possessio cum ciuili, vsufructuario fingitur consolidata, d. l. quisquis, §. firmitur. Instit. de vsufr. & allegata per Boer. d. decis. 172. n. 13. Et huic iuri & possessioni domini Appellati, non parum opitulatur sententia prioris instantiæ, ut potior inde videri possit.

Nec iuuatur Appellans, si dicat, in feodalibus possessionem continuari in heredes, Beluis. Alua. rot. in c. 1. de feud. cognit. Quia hic nec de herede, nec de descendente agitur: sed de collateralis, in quo cessat ratio, quod videlicet descendens cum viuentis patre possidet, & quod fictione identitatis ius patris facilius continuatur. Cum itaque hic diuersa sit ratio, Ergo, &c. Ladigere, §. quamuis de iure patron. Sed quod nec in feudis possessio transeat ipso iure in filios, vel heredes, allegat ad hoc Tirag. in tract. le mort saist. 4. declarati. pres. tit. n. 3. 4. & seq.

Et quod dominus contra agnatum defuncti offerens ut probationem sui iuris in continenti, (prout hic in exordio exceptionum articulata ut conuicitur) in possessione agnato præferatur, notatur in l. si. C. quorum bon. & Afflic. ca. 1. si de feud. fuer. controuers. inter domin. & agnat. nu. 5. præsertim hic, ubi præsumptio feudi masculini obstat, & quidè ex inuestitura Gisberti, 1. vel 2. hic non negatur.

Quod demum ad secundam præcipuam causam petitiæ sequestrationis attinet, timorem videlicet armorum, & scandalum: ea pariter allegata quidem, at non liquidata est. Sequestratio enim locum habet, quando partes sunt in periculo armorum

armorum l. equissimum, de usufructu, & l. fin. de offic. proc. Cesar. Quod hic non existit. Quia supplicantis pater, & primarius Actor, elegit ordinariam iuris viam, & sic postpoluit viam facti, quod merito & filius faciet, & præsumentum est. Cum in omnem euentum securus esse possit, lata pro se sententia, tam quoad Baronatum ipsum, quam quoad fructus perceptos, dum nec dilapidationis periculum ex aduerso timendū. Sequestratio enim ¶ est remedium extraordinarium & subsidiarium. Et quando iure ordinario prouideri potest, ¶ non debet huic locus esse, Bald. l. vnica, nu. 2. C. de prohib. sequestr. Schurff. consil. 15. n. 6. cent. 3.

Cum itaque regulariter omnis sequestratio ¶ prohibita sit, ¶ nisi in casibus in iure expressis & specificatis, vt per Ferrariens. in form. sequestr. Sed ¶ pro regula ¶ pronuntiandum, nisi probetur contrarium. Sufficit enim, quem habere ¶ regulam pro se, quæ debet attendi, quamuis aliqua sint fallentia in contrarium, vt in terminis, Schurff. d. consil. 15. n. 6. cent. 3.

Verum cum hoc negocium nulli casui earum fallentiarum accommodari possit, & primo loco obiecta pro mea sententia per iam enumerata diluta sint, puto Appellanti suam petitionem denegandam.

Et licet in casu, vbi constat quis possideat, alteri parti mandari potest, ne ad possessionem alterius accedat, vt per Bald. in d. l. vnica, n. 10. C. de ed. diuis. Adr. rollend. & in c. 1. n. 6. & 7. de sequestrat. Idque hoc casu ab Appellatis petitum sit; dubito tamen hic, & putarim quidem non opus esse tale mandatum impertiri: cum de procinctu armorum, & imminenti tumultu nihil constet, nec præsumentum, quod Appellans contra Episcopum, tanquam asertum dominum feudi; aliquid sit moliturus, per supra dicta. Consultius meliusque faceret Appellans, si hac petitione sequestrationis ommissa, postulare cautionem de bonis, pendente lite non minuendis, sicut ¶ in petitione hereditatis decerni solet, l. Diuus. ibi gl. & Dd. de petit. hered. & in l. quod si in diem, eodem tit. Saluis votis dominorum melius sententium.

VOTVM XLI.

In causa Nobilium E. contra C. Abtsung cines Pfandschillings betreffend.

SUMMARI A.

- 1 Pacta legis commissoria omnino propter detestabilem usurariam auaritiam creditorum sunt prohibita, imò nec iuramento, neque consuetudine confirmantur, vt n. 2. & 4.
- 3 Iuramenti vinculum, cum sit spirituale, non transit ad heredes.
- 5 Pacto legis commissoria pignori adiecto nunquam iuri reluendi pignus prescribitur.
- 6 Ignorantia iuris in casu legis commissoria bonam fidem ad prescribendum non inducit. Ratio qua. num. 7.

- 8 Mala fides defuncti in heredem & vniuersalem successorem transmittitur.
- 9 Prescriptio ex mala fide nullo vnquam tempore procedit. & n. 10. 11. 12.
- 13 Fructus tam percepti, quam percipiendi ex re pignoriata, computantur in sortem; imò fors per fructus perceptos attenuatur, ipsumque pignus liberatur.
- 14 Pactum de fructibus lucrandis ex re pignoriata, tanquam usurarius contractus non valet, nisi sumptus & expensa custodia æquiualeant redditibus.
- 15 Oblatio à debitore verbalis sufficit.
- 16 Fraus præsumentur, quando pacta apposta claudicant.
- 17 Præsumentur malam habere fidem, qui contra iura mercatur.
- 18 Reus in hoc casu, quibus vtatur defensionibus, & n. 19. 20. 21. 27. 42. 43.
- 22 Deceptio vsque ad dimidium iusti precii in contractibus fieri potest. Fallit, si dolo emptoris venditor ad vendendam rem, quam alius non erat venditurus, esset inductus, n. 23.
- 24 Pactum l. commissoria ob interuentum iuramenti non firmari, quatenus procedat. & n. 25. 26.
- 28 Iuri offerendi licet regulariter prescribatur, hoc tamen fallit, vt n. 29. 31. 32.
- 30 Prescriptio immemorialis excluditur, vbi ex scriptura de initio contractus constat.
- 33 Mala fides vbi ex titulo iniusto & inualido resultat, merito cessat prescriptio; inue qua mala fide, & in quantum hoc procedat. n. 34. 35. 36.
- 37 Mala fides indubitata, etiam regulariter tantum iudicis & coniecturis probari potest.
- 38 Prescriptio mala fidei ex ostensione tituli iniusti non sequitur: & tunc de iure Canonico procedit prescriptio longissimi temporis, 30. vel 40. annorum, & multò magis immemorialis, nu. 39. Ratio huius qua. n. 40.
- 41 Ad prescriptionem titulus putatiuus quoque sufficit.
- 44 Fructus à litis contestatione, quare adiudicandi.
- 45 Expensa quare compensanda, vt numer. 46. 47. 48. 49.
- 50 Antichresis legibus permessa & non incognita est.
- 51 Leges propter fructuum incertitudinem patiuntur, vt creditor fructus pignoris habeat, tanquam periculum precium, quibus in omnem euentum, contentus esse debet.
- 52 Ratione incertitudinis, dubiisque euentus, lucri vel damni, multa permittantur, quæ alias non valerent.
- 53 Contractum interpretari in equiorem partem, tanquam celebratum bona mente, bono studio, & absque fraude, ad officium Iudicis pertinet.
- 54 Suspicionem sinistram in nostro casu cessare faciunt, quod eiusmodi contractus per totam Germaniam olim & hodie sint frequentati, à viris probis & laudatissima opinionis, &c.
- 55 Pacta intermedia quare pacto l. commissoria non optulenter. & n. 56.

57 Pactum

- 57 Pactum l. commissoria hic quare inutile.
 58 Fructus quare hic in sortem non computandi & nu.
 59. 60. 61. 63. 64. 66. 67. 68.
 61 In pactis l. commissoria requiritur precii oblatio rea-
 lis & effectualis, non verbalis. & n. 62.
 65 Applicatio nostra antichrifi qualis.

Iurisdictio fundata, procuratoria iusta. Actum pignoratitia directa. Actor enim Reo iudicialiter oblato debito, scilicet 600. Goldgulden / mutuo à suis maioribus acceptis, petit restitutionem decimarum, pignoris loco prædicti mutui nomine, apud eundem existentium, vna cum expensis, damnis & interesse: Item, perceptis fructibus, à tempore oblato debiti. Planè hanc actionem dari contra creditorem, iuris est notissimi. Oblationem quoque iudicalem totius summæ, pro qua pignus obligatum, sufficere ad pignoratitiam, & non opus esse depositione & consignatione, recusante præsertim creditore *Fab. §. actionu, n. 53. de act. Petr. Lac. de pignor. act. direct. nu. 2. Tyraq. de retract. conuent. §. 4. gloss. 6. num. 21.* præterea damna & interesse in hanc actionem venire, patet ex *l. 2. l. creditor, l. final. C. de pignor. action.* Requisita satis probata, per documenta in actis, & confessione partis. Ex his. n. constat, Actoris maioribus mutuo datos esse 600. florenos aureos, & occasione istius decimas petitas, pignoratas, & traditas, eademque Reum etiam hodie possidere. Item, Reum, oblatione facta iudiciali, recusasse receptionem debiti.

Præterea auo Actoris à neptre Margaretha, Conradi Eghers / per transactionem, omnes actiones ex hæreditate Conradi, & ipsius patris N. cessas esse, ad conseruandam familiam: Sicque Actorè rectè agere, ex tenore transactionis, palam est. De cessione actionum, latè *Porcius conclus. 43. lib. 3.* Et sic intentio Actoris fundata.

An elisa?

Reus allegat, se & suos maiores, titulo emptionis, d. decimas ultra centum Annos possedisse: Ius redimendi ab initio intra quinque Annos quidem reseruatum, sed post tantum temporis curriculum, nullum ius Actori amplius competere: maximè cum venditor, tempore venditionis, fide & fideiussoribus datis, se omnia rata habiturum, nec vnquam contrauenturum. Et hoc probare vult iisdem documentis, quibus Actor suam intentionem fundat, nempe per *Kauff vnd Reuersbrieff.*

Verum ritè examinatis istis duobus documentis, facile videre est, emptionis & venditionis contractum principaliter non fuisse celebratum, sed mutuo datis 600. gfl. decimas obligatas, & traditas, loco pignoris. Tali pacto in continenti prohibito adiecto nisi prædicti mutuo dati 600. gfl. intra tempus quinquennii, vel quinto Anno, decimæ oppignoratæ à mutuante diuenditæ non fuerint, quod tunc, &c. Sed hæc pacta, quæ spectant ad acquisitionem domini rei pignoratæ, legis Commissoria pacta appellata, planè prohi-

bita & inualida esse, siue directis verbis fiant, vt *Neguz. part. 4. vel obliquis, propter detestabilem vlturiam auaritiam creditorum, tex us in l. 1. & fin. c. 1. de feud. dat. in vic. leg. Commiss. Couarru. variar. resol. lib. 3. c. 2. Tyraquel de retract. conuent. ad fin. tit. 120. Elegantissime omnium Gabr. in tract. de pignor. C. de pact. leg. Commiss. Imò nec iuramentum obstat, & licet sit seruandum, non petita relaxatione, ab eo qui iurauit, non autem ab hærede: Cum vinculum illud iuramenti & Spirituale, non transeat ad hæredes, *Tyraq. dict. loco. Franc. Marc. decis. 488. n. 2. parte 2.* Nec consuetudine & confirmatur, *arg. ca. vult. de consuetud. Bald. l. 2. C. qua sit long. consuet. Licet alias aliquid in dubio tribuat consuetudini, ad excusationem conuentionum. Decius consi. 170.**

Præterea tali pacto pignori adiecto, & nunquam præscribitur iuri relucendi pignus, licet alias ex multorum sententia, quæ tamen in Camera non est recepta, iuri relucendi præscribi possit, *Balb. in tract. de prescript. 4. part. 5. part. princip. vers. 2. quero. n. 6. Bald. in c. 1. n. 5. de feud. dat. in vic. leg. commiss.*

Iuris quoque ignorantia & hoc casu bonam fidem ad præscribendum non inducit. Cum, quoad iuris effectus, & error iuris resistentis, prout nostro casu, ob grauissimam culpam, qua errans afficiatur, potius malam, quam bonam fidem producat: dum non adhibet quis eam diligentiam, quam adhibere teneretur in inquirendis legibus, quæ ad illius actus, quæ geri, iustitiam pertinent, argumento *l. legis sacratissima. C. de ll. Couarru. in c. possessor mala fidei de reg. iur. in c. secunda partis relect. §. 7. n. 7. & variar. resol. lib. 1. c. 3. n. 8. Henning. consil. 1. de rescript. pign. est vltimum consil. n. 37. 38.*

Planè malam fidem defuncti & in hæredem, & vniuersalè successorem transmitti, *l. cum heres de diuers. & temp. rescript. l. si. C. commun. de vsu ap. c. diligent. de prescript.* Idque hoc casu sine dubio, cum penes successorè documenta semper fuerint: ex quibus scire potuit, se ab initio nullo valido titulo dominium decimare habere. Præscriptione & ex mala fide nullo vnquam tempore præcedere *c. si. c. vigilant. de prescript.* Et vt inquit *Couarru. d. 2. part. relect. §. 8. n. 4.* Nulla ratio, quæ veræ rationis nomine digna sit, & adduci poterit vnquam, vt ex ea permissum cuiquam sit, rem alienam sibi tempore acquirere, si malitiam & culpam in eius possessione habuerit. Concludit *Couarru.* certè & firmiter, & præscriptione etiam cuiuscunque temporis, nullam habere vim: Liceat præsumptio malæ fidei tollatur (spacio triginta Annorum: si tamen probatū sit, possessionem vere malam fidem habuisse, nullquam vitium istud remittitur à possessione. *Grauert. de antiq. temp. 4. part. verb. absolutis. nu. 59. 60.* vbi dicit: si producatur titulus, & qui a pareat viciosus & inualidus, non potest præscriptione cuius non extat memoria. *& vers. materia ista n. 20.* Sequitur ex præmissis per præsentium titulū emptionis, item pmissionem bona fide, loco iuramenti factam, nec non longissimam possessionem & præscriptionem immemoriam, intentionem Actoris non elisam.

Simi-

Similiter non releuat, quod Reus præten- dit, tempore venditionis, decimas pluris, quam 600. si vendi non potuisse, sicque iustum precium interuenisse. Et licet de eo constaret, tamen creditorem cogi posse, soluto debito, pignus dimittere. *Couarru. variar. resol. lib. 3. c. 2. n. 8. in fin.*

Ne dicam, quod omninò verisimile non sit, tam exiguo precio tunc temporis tantum emi potuisse. Et quod ex sententia *Molinei, & Mudæi*, pactum, ut res pignori tradita, si in tempore debito non soluatur, iusto precio empta sit, quoque in- validum esse, *n. 360. de vsur. hic, nu. 36. de pact. l. Com- miss.*

Insuper quas adducuntur de euictione: Item, quod decimas tanquam feudum possideat: & sic alia, quæ à Reo adducta sunt, nihil quoque rele- uant, prout ex productis, clarè relucet, ex quibus omnia ad nauseam liquent.

13 Quod ad fructus, licet iuris sit, et tam percep- tos, quam percipendos, ex re pignorata compu- tari in sortem: quin imò ipso iure per fructus per- ceptos attenuari sortem, ipsumque pignus liberari. *l. 1. & 2. Codic. de pign. action. l. 1. Cod. de distr. pig. cap. 1. 2. cap. conquestus. de vsur.* Neque valere de fructibus

14 lucrandis, et tanquam usurarium, nisi sumptus & expensæ custodiæ æquiualeant redditibus, *Canoni- st. in d. locis. latè Henning in dict. consil. nu. 26. vsque ad num. 53.*

Tamen hoc nostro casu, cum ab Actore tan- tum fructus petantur à die oblatis libelli, & secun- dum consuetudinè Germaniæ, secundum quam hic in Camera iudicatum intelligit, receptum sit, interueniente pacto, de lucrandis fructibus pi- gnoris: maximè, ubi Castra & ciuitates pignorate sunt, eosdem cedere creditori, *Guid. de iur. 4. 32. n. 14.* putat, à die cœptæ litis & oblationis debiti, iudicialiter, Reum ad restitutionem fructuum percep- torum teneri. Et sic non elisam intentionè Ac- toris, & Reum condemnandum ad petitionem Actoris. De expensis dubitat: putat tamen con- demnandum: quia maiores Rei expressè contra- ius contraxisse constat, eundem nunc restitutionem decimarum iniuste denegasse Actori.

Aliud, in eadem causa.

D. Bq. In processu nihil desiderat. Actum pi- gnoratitia directa: *Oldend. classe 3. ubi videantur re- quisita. Verbalis et sufficit oblatio. Neguz. 2. part. Chassan. consil. 33. n. 21. Ruin. conf. 70.*

An probata?

Narrat requisita ex Rofredo, & quædam satis probata esse autumat. Non esse venditionem pu- rat, nec perpetuam antichresin contractam, *Molin. q. 35. n. 62. de vsur.* Putat, obligationem veram antichresin interuenisse, ut distinguit *Molin. dict. loco. n. 62.* Cui pacto vicioso accessit & aliud, æque illicitum scilicet, Legis commissoriæ: Sicque in d. contractu plures nullitates commissæ sunt, *Guid. consil. 71.* Et quamuis propter adiectum pa- ctum intermedium, de vendendo iusto precio, res non careat scrupulo, maximè si debitor acqui- euisset: Tamen quia tria illa substantialia forma-

lis pacti l. commissoriæ, (ut *Molin. d. loco. q. 52. n. 365.*) hic concurrunt: quæ sunt, ut *Molin. ibid.* Non potest se non ad Actoris partes conuertere: præ- fertim vero propter mutuum, super quo contra- ctus est initus, *Molin. ibi. nu. 367. 376.* Sed fortius videtur corroborare Actoris sententiam ex lite- ris reuersalibus eadem die confectis, ut quia ibi clarius patet, quendam Kilianum inhiasse his de- cimis.

Nec obstat, quod d. *Hauptbrieff*, promissio, fa- cta, de vendendo creditori, præ cæteris iusto pre- cio. Quia huic pacto alia duo extrema, vel contra- ctus adiecti sunt in continenti, eodèque con- textu, & sic vnus post alium, vnde etiam dicun- tur correspectiui, ita, quod vnus non sit factus si- ne alio, *Grauet. consil. 98. Molin. q. 60. n. 407.* Ex quo consequitur quod pactum intermedium, de iusto precio, magis in prætextum & simulatè sit propositum, sa- piatque naturam pacti in continenti subsequenti, hoc est, commissi pro debito: & quod sine eo, contra- ctus, vel pactum præcedens sit nullum. Emptor. n. nisi dubitasset fraudem detegi, statim præteritis. Annis, decimas sibi emptas pro suo mutuo sibi haberi voluisset, idque verbis apertis expressisset. Apponi etiam fecit intermediam & præambulâ illam clausulam, *ea præsumitur spe & intentione*, quod emptores alii tam citò inueniri non possint. Quod idem tamen pactum in continenti ommissum in re uersali, & aliter ibi cum filiis actum. Item, quod in feudum aperuit, habet similiter suspicionem fraudis, adiectis varietatibus pactorum, *Grauet. consil. 1. 6. nu. 11. part. 1.* Imo timor reuisionis ex eo apparet, cui spe certi patrocini voluit consulere. Nec probatum, nec allegatum, quod in quinto Anno decimæ expositiæ fuerint venales. Nec reper- tus aliquis, qui plus obtulerit. Vnde iterum simulatio, & fraus, vel ad minus, creditorem ipsi impedimento fuisse præsumitur, ex paruitate illa precii, cum pacto de vendendo, sibi, præ aliis. Certo etiam termino præfixo ad hoc finali: *Affid. c. 1. n. 60.* Item fraus præsumitur, et quando pa- cta apposita claudicant: *Affid. n. 25.* Sequi igitur, meram esse pignorationem, & conditionè illam adiectam nunquam ita purificatam, quod in ven- ditionem transiisset. Ideo & proprietatis & pos- sessio (extra ius tamen vtendi, fruendi) penes de- bitorem pignoratitiam, & eius hæredes semper fuisse. *Berous consil. 20. 4. vol. 1. Vasq. lib. 2. de success. cre. §. 15. n. 71. Wesemb. consil. 15. n. 28.* concludit, Actio- nem probatam.

An elisa?

Qui contra iura mercatur, et præsumitur ha- bere malam fidem. Reus vtitur defensione. Pri- mò, et luitionem pignoris per quinque Annos tantum reseruatam. Ea autem non facta, nec dis- tracto pignore, venditionem realiter subsequatâ, & perfectam. Hic cardinem versari, ut per Ad- uocatum Actoris hoc discussum, ut etiam ex præ- dictis patet.

Secundò, et precium iustum interuenisse, tem-

pp

pore

pore contractus: quæ releuans esset, si esset probata, quia tunc cessaret ratio. Quare prohibitum est pactum legis Commissoræ, videlicet, omnis deceptio præsumpta: Et hoc casu fieret æstimatio per iudices, *Cepoll. cautel. 241.* Vrger autem Reus hoc potissimum, q̄ in quinto conuento Echter plus consequi non potuerit: quod tamen minime probatum est, vt *supra dictum.*

- 20 Deinde allegatur in conclusionibus, † quod bona immobilia olim duabus ferè tertiis partibus minoris fuerint precii, quam nunc. Item, † q̄ non habeant ista decimæ 30. plaustra vini, vt Actor prætendit, sed multò minorem, & quidem; pro temporum varietate, incertum, ac solummodo, *Füderlin/ non Fuder.* Sed etsi de his aliquid probari posset, nec primum pariat verisimilitudinem, vt patet: Tamen non solum admodum difficilis foret probatio, & quidem in specie, tam quoad valorè, quam quoad fructus, temporis antiquissimi, qui in primis incerti, an in tanta quantitate tunc fuerint, vel non, sed etiam ad cursum communem; nullus videtur habitus respectus, ad hanc summam, maximè cum illud ob moram præmissi secundi pacti, sicq; ratione commissi, & per extortionem, neutiquam verò loco iusti precii, vel intentione legitima appositum censetur: alias in vltimo isto pacto, controuersa verba ista intermedia, ibi, *nach gleichem /ic.* iterum repetita, vel similia apposita fuissent. Imò in reuersali, d. pactum omninò omissum est: & ratione precii; relatio tantum facta ad primum instrumentum vt eo magis præcipitentur debitores, sicque ad longe aliù finem, quam nunc prætenditur, quem pacta etiam præ se ferunt, omnia tendant. Præterea neutiquam apud me verisimile est, quod etiam solum *Füderlin/ & non Fuder* reperiantur: Tanta copia, vel minor etiam quantitas vini olim non plus, quam 30. aureis (quod est legitimũ interesse de hoc mutuo) valuerit. Nec releuat,
- 21 q̄ læsio fieri possit, † vsque ad dimidiam iusti precii, per *l. 2. C. de resind. v. d.* Quia hoc fallit, † si dolo emptoris venditor esset inductus, ad vendendam rem, quam alias non erat venditurus, vt in proposito apparet: Tunc enim nõ tenet contractus, ex quo dolus causam dedit contractui: *Afflic. d. c. 1. n. 49. versic. secundo fallit. de feud. dat. in vi. facit Vafqui. lib. 3. de success. creat. §. 28. limit. 22. nu. 29. Molin. q. 35. n. 266. & q. 14. n. 170.*

- De iuramento apposito, & nobilium fide adducta, nihil opus est vltius refutare. Nam quamuis sit communis opinio, † quod licet per interuentum iuramentum, non firmetur pactum l. Commissoræ (cuius tamen contrarium, & ferè æquè communem, defendit *Vasqui. dict. loco, dict. §. 28. limit. 47.*) Iuramentumq; seruandũ sit, donec vel remittatur à Creditore, vel detur absolutio ab Episcopo: secundum eandem communem opinionem, vt *ibidem Vasqui.* Tamen illud † in iurante procedit, & non in eius hæredibus, vt *supra ex Francis. Mar. & Wesemb. allegatum, & Vasq. dict. loco nu. 49. dicit:* quod ipsa Respubl. se huic iuramen-

to opponere, † vel Iudex ex officio id facere possit, & quod tale iuramentum, hæredem & successorem minime ad periurium obliget, etiam si contractus is à iuramenti adiectione vires acceperit, tradit *Couarruu. c. requisisti. n. 2. versic. tertio ex his. de testibus.*

Observandum etiam, quod non interuenit iuramentum solenne, de quo Dd. loquuntur, sed tantum promissio, loco iuramenti, quod minus quidpiam videtur, quam alterum, præsertim vbi de periurio & absoluteione agitur.

Item, † præscriptum esse vltrememorialiter: 27 vbi non curetur titulus, nec bona fides: Respondetur. Quod licet regulariter iuri offerendi † præscribatur, secundum multorũ sententiam, à qua etiam plurimi dissentiunt, vt *Porc. lib. 3. conclu. 32.* Fallit tamen hoc, primo, † in iure offerendi, q̄ consistit in mera facultate, vt nostro casu, *Port. i. bid. limit. 1. versic. tenendo primam. Balb. Neguz. Wesemb. consil. 2. nu. 45. part. 1. Gail. obseru. 18. num. 4. lib. 2. Myns. obseru. 16. cent. 1.* Imò quod actioni pignoratitiæ, & iuri luendi vel offerendi pecuniam debitam, nec per mille Annos præscribatur: quoniam non existit talis actio, priusquam debitor luat, per *Dd. vt Wesemb. d. loco n. 48.* Hinc non opus fuit aliqua speciali reseruatione in perpetuum: quia id ex natura pignoratitii contractus, sine tali pacto semper fieri possit, vt *supra dictum:* de quo in Replis. *§. Das verfehrt. Berous consil. 205. vol. 1.*

Item, quod præscriptio, † immemorialis excludatur, vbi ex scriptura de initio contractus constat, *Wesemb. d. loco. consil. 14. nu. 25. & 26. Grauet. part. 4. nu. 40. Balb. 2. p. tert. part. princip. q. 6. n. 25.*

Secundò fallit † in contractu pignoris vsurario, *Port. d. loco, post 3. limitat. versic. tenendo. Tyr. q. 9. 1. gl. 2. n. 33. Chas. consil. 11. n. 40.*

Tertiò fallit, † si contractus alio modo esset illicitus & reprobatus, vt si in pignore esset pactũ legis commissoræ: quia tunc odio creditoris, nullo tempore præscribitur, *Balb. 4. part. 5. part. principi n. 4. Neguz. in 1. part. tert. membr. 5. part. principi n. 53. Tyr. aquel. d. loco. n. 34. 38.* Quia igit̄ ex tali titulo † iniusto & inualido resultat mala fides, merito cessat præscriptio, *Dd. c. peruenit. de casibus. Chas. con. 11. n. 29.* Et hoc procedit in mala fide, † certa, vera, & indubitata (qualis ex obligatione, quam Reus & maiores sui semper habuerunt, apparet) quo casu iure Canonico (quod etiam in foro ciuili seruatur) illa nocet hæredi, † non solum in præscriptione 30. Annorum, à seipso quòque inchoata, licet secus sit in ficta vel præsumpta mala fide, *Vasqui. lib. 2. controuers. c. 37. n. 9. 14. 18.* Sed etiam in præscriptione † temporis immemorialis, *Vasq. 81. 36. n. 10.* Et quamuis d. n. 10. se non videre dicat, quomodo mala fides indubitata probari possit, nisi per confessionem. Tamen regulariter † tantum indicis & coniecturis probatur, *l. pen. Cod. de euict.* Item, n. 1. Quod ex ostensione † tituli iniusti non sequitur præscriptio malæ fidei: & tunc de iure Canonico † procedat præscriptio longissimi temporis, 30 vel 40. Annorum, & multò magis immemoria-

memorialis. Quia ex longiori domini toleranti-
 50 tia, et ea res nobis quasi concessa videtur: Sicque
 ea voluntas domini nobis accedens, fugat no-
 stram malam fidem præsumptam, eamque pur-
 gat. Ex quibus infertur n. 15. minimè admittendam
 opinionem *Grauert. part. 4. verb. absolutis nu. 60. &*
vers. materia ista. n. 30. ubi vult, propter titulum et-
 iam iniustum, infici præscriptionem immemoria-
 lem. Tamen hoc casu nostro, ubi ex pignora-
 tione nullus plane titulus allegari, nec ex pacto l.
 Commissoria, tanquam inutili & inualido, idem
 dominium vel possessio transferri, vt *supra dictum*,
 & consequenter nec descriptio, ob defectum
 bonæ fidei, tanquam in re clara, & ubi non est lo-
 cus coniecturis, vnquam procedere potuit. *Vas-*
qui sententiam periculolam putat, & aliam sequi
 vult. Quod in tali præscriptione impedit etiam
 dubietas lupina, *Vasq. cap. 77.* alias titulus putati-
 41 uus, et sufficit ad præscriptionem. *Natta consil. 638.*
num. 58. tom. 3. Loqui *Vasqui* in casu, ubi non est cer-
 ta mala fides, nec præsumpta.

42 Quintò, et opponitur alienatio. Quod non re-
 leuat, quia sine consensu facta alienatio, *Wesemb.*
dict. cons. 2. num. 93. colum. 2. part. 1. Chafan. d. cons. 33.
num. 9. 13.

43 Sextò: et Actorem non esse hæredem Conra-
 di. Sed ex deductis & probatis de hoc non esse
 ambigendum. Insuper etiam Actor offert vl-
 teriorem probationem.

Concludit, Actionem non elisam, & iuxta li-
 bellum pronuntiandum.

Quoad fructus, non obstat, vt *Berous consil. 205.*
vol. 1. Quia hic longe aliter se habet, cum sit vlu-

44 fructuarius, qui habet talem, donec desinat. *Chaf-*
san. d. consil. 11. Sed fructus et à litis contestatione ad-
 iudicaret: quia non facta depositio.

Quoad fructus præteritos, quia petiti non sunt,
 non in super pronuntiandum, *Berous. d. consil. 205. n.*
1. Molin. q. 35. n. 260. C. str. l. 1. de pign.

45 Expenlas compensandas: Primò, et propter an-
 46 tiquitatem temporis. Secundo, et propter adie-
 ctum pactum intermedium, de iusto precio reu-
 endo, & possibile, quod inter contrahentes
 47 postea aliud sit actum. Tertiò: et quod facile erra-
 ri potuit, tam in iure, quam in facto, præsertim è
 48 tot successoribus. Quartò: et quod non fa-
 cile præsumenda mala fides, vt per *supra dicta ex*
 49 *Vasqui*. Quintò: et quod non est in mora, aut ma-
 la fide, qui non restituit petenti, priusquam pro-
 bat, se hæredem esse, *Barrol. in l. si quis depof.*

Aliud, in eadem causâ.

In processu nihil video desiderari. Sunt & me-
 dita causæ à Dominis Referentibus satis examina-
 ta: Inde Actotis intentionem fundatam, à Reo
 nostro non elisam, & ego sentio.

Ex literis obligationis à Reo productis, colligo
 originem conventionis fuisse super contractu
 mutui, interueniente pignore, ita, vt creditor pi-
 gnus non solum teneat, sed & propriè, vt usufru-
 ctuarius possideat, eoque vtatur fruatur, quo ma-
 ior utilitas pignoris sit: Idque non ex natura pi-

gnoris, sed speciali conventionione ex pacto, bona
 fide inter contrahentes inuito. Hæc antichresis et 50
 legibus permiffa & non irrita ea conuentio, d. l.
legata supellectile. §. fin. de supell. leg. ubi l. C. meminit
 pignoris, et in vfu creditoris est, voluntate debi-
 toris. l. si is qui. §. 2. de pignorib. l. si pecuniam. de pignorat.
 action. ubi talis conuentio dicitur antichresis, &
 nihilominus datur pignoratitia actio, soluto debi-
 to. Idque tanto magis, si intra modum legitima
 vfuræ consistat, qui modus in præfenti causa
 ex actis non satis liquet. Imò patiuntur leges, et 51
 propter incertitudinè fructuum, vt creditor eos
 habeat, tanquam periculi precium, quibus in o-
 mnem euentum, contentus esse debet. Ideoque
 ob hoc placita rescindi non possunt, inquit tex-
 tus l. si ea lege C. de vfur. Et in simili, est textus in l. si
 ea pactione. eod. tit. quibus iuribus probatur, multa
 permitti, et ratione incertitudinis, dubiique e- 52
 uentus, lucri vel damni: quæ alias non valeret,
 vt per *Tyraq. plurima ad hoc allegantem, vt in l. si vn-*
quam. C. de reuoc. donat. verb. donatione largitus. n. 131.
& de retract. conuent. ad fin. tituli. n. 135.

Et faciunt hoc nostro casu qualitates perso-
 narum, nobilium & coniunctarum, fœnerari
 minimè solitarum, nec non aliæ circumstantiæ
 contractus, vt non præsumam, vel Iudicem, a-
 ctum contrahentium fuisse vfurarium. Pertinet
 enim ad officium Iudicis, et contractum interpre- 53
 tari in æquiores partè tanquam celebratum bo-
 na mente, bono studio, & absque fraude, præfer-
 tim vfurarium, *Tyraqu. late, de retract. conuent. ad fin-*
em tituli. n. 128. Facitque cessare sinistram suspi-
 cionem, et quod eiusmodi contractus per totâ Ger- 54
 maniam, olim & hodie sint frequentati, à viris pro-
 bis & laudatissimæ opinionis, etiam maximi no-
 minis, qui se labe vfurarum non videntur pollue-
 re. *Tyraq. d. loc. cit. n. 132.*

Ei conventioni nostro casu annexum est &
 pactum legis Commissoria, iure prohibitum,
 directis verbis, vt ante me satis ostensum. Cum
 pacto l. Commissoria, pacta intermedia non opi- 55
 tulari puto. Primum enim et (vt habent literæ obli-
 gatoria) vel est superfluum, vel ob limitationè
 temporis, iniquum & nullum. Alterum tolerabile
 et quia in effectu habet, vt Anno quinto post 56
 contractum, pignoris fiat distractio, & iusto precio
 creditori vendatur, secundum specificum casum
 l. 1. C. de pact. pignor. Sed ob non existentiam condi-
 tionis, & lapsum tanti temporis, inutile, & nullus
 effectus. Sicque iam sumus in meris terminis
 conventionis antichresis, quam quidem valida,
 sed pactum legis Commissoria inutile esse
 existimo. Eo enim et pacto Reus ex literis reuer- 57
 salibus tantò minus seiuuare potest, quod ipsum
 conditionem habet, quæ conditio nunquam ex-
 titit, videlicet, dass creditor zuvor die Auffkündung
 gethan vnd debitor mit Erlegung der sechshundert
 Goldgülden seumig worden sein soll. Reliqua pun-
 cta, An sit præscriptum iure luendi pignus, & de-
 uolutum sit ius ad Actorem: Item, quatenus
 dicta pacta viciant, vel viciantur: etiam satis

discussa à Domino Referente: quibus acquiesco.

Ad fructus quod attinet, satis deductum est, secundum naturam Actionis institutæ, eos in sortem computandos. Et singulariter in hoc contractu antichristeos, ex doctrina *Molin. refert Gail. obseru. 3. lib. 2.* In perpetua antichristi, fructuum rationem exigi posse.

60 Mea tamen sententia id in hac facti specie locum non habet. Primò: ¶ quia bona fide, sincero animo, & licite à partibus contractum, nec subest firma p̄sumptio fraudis vsurariæ: per *supra dicta.*

61 Deinde, ¶ quod, sicut rerum Domini fructus acquirunt: Ita & ii, qui minorum loco habentur: vt sunt fructuarius, *l. 4. de vsu fruct. l. in venditione de bon. auct. iud. possid. & 102. tit. de vsu fruct.*

60 Accedit, ¶ quod hæc antichristis non multum distet ab emptione, sub pacto redimendi. Et licet hæc non nihil differant: Tamen quoad commodum fructuum, nihil distant, *Molin. d. loco n. 268.*

61 Sed in eiusmodi pactis ¶ requiritur precii oblatio, realis & effectualis, non verbalis, & fallax cum consignatione & depositione, pro lucro fructuum, prout *Tyraquel. in multis locis retractus conuentionalis*, diuersis occasionibus eius rei facit mentionem, & varie discutit. Tandem verò dicta Doctorum ad concordiam reducendo, dicit, opus esse consignatione & depositione, ¶ ad lucrandos fructus perceptos, post ipsam consignationem & ita proprie loqui, qui dicunt, consignationem esse necessariam, alias autem ea non opus esse, in *§. 4. glo. 6. n. 4. Idem repetit ibid. ad si. tit. 84. circa medium.*

62 Quintò: ¶ Effetque contra æquitatem, retinere vsum pecuniæ, & simul recipere fructus rei petita: idque pugnet cum bona fide, quæ in hac partium conuentione & actione proposita spectatur, arg. *l. Iulianus. §. ex vendito. de act. empt.*

63 Sextò: ¶ Nec dicendum, hunc contractum ob creditoris questum & emolumentum magis, quàm iuuandi debitoris causa initum, si exordium obligationis inspicitur, imo non perpetua, sed temporalis antichristis ostenditur, si subsequencia pacta prioribus iungantur: Et sic vtrique casui hæc antichristis nostra applicari potest in eum effectum,

64 ¶ vt fructus sint creditoris, secundum opinionem *Molinei, relat. am à Gail. dict. loco.* Debet enim hisce casibus inspicere, an contractus dicatur reprobatus ob id, quod pactum est appositum, non dulcedine vsurarum, sed in gratiam debitoris. per late allegata *Tyraquel. d. lo. ad fin. tit. n. 134.*

65 Septimò: ¶ In specie vero, quod tali casu, ante realem solutionem, vel depositionem & consignationem fructuum non sit habenda ratio, videtur in iure satis clarum esse, nempe per *tex. in l. si à te. C. de pact. inter empt. & vend. & in l. si. de leg. commiss. facit textus in l. si pecuniam. de pignor. act.* vbi text. dicit: Si pecuniam debitor soluerit, recuperabit antichristi. Ea confirmat auctoritas *glo. in l. 2. verb. oblatio. C. de pact. inter empt. & vend.*

67 Octauò: Mouet ¶ me etiam, quod adiudicatio fructuum tali casu magni foret præiudicii, quod

vix sine scandalo, inter præcipuos status Imperii contingere posset, quod nouerunt rerum periti (non solum amitteret sortem, sed & insuper magnam summam restituere teneretur.)

68 Nonò: ¶ Denique præiudicia quædam id suadent, vtputa in causa der Herrschafft Kreuzenach / contra Graff Weirichen von Falckenstein. Quo casu ante litis exordium fuit depositus der Pfandschilling / & eius documentum simul cum libello productum, & in conclusione libelli adiudicatio fructuum petita: Tamen postea, An. 49. 11. Decembris, in sententia nulla est facta mentio fructuum, sed præteriti sunt. Similiter fuit per maiora conclusum, in causa Bülatw contra Bülatw / das Dorff Radum belangend / 22. April. An. 78.

Hinc concludo, fructuum in sententia non faciendam mentionem, sed Reum ab ea petitione tacite absolendum.

In expensas Reum condemnare, non obstante præcedente meo concluso: diuersi enim vtriusque possunt esse respectus. Fructuum quidem, quod Actor ex sua parte omisit faciendum, depositionem videlicet & consignationem debiti, & sic sua culpa fructus non consequitur. Sed expensarum, quod Reus, malè suscipiendo litem non dedit locum luitioni pignoris: Tamen & eas compensari ex causis probabilibus posse puto.

Saluis Dominorum votis.

D. L. Cum Referentibus: Compensatis expensis.

D. Q. Cum Dn. Referentibus: Sibi tamen videatur satis dubium, & mouetur per sententiam & opinionem Dd. qui volunt non sufficere verbalem, sed reali opus esse: *Bartol. & Anchoran. in locis supra allegatis*, inclinatur tamen ad partes Referentium.

D. Bq. Iterum mouet ex suo voto, quod in casu adiudicationis fructuum, à tempore oblationis, putarit fortè habendam rationem retentæ pecuniæ, & sic vsuras posse per Reum retineri ad modum legitimæ vsuræ,

Sed Referens noluit attendere, propter culpam & moram ipsius creditoris, qui noluit oblatam recipere, sed negauit totam restitutionem decimarum, & luitionem pignoris, nec voluit propria culpa recipere pecuniam, & sic nemini, nisi sibi ipsi impute, si damnum inde se assisse videtur.

Sententia.

In Sachen weyland N. jetzt dessen Erben in actis benannt / Kläger eins / wider auch weyland Thomas / jetzt Hans Jörgen von B. beklagten andern Theils / ist allem fürbringen nach zu Recht erkannt / daß gedachter Beklagter / der bezegerten Widerlösung stat / zuthun vñ den angezogenen verfesten Weinziehenden zu Eberstatt / satzpt allen desselbe ein vñ Zugehörungen / auch davon auffgehabenen Drukungen / von Zeit an gerichtlich angebotenen Pfandschillings vñ Hauptsumma / ihnen den Klägern würcklich widerumb einzuantworten / vñnd zuzustellen schuldig sey / Als wir ihn darzu condemnieren / vñnd verdammen. Compensatis expensis.

VOTVM

VOTVM XLII.

In causa M. contra Episcopum N.

SUMMARI A.

- 1 punctus primus quare in hoc casu reddatur dubius.
- 2 Difficultas huius in quo consistat.
- 3 Exceptio subiectionis quando ante partitionem attendatur: Et quando non. num. 6. 7. 8.
- 4 Subditus quis proprie dicitur, ratione domicilij habitationis, & num. 5.
- 5 Ratione delicti quis iurisdictioni alicuius subiicitur, subditus vero per hoc non fit.
- 6 Quæ vltimus hic consideranda sint.

Svbmiffum in puncto partitionis, & commiffionis ad perpetuam rei memoriam.

Primus punctus redditur hoc loco dubius, propter exceptionem subiectionis oppositam. Quia hodie, † cum ea exceptio requirat indaginem altiore, & merita causæ concernat, longamque discussionem exigat, ante partitionem, non admittitur, nec eam impedit, præsertim si pignoratō concernat captiuos. Saltem difficultas hoc casu in eo consistit, † An non obiecta subiectio eiusmodi sit, vt ex circumstantiis possit, eam partitionem suspendere. Quando enim in confesso † est, captum esse subditum pignoratoris. Vel vbi pignoratus allegat solummodo mancipia sua, vel homines proprios captos esse. Vel etiam quando Iudici notorie cōstat, narratam qualitatem subiectionis esse falsam: Tunc subiectionis exceptio attenditur ante partitionem, vt per *Gail. de pignor. cap. decimoquinto*, vbi concludit & sentit, vt iam dictum, in casu, vbi Princeps aliquis subditos suos, alterius vero Principis, vel status Imperii Emphyteutas, Agricolas, colonos, aut censitos, ratione prædiorum censualium, in suo territorio existentium, pensitare, & agros in censum, iuxta formam censualem, referre vult, & contumaces subditos capit & compellit. Proprie enim † subditus dicitur, ratione domicilij, habitationis. *gl. in clem. unica verb. subditos, de foro compet. Gail. d. loco, numero 6.* Pro ut in simili, omnes, qui habitant, † siue habent, domicilium in regno, dicuntur subditi Regis. *Afflic. cap. primo, numero 1. qualiter vasall. fidel. iur. deb. & late numero 11.* Comprobat, qualiter dominus terræ habeat iurisdictionem in terra feudali: Et Rex iurisdictionem generalem, in toto Regno, adeo, vt inhabitantes, & domicilium ibi obtinentes, iurare fidelitatem Regi debeant: cum in terra domini dicantur recipere substantiam elementorū, per ea quæ ibidem allegat *Afflic.*

Sed nonnulla obstant, quæ vix patientur hanc exceptionem subiectionis ante partitionem attendi. Cessat enim † hoc casu notorietas subiectionis, vt patet ex narratis supplicationis.

Deinde nec confessio partis hic, † sed potius contrarium extat. Licet enim in exceptionibus

Rei numero septimo, præsertim articulo 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. deducatur & asseratur, vasallum, & eius homines, siue subditos, tam in criminalibus, quam ciuilibus, nō alium superiorem, quam Dominum Reum cognouisse ab antiquis: Tamen Actor id negat, & non nisi ius puniendi delicta, die *Peinliche vñnd Malefische Obrigkeit* ei competere: sibi vero dictos captiuos in reliquis iurisdictionalibus esse subiectos affirmat: vt nobis exhibent narrata supplicationis: & articuli ad perpetuam rei memoriam exhibiti, nempe, 6. 7. 8. 9. 7. 125. & alij sequentes, vbi in specie ius der halben Holzgraffschafft deducitur, quodque die *Verbrecher* in communi fuerint puniti, & mandata publicata: deductis & aliis actibus des̄ baruens.

Cessat & hoc casu præsumptio, † quæ posset venire ex iure controuerso, cum id non dependeat necessario, & connexum sit. mero Imperio, & iuri puniendi delicta, prout est ius pensitandi agros, de quo *supra*. Attenditur enim, an pignoratō facta sit in casu, vbi pignoratus mit *Eyden Pflichten vñnd Diensten* pignoranti zugethan, & pignoratō in eo facta est, vbi tanquam subditus, ratione subiectionis superioritatis, vel iurisdictionis verisimiliter pignoranti tenetur.

Sumus insuper & hic in casu dubiæ subiectionis, id quod tacite innuit Dominus Reus, parendo mandato, alias vix obliuisceret eius exceptionis, quin eam statim ante partitionem obieciisset. Et licet ratione delicti † quis subiiciatur iurisdictioni alicuius, tamen per hoc non fit subditus, *Gail. supra d. loco, numero 23.* Ea qualitas subiectionis in libello supplicis allegata, in decernendo hoc processu, pro sufficienti, ad fundandam iurisdictionem facta habita, ideoque adhuc attendenda est: Tribuit enim iurisdictionem, vt d. exceptione non obstante, parendum sit mandato, per notata in *l. cum quadam puella. de iurisdiction. omn. iud. & Gail. obseruation. 31. libro primo, obseruation. 15. de pignor. num. 9.*

Consideranda etiam † qualitas pignorantis: & id ex parte Actoris allegatum periculum, ratione subditorum, qui multis modis possent exagitari, nec non necessario vsu ligandi, sibi competente, priuati.

Tandem etiam constat ex narratis, multas personas innocentes captas, & adhuc obstictas esse iuramento, quæ occasione iuris controuersi suppressi possunt. Inde licet dubi' reddatur: quia tamen de subiectione allegata non satis liquide cōstat, præsertim quod atinet ad seruitia, & iuramentum subiectionis, der *Erbhuldigung halben* (licet in nostris locis minus forte dubii esset) puto altiori indagine opus esse, in discutienda hac exceptione. Ideoque magis inclino in eam partem, vt, non obstantibus exceptionibus, Reo plenariam partitionem iniungere velim. Et in puncto Commissionis *Abschlagen / sonder bey dem ordentlichen Weg Rechtens bleiben lassen.*

F O T V M XLIII.

In causa Nobilium E.
Contra C.

S V M M A R I A.

- 1 Contumax est is, qui tribus edictis vel vno peremptorie vocatus, presentiam sui facere contemnit, praesertim si insinuatō personaliter & ad domum facta sit. num. 2. 17.
- 3 Contumax, etiam vnica emissā citatione, citatus dicitur, si expresse dixerit, se non venturum. & numero 18.
- 4 Citatus à iudice incompetente, quando teneatur comparere, & quando non, & num. 5.
- 6 Citatus tenetur comparere ad suum priuilegium incompetentiæ allegandum: alias contumax reputatur, num. 7.
- 8 Exempti ope exceptionis, non ipso iure, & notorie, tenentur comparere & allegare exceptionem.
- 9 Notorium, si eius certitudo est penes partes nō releuat: Secus si penes iudicem.
- 10 Super incompetentiæ exceptione, quando de ea ex actis, quatenus formiter & cum effecta sit facta nihil extat, interloqui non est necessarium.
- 11 Iudex incompetentiæ exceptionem, licet iudicialiter opposita sit, tacite eam reuicere videtur, procedendo ad vltiora, postquam de ea plene cognouit.
- 12 Immissio decreti ad possessoriā bonorum hereditatis petitionem, & diuisio ex iudicio familia herciscunda, per sententiā in contumaciā inuncta, vim & effectum rei iudicatae assequitur. & numero 13.
- 14 Contumax, sicut litis pendentia exceptionem opponere non potest: ita nec incompetentiæ exceptio ab eo obiecta attenditur.
- 15 Contumax priuilegium fori allegare non potest, sed in penam suae contumaciæ perdit, vt non possit opponere exceptionem declinatoriam fori: Nec ab eius exceptionis reiectione appellari potest, propter veram contumaciā praesistentiam. n. 16.
- 19 Contumax verus, quod non appeller, est iuris apertii: Id que maxime procedit in contumace, in non veniendo & non comparendo. num. 20.
- 21 Contumacia maior est in contumace, in non veniendo & non comparendo.
- 22 Ab executione sicut non appellatur, ita nec à sententiā de exequendo: praesertim si ea pronuntiatio non nouum, sed idem grauamen continet.
- 23 Exceptio incompetentiæ in puncto executionis in effectu proponi non potest.
- 24 Nullitas, deserta appellatione, non deseritur.
- 25 Medium deuoluenda causa & iurisdictionis fundanda est legitimum tempus appellandi.
- 26 Sententiā in dubio, cum causa cognitione, & non praecipitanter sine probatione, praesumitur prolata.
- 27 Coram iudice non volens respondere, habetur pro negante, vel consente, secundum quod ei magis est praiudicium,

28 Sententiā absque probationibus lata, quare valida in rem transeat iudicatam, si ab ea non appelletur.

SVbmissum in puncto non deuolutæ Appellationis. Exceptiones Appellati principaliter consistunt in eo, sententiā videlicet causæ principalis trāsuisse in rem iudicatam. Exceptionem declinatoriam, contra executionem non posse obici, nulliterque appellatum ab executione. Inde quaeritur primo, An ea sententiā in contumaciā lata, fuerit valida. Secundo an postmodum recte ab executione sit appellatum.

Ad primum quod attinet, ex actis satis constare puto, Reos in vera exitisse cōtumacia. Tribus enim citationib. † peremptorie ad ipsos emissis, † passi sunt Iudicem contra se in contumaciā procedere & iudicare. Sed qui tribus edictis, vel vno peremptorie vocatus, presentiam sui facere contemnit, contumax est. l. contumacia. de re iud. praesertim si insinuatō † sit facta personaliter, & ad domum, Marant. 6. part. verb. contumacia. numero 8. Et citatus expresse dixerit, † se non venturum: quo casu & vnica citatio sufficit, l. Fulcinius in fin. quibus ex caus. in possess. eatur. Wesembec. consilio 96. num. 26. Marant. verb. citatio. numero 19. circa princip. Verum ex actis prioribus constat, tres citationes legitime esse insinuatās Reis, eosque primam citationem Notario iudicii remisisse, significando, se nolle respondere coram hoc iudicio, dān sic Stiffis Juncfern/darumb zu antworten nicht schuldig. Sunt alia citationes rite executæ: nec non factum proclama, ante immissionem decretam, prout & post eam bonorum possessionem iudicialiter assecutus, sicque loco coniugis defuncti successor pronuntiatus & effectus est Actor, vt per Bartolum in l. 2. de bonor. poss.

Deinde iterū fecit Reos peremptorie zu allem Ubersatz/ bis citari, pro facienda diuisione. Quibus executionibus rite factis, alter respōdit, quod nolle in hoc iudicio respondere, alter vero noluit acceptare citationes, sed remisit Iudici, primam tamen legit, antequam restituit nuncio. Sic & hoc loco expresse suam declararunt contumaciā.

Nec releuat Appellantes, & originarios Reos, quod praetendunt, se à iudice incompetente citatos, & licite non comparuisse. Quia responderet, id procedere, † quando Iudex est incompetens de iure communi: Secus, † si est competens de iure communi, sed potest aliquo priuilegio declinari: Tunc enim valet citatio, & tenetur † citatus comparere ad suum priuilegium allegandum l. 2. si quis in ius voc. non ier. l. si quis aliena. de iud. ibi Dd. Gail. obseruat. 16. numero tertio, alias potest † contumax reputari, Marant. part. 6. verb. citatio. numero 39. Quia tales, non ipso iure, & notorie, sed ope exceptionis dicuntur exempti, † ideoque comparere tenentur, & allegare exceptionem, leg. se. e. oportet. §. si sufficit. de excus. iur. Prout etiam nec notorium releuat, † quin debeat proponi, si ei certitudo sit penes partes: secus si penes iudicem, per allegata per Lajon. an d. l. 2. numero 36. Sed hoc casu ex actis constat,

constat, Reorum parentem & Anum vsos fuisse iure illius Ciuitatis, quod & ipsi in grauinibus fatentur: Item Reos presumptiue originarios eius loci esse ciues, Bona hereditaria ibidem sita, & eo loci casum delata hereditatis contigisse. Et sic incompetentiam non notoriam, sed plus quam dubiam esse hoc casu.

Deinde non obstant allegata protestationes & praesentia exceptiones incompetentiae: quia de his ex actis, quatenus formiter & cum effectu sint facta, nihil extat. Ideoque super ea exceptione non necessarium fuit interloqui. Imo licet iudicialiter opposita essent: Tamen tacite videretur Iudex eas reiecit, procedendo ad vltiora, postquam de ea plene cognouit. *Ias. in d. loco. nu. 46.* vbi late eam quaestionem examinat.

Cum itaque Rei non citati ex aliena iurisdictione, sed in loco, vbi nati, educati, & praecipuas suas facultates a parentibus acceperunt, contumaciter emanferint, suasque exceptiones non proposuerint. Imo id facere expresse recusarint, putos, Iudicem potuisse contra ipsos procedere, & propter veram contumaciam eius processum tenuisse, siquidem non fuit euerfa iurisdictione, ius dicentis, vt per Bald in d. l. 2. circa princip. & Ias. in paratit. l. cod. rit. num. 1. 2.

An vero (idque vt supra dictum, secundo loco) recte ad Cameram sit appellatum? Censeo, ex actis non minus liquidum esse, ad possessoriam bonorum hereditatis petitionem, & decretam immisionem, & demum per sententiam ex iudicio familiae herescundae, & in contumaciam iniuncta hereditatis diuisionem, vim & effectum rei iudicatae assecutum esse, & ob id appellationi locum relictum non fuisse. Tum quod ista sententia sunt lata, vna quidem 7. Iulii Anno 73. Altera vero 26. Martii Anno 74. & statim Reis insinuat & certificata, vt earum notitiam adepti sint. Sed ab his non appellarunt; donec sequenti Anno executoriales 11. Augusti impetrati, & desuper exceptum atque pronunciatum fuerit. Tum quod sicut contumax, & exceptionem litis pendentiae opponere non potest, vt per Gabr. libr. 2. conclus. 1. num. 19. Marant. dict. loco. numero 25. Ita nec incompetentiae exceptio ab eo obiecta attenditur: siquidem contumax priuilegium & fori allegare non potest, sed in poenam suae contumaciae perdit, vt non possit opponere exceptionem declinatoriam fori, *Afflic. decis. 133. numer. 4. 5. Grauatius ad Vestrium lib. 3. c. 2. num. 24.* Ideoque nec ab eius exceptionis reiectione & appellari potest, propter veram contumaciae praesistentiam. Dicitur enim verus contumax, & qui legitime citatus tribus edictis, vel vno peremptorio, sciens non vult comparere *Marant. d. loco. n. 8. Grauat. lib. 3. c. 3. 22. 53.* Maxime vero, & si expresse id dicat: *Nepos a Monte, de except. rei, tit. 12. circa princ. Marant. verb. contumacia, num. 22.* Sed apertius iuris, quod & verus contumax non appellat, l. & post edictum, §. sciendum est, §. fin. de iud. *Marant. iam dict. loco, num. 17.* Idque maxime procedit in contumace & in non veniendo & non compa-

rendo, quia & hic maior est contumacia, l. ex con- sensu, §. final. de appellat. l. 1. Cod. quorum appell. non recip. late Decius consi. 33. n. 2.

Tandem, sicut ab executione non appellatur, ita & nec a sententia de exequendo: praesertim si ea pronuntiatio non nouum, sed idem grauame continet, *Marant. p. 6. verb. appellatio, n. 249.* & hanc communem esse dicunt *Anton. de Butr. Alex. Felin. Corn. Dec. Ruin. in locis relatis per Gabr. libr. 2. de appell. conclus. 4. n. 1. 2.*

His iterum non obstat, quod praetenditur, in puncto executionis & propositam esse incompetentiae exceptionem, id enim fieri non potuisse cum effectu supra ostensum est. Nec releuat, quod deserta appellatione & non deseratur nullitas: quia hoc casu non sequitur effectus deuolutionis nullitatis: obstat enim res iudicata, vt quia legitimo tempore appellatum non est, & sic & deficit medium deuolue de causa, & iurisdictionis fundanda. Integrum tamen est, principaliter nullitatem in iudicio proponere, & de ea agere. Nec videtur in vltima sententia pronunciatum super incompetencia principaliter, sed solummodo prior sententia declarata est, vt acta satis docent.

Tandem male obiicitur, Actorem ante sententiam, & in processu contumaciae nihil probasse: ideoque sententiam esse nullam, quia in dubio praesumitur sententia cum causa & cognitione, & non praecipitanter, sine probatione, prolata, *Vant. de nullit. rit. nullitatis ex defectu process. num. 33.* Est ius controuersum succedendi, & cognatio patrum praesumptiue per se liquida & indubitata: cui parim accedit confessio Appellantium in grauinibus, nec non effectus contumaciae, quo non volens respondere coram Iudice, & habetur pro negante, vel confitente, secundum quod est ei magis praesudiale, *Marant. d. loco, de contum. num. 30.* Quodque etiam sententia lata absque probationibus, & non sit nulla, cum non sint de ordine substantiali iudicii, teneatque sententia, & in rem transeat iudicatum, si ab ea non fuerit appellatum, quia ex iusta & vera causa lata praesumatur, probat & tenet *Vant. in iam citato loco, num. 38. 39.* Inde concludo, causam hanc ad hoc iudicium non deuolutam: sicque pronunciatum, & eam ad priorem Iudicem remittendam: quia nulla inhibicio est facta: (ita D. N. & O. sed male, quia non remittitur tali casu) *Cum refusione expensarum.* Saluis Dominorum, melius sententium votis. Ita placuit omnibus Dominis.

V O T V M XLIV.

In causa Comitum T. contra T.

S V M M A R I A.

1. Queritur, an recusatio Principis requisiri, iuxta Reichs Aufstrag faciat causam statim deuolui ad Cameram. Quod negatur.

2. Dispo-

- 2 Dispositio §. wo sich aber begeben/ titul. 8. lib. 2. der Reichs Ausråg/ qua.
- 3 Ordinatio iniungit requisito Principi absolute vt causam suscipiat & expediat.
- 4 Ordinatio Actori viam, siue facultatem compellendi Principem requisitū subministrat. Et hoc casu, causa ipso iure deuoluitur ad superiorem. n. 5.
- 6 Princeps Reus conueniendus, si intra mensem nollet nominare Principes, tunc compellendus venit, vel per impetrationem promotorialium, vel mandati cum clausula.
- 7 Actor vnde se hoc loco fundet.
- 8 Reorum defensio.
- 9 Modicum propter magnum præiudicium non curandum, & iustas causas impediendi.
- 10 Difficultas à mora & pœna excusat, & difficilia pro impossibilibus habentur.
- 11 Actor, quare in mora fuisse, & causam intricasse, videatur. Et Rei similiter. n. 12.
- 13 Ordinationis casus, quo causa deuoluitur ad Cameram, loquitur, cum mora solummodo est penes Reum.
- 14 Dispositio non est extendenda in effectum odiosum, præsertim quando vtrinque, & quidem maior culpa ex parte Actoris reperitur.
- 15 Rei quare in hoc casu ad certum tempus nominandi Principes, non fuerunt præcise adstricti, vt & nu. 16. 17. 18.
- 19 Ordinatio videtur disponere de primo actu nominandi Principes, non vero, quando interim exoritur impedimentum ex facto tertij, vel culpa Actoris.
- 20 Ordinationis litem, in §. Darauff soll der/ versic. vnd ob der erforn Commissarius, & c. exigit, vt defuncto Principe electo, alius Princeps nominatus ab ipso Actore eligatur, nulla facta mentione Rei.
- 21 Euentus, cuius nullus est effectus, frustra expectatur.

DVo principaliter hoc casu occurrunt dubia: Primo, An recusatio Principis † requisiti, iuxta Reichs Ausråg/faciat causam statim deuolui ad Cameram? Et videtur, quod sic, per iura, quæ de protracta & denegata iustitia promulgata sunt, vt per auth. vt differentis iudic. §. et si tamen contigerit, & in auth. statuumus, C. de Episc. & Cleric. ibi Dd. facit Ordin. titul. 1. in fin. & titul. 26. lib. 2. In specie vero, & singulariter in casu der Reichs Ausråg/ tit. 8. §. wo sich aber begeben/ lib. 2. facit quod refert Gail. obseru. 28. per tot. lib. 1. Sed licet hoc ipsum aliquando fuisse disputatum reperiam, & nonnullos dominorum censuisse, causam tali casu ipso iure deuolui ad Cameram: tamen per maiora diuersum esse cõclusum, & promotoriales decretas, in quadam causa Senatus zu Cölln/ contra Archiepiscopum ibidem. Sicque hæctenus obseruatum puto. Hic enim casus non est expressus in ordinatione. Et disponit allegatus † §. wo sich aber begeben/ in speciali casu, spoliū videlicet, & vbi Elector, siue alius Princeps, vel Fürstenmäßiger alium spoliauerit, & sit conueniendus. Et hoc videtur non obscure innuere litera ordinationis, dum iniungit † requisito Principi absolute, vt causam suscipiat & expe-

diat: sicque Actori viam, † siue facultatem compellendi ipsum subministrat: aliter, quam si Reus siue conueniendus nollet intra mensem nominare Principes: quia hic expressam dispositionem habemus: quo ipso iure † causa deuoluitur ad Superiorem. Ibi vero compellendus venit Princeps, vel † per impetrationem promotorialium, vel † mandati cum clausula, vt receptum & frequentatum est, Gail. obs. 18. lib. 1. num. 3. Deinde fauor legis siue constitutionis, qua Reis beneficium primæ instantiæ confertur, facili arte posset eludi. Imo frustra imposta esset à lege, necessitas recipiendi causas, si hoc factum recusationis effectum inferret deuolutiuum: quæ duo simul existerent nõ possunt. Sicque tali casu Reus amitteret beneficium legis, non sua propria culpa & mora, sed facto tertij. Inde diuersum hisce casibus obseruari voluisse status sentio.

Secundo principaliter dubitatur, An post requisitionem Actoris, talis mora, siue culpa, in nominandis tribus Principibus, penes Reos existat, vt per id causa huc deuoluta sit?

Actor se hoc loco fundat † ex eo, quod ad literas requisitoriales, de dato 16. Augusti, Anno 77. Rei intra tempus debitum non scripserint ad Lād grauium, & ex sua parte ipsum non requisierint. Sed vltima Augusti, & 2 Septembris, solummodo schedulas, & vt vocant, recepisse, nunciis dederint, & tandem 18. Nouembris attendarint, siue curarint insinuari nouam nominationem Commissariorum Actori, quam recipere detrectarint. Quia causa non solum ob hoc ad Cameram deuoluta, sed etiam processus iam 31. Octobris ibi impetrati fuerint. Imo simus nunc in terminis tituli, ex quib. caus. ad eund. sud. eatur. Et sit causæ continentia non diuidenda.

Rei vero è diuerso obiiciunt, † se satisfecisse ordinationi, rite nominando Commissarios: sed per obitum electi Commissarii, causam rediisse in statum, quo fuit ante requisitionem. Ad nouam requisitionem iterum nominatos esse tres Principes: & licet nominatio paucis diebus serio secuta forte sit, tamen hoc modicum † non curandum, propter magnum præiudiciū, & iustas causas impediendi. Esse enim plures corceos, die zum theil vber dreysig Weyl von einander jhr Hoffhaltung haben / non potuisse tantillo tempore von jhnen die Vergleichung erlangt werden. Sed difficultatem † à mora & pœna excusare, & difficilia haberi pro impossibilibus, per iura vulg.

His ita collatis, video vtramque partem in mora fuisse, † & causam intricasse, quo minus recte processum sit. Actorem, quia serio non insisterit, vt nominatorum Principum, alter post alium vigore ordinationis processerit, sed aliam viam minus conuenientem susceperit. Rei vero, † prout Actor obiicit, quod non statim scripserint ad Lād grauium, facta requisitione ab Actore. Sed casus ordinationis, quo † causa deuoluitur ad Cameram, loquitur, cum mora solummodo est penes Reum. Non ergo extendenda dispositio est † in effe-

S V M M A R I A.

14 ¶ in effectum odiosum, præsertim, quando vtrinq̄, & quidem maior culpa ex parte Actoris reperitur.

Deinde, Reiad nouam requisitionem magis superflua quam necessario, de nouo nominarunt tres Principes, quo significare voluerunt, se adhe-
suros beneficio primæ instantiæ.

Hinc est, quod nec præcise adstricti fuerunt
15 ad certum tempus nominandi, imprimis, ¶ cum verisimilia & legitima impedimenta allegentur, distantia videlicet locorum, & longinquitas habitantium Reorum Comitum: prout & ordinatio, ¶ vbi mensis spacium statuit, loquitur, quando vnus Reus, vel conueniendus requisitus est.

Secus ergo, vbi ex iusta causâ & impedimento, vt iam dictum, maius tempus requiritur. Ad quod

17 facit ¶ Ordinatio. §. wîrde aber/ titul. 30. partit. 2. vbi in prorogandis iuris terminis, fatalium videlicet, loci distantia ratio habetur. Et specificè in casu

18 der Reichs Ordnung vñnd Aufstrâg / ¶ videtur interuire textus §. vñd soll derselbig/ titul. 8. lib. 2. vbi in casu spoliu finiendo intra anni spacium, & sic citius, quam aliæ causæ, tempus mensis, ad nominandos tres Principes, ob legitima impedimenta extendi permittitur ad sex septimanas. Multo igitur magis ea ratio obtinere potest, etiam in casibus, tam succinctum processum non exigentibus.

19 Videtur etiam ordinatio ¶ disponere de primo actu nominandi Principes, cui hoc loco notorie satisfactum est: non vero, quando interim exoritur impedimentum ex facto tertii, vel culpa Actoris.

20 Denique litera ordinationis, ¶ in §. darauff soll der versich. vñd ob der ex form Commissarius, &c. exigit, vt defuncto Principe electo, alius Princeps nominatus, ab ipso Actore eligatur, nulla facta mentione Rei. Imo licet quis putet, hoc non stringere: tamen adhuc obstat iuris axioma: Frustra expe-

21 ctatur euentus, ¶ cuius nullus est effectus, iuribus vulg. c. cum contingat, de offic. deleg. Franc. c. peruenit, de appellat. Constat enim ex documentis numer. 21. 22. Landgrauium bis se excusasse, & perseveranter (vt ipsemet Actor fatetur) petitionem suam, quâ Rei (testante instrumento nominationis, numero 6.) expresse ratificarunt, denegasse. Denique nec dubium facit, prætenfa causæ continentia diuisio. Licet enim plures sint Rei conuenti, hi tamen omnes (vt ex actis satis constat) in vnum Iudicem eligendum per Actorem, iuxta Aufstrâg / consentiunt. Nisi itaque dominis placuerit, litium materiam amputare, & emanatos processus sustinere potius, quam Reis primam instantiam indulgere, meo voto pronunciarer, cassandam citationem, & partes ad Commissarios, siue Iudices, vermög der Aufstrâg / remittendas esse. *Saluis Dominorum votis.*

D. Q. & R. concludunt cum Referente.

P O T V M X L V.

In causa S. contra L

1 Exceptio litis pendentia & causa non diuidenda, quod fundata sit. ex quo patet. & n. 2.

3 Dominus vtiliter pro se & subditis, quando vel spoliatur, vel pignoratur, & domino simul sua possessio & iurisdictio detrahitur, agere potest.

4 In Camera quotidie multi processus, tam mandata, quam citationes, dominis in causas subditorum decernuntur.

5 Causa eadem, inter easdem personas, propter connexitatem euidentem, diuersis processibus agitari non debet, & quare. n. 6 7.

8 Exceptio litis pendentia, qua etiam hoc casu locum habet, impedit litis ingressum. & n. 9.

10 Iudici bono incumbit, resque publicæ interest litium materiam amputare, & præcauere, ne lites in immensum crescant. & n. 11.

PRImæ citationis, (den grossen Weydgang bestrefft) quod exceptio litis pendentia & causa non diuidenda, si fundata, & patet ex eo, (& primo, quoad factum der sechs abgepfändtẽ Pferd) quod seipsum mandatum impetratum est, ratione ipsiusmet facti, quod contigit 7. Maii, Anno 77. Quodque in hac causâ primæ citationis, iterum in iudicium & discrepationem deducitur. Articuli enim elisiui, septimi mandati, vt puta 3. 4 5 6 7. per omnia concordant cum articulo 2. 3. 4. 5. 6. libelli primæ citationis, vbi pariformiter ducitur ius Actorum Reichshouensium, & insuper facta pignoriatio & turbatio. Est & petitio vtrobique omnino eadem. Nec possunt dici personæ diuersæ, cum in dicta mandati causâ, Episcopus Argentoratensis, tâquam directus Dominus, omnium iurium atque proprietarium, dicti oppiduli, tam iurisditionis & sui directi, quam etiam subditorum vtilis dominatione, quoad ius pascendi, & mandat impetrauit, & iuxta naturam interdicti, vt possidetis, petitionem instituit, vbi & omnino eadem probationes vtrique futuræ sunt. Sicut & eadem omnia in pignoriatoris articulis causis, præsertim 36. 50. articulis, & in petitione ibidem proponuntur & aguntur. Inde constat, quod septimum mandatum ex nulla alia causâ, nisi ob pignorationem 7. Maii Ann. 77. factam, impetratum sit, de quo facto & iure rursus in hoc libello agitur.

Ad alterum factum (des abgepfändten Rindviehs) quod attinet: Ex actis octaui mandati patet satis liquet, plane super eodẽ facto & iure rursus actionem institutam: prout collatio septimi, 8. 10. 11. 12. 18. 19. elisiui (octaui mandati) cum octaui, 9. 10. positionali huius causæ, satis denotat. Nec vlla ex parte, petitiones vtriusque processus discrepare videntur. Res & personæ eadem vndique expresse nominantur. nec per viam elidendi, siue per defensionales aliud vel inducitur, vel decidi petitur.

Confessio partis, quoad Viehleger / non sufficit ad causandum separatum processum, quia decisio

Q q causa

causæ octauæ mandati, planum faciet mandatum huius puncti, & sententia eiusdem, pariet etiam hic exceptionem rei iudicatæ, id quod aperte fatetur Reus in suis duplicis, *sub num. 7.* Cum itaque in causis mandatorum, & in hoc processu primæ citationis, super eadem re, siue iure, ex eodem facto, iisdem narratis & articulis, & per eadem petita litigetur: & dominus Episcopus æque principaliter, ratione iuris pascendi, vnd des^r Kùhlegers/ auff dem Großwald/ in vsum subditorum, quam suæ iurisdictionis prætenstæ, & directi domini, 3 mandata extraxerit. Agit enim dominus † vtiliter pro se & subditis, quando vel spoliatur, vel pignorantur, & simul domino sua possessio vel iurisdictionis detrahitur, textus est in *c. 5. de dilat. & ibi Innoc.* Potest enim per hoc perdere suam iurisdictionem, *l. inter quos, §. damni, de damno infect.* Faciunt notata per *Gail. obser. 125. lib. 1. num. 5.* vbi dicit: quotidie multos processus, † tam mandata, quam citationes, dominis in causis subditorum in Camera decerni. Ita vt eadem causa, † inter easdem partes, propter connexitatem euidentem, diuersis processibus agitari non debeat, ne vnum idemque factum, † pluribus impetitionibus, ad eundem finem tendentibus, frustra inquietetur: neve 7 diuersis processibus, † de eodem facto & iure, contrariæ ferantur sententiæ. Ideoque tali casu † habet locum exceptio litis pendentiæ, *l. 1. & 2. Cod. de ord. cognit. c. cum dilectus, & c. tuam, de ord. cognit. Socin. cons. 38. colum. 4. num. 7. vers. nam est, volum. 4.* Quæ 9 impedit † litis ingressum, *l. vbi acceptum, de iudic. leg. nulli, Cod. de iudic. cum concordant. vt notat Gail. obseruation. 32. numer. 4. lib. 1.* Et incumbit bono † Iudici, rei que publicæ interest, litium materiam amputare, *§. 1. ibi Bart. vers. venio ad vnum. C. de nouo Cod. fac. facit l. properandum, in princ. C. de iudic. & præcauere, 11 ne † lites in immensum crescant, l. apertissimi, Cod. eod. tit.*

Concludo, hunc processum esse superfluum, & Reum à citatione absoluendum: *Compensatis expensis.* Posset tamen referuari deductio sui interesse, si voluerint Actores, & sibi vtile visum fuerit.

D. Bq. putat, tutius esse vt cassetur citatio, quæ absoluatur à citatione, & vult eos remittere ad causas mandatorum: *Compensatis expensis.*

D. I. D. Q. item Dn. R. concludunt cum Referente.

V O T V M XLVI.

In causa M. contra S.

S V M M A R I A.

- 1 Exceptionis obiecta præcipua fundamenta in hoc casu quæ & n. 2. 3.
- 4 Ad iurisdictionem fundandam, diuersæ summæ coniungi, & census, siue pensiones cum sorte cumulari possunt.
- 5 Priuilegium Hamburgense quæ verba contineat; eorumque verborum effectus quis n. 6.

7 Libellus qualis est in causa principali talis est in causa appellationis.

8 Iudex appellationis non cognoscit, nisi de eo, de quo cognouit Iudex causa principalis.

9 Pars sibi imputet, qui talem sibi patronum elegit, vel quod non correxit errorem, sed potius eadem petita in processu iterando ratificauit & accepit.

10 Præscriptionis punctus pertinet ad causam principalem.

11 Priuilegiorum ratio quoque habenda, & qualiter.

Submissum in puncto non deuolutæ appellationis. Præcipua fundamenta obiectæ exceptionis sunt: Primo, † summam libelli primæ instantiæ non esse conformem priuilegio Hamburgensi, quod est 600. Goldgülden. Secundo: † nec satisfactum esse priuilegio, per præstationem iuramenti appellationis, siue calumniæ. Tertio: nec vigore † eiusdem cautum esse ratione expensarum. Denique de meritis causæ principalis, quædam annexit: inter cætera vero de exceptione præscriptionis.

Quod ad secundum & tertium attinet, res nunc est expedita, quia per documentum, numero 12. 13. eis requisitis iam satisfactum est. Sed contra primam partem exceptionum replicatur: causæ controuersæ summam, Hamburgensi priuilegio non inferiorem. Licet enim procurator primæ instantiæ in libello per errorem petierit summam 600. Marck / mit sampt dem interesse, debuerunt tamen ea simul melius specificari, prout & acta priora satis ostendunt, quod per Actorem semper, neben der Summa der 600. Marck / auch auff die ganz Rechnung der ganzen Societæt getrungen worden / vult in processu causæ deducere maiorem summam, quam priuilegium postulat: quia in prioribus actis non editas rationes, ab Anno 56. vsque 62. si summæ, quam quisque sociorum primo contribuit, addantur interesse cuiusque anni, vsq; ad Annum 80. longe maiorem fore priuilegii summa.

Verum his posthabitis, prælibatas exceptiones præualere censo, in confesso enim est, ex producto, numero 14. fol. 8. prout & copia priuilegii (cui non obloquitur Appellat) imo & eius insinuatio correspondet, priuilegium continere 600. Goldgülden / sed libelli petitio, non nisi 600. Lübsch Marck / id est, 300. Thaler / Hauptsumma / sortis, continet, prout patet ex folio actorum 3. & fol. 19. Et licet ibidem interesse quoque petatur: tamen id ipsum non, nisi ad 383. Marck æstimatur, fol. 16. 17. actorum, quæ summa, si adiciatur sortis principali, nondum attingit dictam priuilegii summam 600. Goldgülden / deficiunt enim 60. si rite computetur.

Hinc constat, minus apte allegari, quod notatur ex *l. si idem cum eodem, de iurisd. omn. iud. vt & Gail. refert obseruat. 123. libr. 1. num. 2.* Ad hoc, quod diuersæ summæ coniungi, † & census, siue pensiones cum sorte cumulari possunt, ad fundandam iurisdictionem.

dictionem. Aliud enim ostendit litera ordinationis, titul. 28. libr. 2. Imo & d. privilegium apertis verbis est limitatum, ad 600. Goldgulden / der Hauptsachen. Loquitur & allegatus textus in l. si idem cum, de sorte princip. diuersarum summaru, vel, quod loco fortis principalis, aut simul cum ea, specificè in libello petitum est, vt sunt certi annui redditus, siue pensiones.

5 Continet etiam d. privilegium hæc ꝑ verba, Da die anfänglich Klag oder Hauptsach / nicht vber 600. Goldgulden Rheinisch / in Geldt. Quæ verba ostendunt, ꝑ non releuare Appellarem, si in secunda instantia velit forti principali, vel summæ, addicere interesse, vt per hoc conformis fiat privilegio.

6 Accedit, quod & iuris est, appellationem naturam litis non mutare debere, Clem. sape, de verb. signif. Clem. dispendiosa, de iud. Et qualis ꝑ est libellus in causa principali, talis est in causa appellationis, nec cognoscit Iudex appellationis, ꝑ nisi de eo, de quo cognouit Iudex causæ principalis, Bar. in l. l. c. si aduersus libert.

7 Neque his obstat, quod prætenditur, procuratorem non recte petiisse in libello primæ instantiæ. Imputet enim sibi pars, ꝑ quod talem sibi patronum elegit: vel, quod non correxit errorem, sed potius eadem petita in processu iterando ratificauit & acceptauit, vt ostendit die Probationsschrifft in actis fol. 13.

8 Sic & punctus præscriptionis, intempestiue iam inducitur. Pertinet enim ꝑ ad causam principalem: & ostendit extractum statuti Hamburgensis, in fine exceptionum, contra deuolutionem adscriptum, id ipsum Appellantes parum releuare.

9 Concludo itaque pronuntiandum, causam non deuolutam, non remittendam, quia non inhibitum, vt & Hamburgenses petunt in missiua, num. 6. Cum expensis.

10 D.L. non vult remittere: & compensare expensas.

11 D.P. Müssen sie bey dem privilegio bleiben lassen / werden sonst die census & pensiones ad summam capitalem, siue sortem geschlagen: secus tamen de expensis litis. Habetur & ratio ꝑ privilegiorum, an sonent de Hauptsachen / vel simpliciter dicant: Da die Sach nit vber die Summ der 600. Goldgulden. Non vult remittere, quia non inhibitum: Compensatis expensis.

Saluo.

V O T V M XLVII

In causa Nobilium I. & X. contra S.

Con-Inter- & Reconuentionis.

S V M M A R I A.

1 In hoc casu omnium submissionum propositarum, quatuor occurrunt principaliter consideranda; & quæ vt num. 2.

3 Actio interuentionis, ex qua motiua per interlocutoriã, hoc casu videatur admissa.

4 Disceptatio harum partium, per que satis perimi videatur. & n. 5. Contrarium, n. 6. 7.

8 Litis definitio in hoc casu quare differenda, donec de iure tertij appareat. & n. 9.

10 Causa cognitio, ob difficultatem & quodammodo impossibilitatem conspicuam, sicut & executio, est differenda, donec plane de iure tertij oppositoris apparet; idque quare tanto magis in hoc nostro casu locum habere videatur. n. 11.

12 Considerandum, in hoc casu, quid veniat secundo.

13 Ad denegandam commissionem, ad perpetuam rei memoriam, quibus rationibus fuerit adductus. & n. 14.

15 Articuli, quando Iudex dubitat, an sint releuantes, admitti debent, cum clausula, Saluo iure impertinentium & non admittendorum.

16 Superfluum admittere securius est, quam necessarium omittere. Et pars illa eligi debet, quæ litigantibus minus est onerosa, & per quam vtrique parti consultatur. n. 17.

18 Disceptatur inter Dd. An & quando, publicatis attestationibus, tertius possit super iisdem articulis alios testes producere.

19 Infans, & in pupillari ætate constitutus, ignorantis comparatur.

20 Restitutionis punctus in integrum hoc casu, quare superfluus. & n. 21.

22 Rei ex quo iure omnes suas defensiones, in hac causa, proposuerint.

23 Iudex ex officio, nullo opponente, agentem vel excipientem, vbi eius non interest, repellere potest.

24 Exceptio de iure tertij non releuat excipientem, nec potest se quis defendere ex iure tertij.

25 Actus omnis regulatur in fine, in quem dirigitur.

26 Iniuria procedentes ex aliquo actu, super quo litigatur, non possunt prosequi, nisi post litem illam finitam.

27 Actiones iniuriarum, ne tempore vel morte pereant, licitum est, contestando litem, eas in tutum redigere.

28 In Camera receptum est, vt in eiusmodi causis iniuriarum, citationes decernantur, & vsque ad litem contestationem processibus locus detur.

29 Causa subesse possunt, ex quibus der Landfriedbruch excusatur, & actio iniuriarum firma manet.

30 Actio iniuriarum absoluto Reo ex hoc non fundatur, vel præiudicium parit, quin Actores in hoc se defendere possint.

Inter omnes submissiones ꝑ propositas, quatuor occurrunt principaliter consideranda. Primo, ꝑ An causa conuentionis inter primordiales Actores, & Reos, finaliter conclusa, ante omnia debeat decidi, non expectato fine causæ, siue puncti interuentionis?

Actores quidem id magnopere efflagitant, nec aliter fieri posse, ex iuris de positione contendunt. Id quod ex crebris supplicationibus, ad dominum Iudicem, nec non ab eis, iudicialiter petitis satis conspicuum est.

- Verum è diuerso prætenditur, interuentionis
 3 actionem per interlocutoriã esse admissam, † sine
 dubio ex ea motiua, quod præsumptiue, & quodammodo ex facti euidencia visum est, eam fundatam esse, quod Actores, concludendo in causa conuentionis, studio processum puncti interuentionis anteuertere intendant. Sed videtur, hanc
 4 partium disceptationem † satis perimi per ea, que dicit *Innoc. in c. veniens, de testib. & Alexand. ad Barrol. in addit. in leg. is à quo, de rei vendic. Bald. in cap. 1. §. duo, de pace tenend. Secutus Innoc. in d. cap. veniens, vbi volunt,*
 5 differendam esse litis definitionem, donec appareat de iure tertii oppositoris. Ei tamen decisioni repugnat *tex. in d. l. is à quo, & text. in l. penult. de petit. hered. & quod nor. Ang. in leg. si suspecta, de inoffic. test. Rota decision. 4. de iudic. in antiq. Felin. c. cum super, de sent. & re iudic. numero 17. vbi decidunt, † non esse impediendam definitionem, neque examinationem litis, quæ inter duos tractatur, ex eo, quod tertius seipsum opponat, & petat rem litigiosam sibi dari. Ideoque nihilominus admittendam ad proprii
 7 iuris probationem, † absque læsione illius status, in quo causa inter Actorem & Reum versatur. Quia vero & hæc decisio quasdam admittit modificationes, putarim (posito, quod interuentionales ad probandum admitterentur) nostro casu differendam esse litis definitionem, donec apparet de iure tertij.
 8 Constat enim ex actis, † causas actionum & defensionum, respectiue, tam con- quam interuentionis, ita coniunctas esse, vt non, nisi cum magna difficultate, intricatione, rixatum & confusionũ materia in cognoscendo & exequendo, separatio processus, siue decisionis fieri possit. Imo non
 9 sine præiudicio irreparabili, † vel male reparabili: id quod ex circumstantiis rerum controuersatum, & qualitate litigantium, facile colligi potest.*

Sed quando talis difficultas, & quodammodo impossibilitas conspicitur: tunc cognitio causæ, † sicut & executio, differtur, donec plane de iure tertii oppositoris apparet, vt per *Alexand. in consil. 17. num. 7. vol. 1. & Fel. in d. c. cum super, de sent. & re iud. num. 17.*

Accedit & difficultas, ratione prothocolli iudicialis, in quo promiscue, trium causarũ, con- inter- & reconuentionis acta designantur, quæ vix separari, & vna ad referendum dari potest, dum adhuc agitentur processus in reliquis præsertim interuentionis causa, cuius decisio omnino con- nexa, & eadem est cum prima, vt dictum.

- Idque tanto magis locum habet nostro casu,
 11 cum † oppositio per interuenientem facta sit, longe ante testium publicationem, vel conclusionem in causa Ad quam sententiam etiam inclinare videtur *Couarruu. qui alias contrarium defendit in c. 14. pract. quest. num. 4. in fin. Sunt & ipsi Actores non modicum in culpa dilati processus, cum ab Anno 73. quo proposita est interuentionis, & dati articuli ad probandum, cum petitione cõ- missionis, &c. ipsimet sese frustra opponendo,*

causam vtramque retardarint, & litis contestationi, & probationi articulorum, quod interim facile expediri potuisset, hætenus restiterint.

Cum itaque testes specificati, quorum numero pauci sunt, non magis o spacio tēporis, & sumptu, etiam ob paucitatem articulorum probandorum, & dehinc alia processus necessaria expediri possint: puto commodius, & quidem necessarium fore, vt, siue conuentionis prima decidatur, denegata probatione, siue interuentionis ad probandum admittatur, cognitio vtriusque actionis, differatur donec & in altera causa cõclusio fiat: id quod interuenientes maturare velle, non obscure ex nouiter productis consequitur, & in præfixione terminorum attendi & promoueri potest. Saluo tamen iudicio Dominorum. Quia & D. Junck/ cum Anno 77. referret ex his actis, putauit causam conuentionis decidendam, & non expectandam conclusionem alterius puncti.

Secundo, considerandum occurrit, † an articuli interuentionales & additionales, ad probandum sint admittendi. Examinatis itaque articulis, qui ad probandum admitti petuntur, facile apparet, eos, qui in facto consistunt, fere omnes pure confessionatos, & ita, sicut & reliqui, qui in iure consistunt, nulla probatione indigere, ne superflua & impertinētia concedatur, & inutilibus probationibus & sumptibus partes grauentur, *Specul. in tit. de probat. §. 10. n. 1. Imo & lis siue causæ processus proteletur, & quodammodo immortalis reddatur.*

Verum quibusdam rationibus moueor, vt putem, eos admitti posse, & debere, cum clausula consueta, saluo iure impertinentium, & non admittendorum: partim quia intelligo ex prothocollo Notarii, quod prior Referens, imponendo litis contestationem, simul etiam articulos ad probandum admisit. Denegando enim commissionem ad perpetuam rei memoriam, expressis verbis eam assignauit rationem, quod videlicet † in-
 12 terueniens sit in ordinario processu, & sic vulgarem commissionem petere debet. Moueor etiam, quod † quidam articuli, in facto consistentes, sunt negati: qui si probarentur, aliquid ad causam facere possunt. vt puta tertius, quo loco Actores primarii negant, interuenientem, proximam esse heredem Iohannis Iunioris. Item 18. art. vbi in effectu negant, interuenientem adiiisse hereditatem, & sic intendunt, actionem sibi non com-
 14 petere.

Prætenditur etiam, quod duo additionales probati, aliquid cõmodi sint habituri. Sed quando non satis constat, imo Iudex dubitat, † an articuli sint releuantes, tunc admitti debent, cum clausula, *Saluo iure impertinentium, & non admittendorum, &c.* Quia securius est, † superfluum admittere, quam necessarium omittere: imo debet illa pars eligi, † quæ litigantibus minus onerosa
 17 est, & per quam vtrique parti consulitur, per allegata à *Gail. obseruat. 81. numer. 7. 8. lib. 1. Et licet inter*
 18 *Dd. disceptetur, An & quando, † publicatis atte-*

stationibus, tertius possit super iisdem articulis, alios testes producere: quia tamen hic interueniens, tempore coep̄t̄ litis, in fans, † & cum darentur interuentionales. In pupillari etate, sicque ignorantis similis fuerit, putō, d. publicationē non remorari hanc probationem, per distinctionem Bart. in l. si per lusorio, §. 1. de appel. refert & tenet Gail. obs. 71. n. 12. lib. 1. Concludo, tutiorem viam esse, vt admittantur.

Quoad punctum euentualis restitutionis in integrum, putō, † eam superflue peti: licet enim cessio legitima facta, & per omnia valida esset, ita vt cedens nec agere, nec transigere, nec reuocare eam possit, præsertim obstantibus his, quæ enumerantur in l. 3. C. de nouat. & not. Guid. Pap. decisione

21 330. post princip. videlicet, † quando lis est contestata per cessionarium, vel aliquid est acceptum de eo, super quo facta fuit cessio: vel quando possessori denunciatum sit, ne rem domino restituat.

Quia tamen ex omnibus actis satis liquidè constat, Reos non ex iure cesso, sed ex proprio, † ipsi matri competente, omnes suas defensiones proposuisse: sicque nec vilem, nec directam actionem, siue defensionem, ex cessione præsentam: imò ipsius cessionarii præscitu, & expressa permissione, tertium interuenientem, suum ius deduxisse, vt patet ex producto 1. Septembr. Anno 74. Quo ipso cessionarium non nihil de iure suo si quod habuit, remisisse, intelligi potest.

Item, quod nihil interest obiiicientium eam cessionem, siue Rei, siue interueniens obtineat in causa: quia vtrinque, tam defendendo, quàm interueniendo, ad eundem finem, exclusionem videlicet, ab hereditate controuersa agitur. Et potest

23 Iudex ex officio, † nullo opponente, repellere agentem, vel excipientem, vbi eius non interest, vt latè per Blanch. de compromiss. p. 4. except. tua non interest, nu. 100.

Item, quod exceptio respicit ius tertii, cessionarii videlicet, & non ius obiiicientium eam cessionem. Ideoque meritò non attenditur. Exceptio enim † de iure tertii, excipientem non releuat, nec potest quis se defendere ex iure tertii, Bartol. & Castrens. in l. 1. & 2. de excep. rei iudic. Bald. in l. si cui, de non num. pecunia.

25 Accedit, quod omnis actus † regulatur à fine, in quem dirigitur l. si is qui in aliena, §. 2. verb. nemo enim, de acquirendo rerum dominio, l. verum, de furt. Sed Rei attigerunt hanc cessionē, non vt impugnent eam, vel eo ipso actionem interuenientis elidant, sed solummodò in finem detegendæ assertæ collusionis, & protelationis litis: prout ex Anzeig vñ Wittm. 89. aperte constat. Sed ea præsentio collusionis & protelationis, per dictam interlocutoriā 21. Ianuarii decisa est.

Concludo itaque, hoc casu non opus esse restitutione.

Quarto loco, quod ad reconuentionem spectat, certi iuris est, iniurias, † procedētes ex aliquo actu, super quo litigatur, non posse prosequi, nisi post finitam illam litem, l. siquidem, C. de iniur. Bartol.

in l. si quis, §. stellionarius, ad Turpill. Ne tamen actiones, † tempore vel morte pereant, licitum est, 27 contestando litem, eas in tutum redigere, inquit textus in l. ordinatur, circa princip. de lib. causa, l. si tibi seruitutis, C. eodem titulo, ibi Ioh. Fab. Estque receptū in hoc iudicio, † vt in eiusmodi causis, citationes 28 decernantur, & vsque ad litis contestationē processibus locus detur. Id quod reconuenienti etiam hoc casu fieri contendunt: neque permittitur vltterius, ante principalis causæ decisionem procedi. Quia tamen præsentæ iniuriæ non procedunt, siue ortum habent ex lite hic pendēte, sed ex aliis actibus, extra hoc iudiciū agitaris: sitque per sententiam proximam in hac causa, litis contestatio partibus iniuncta, & vt prothocollum Notarij ostēdit, in priori relatione, hi articuli, cū interuentionalibus, æquali iure censiti fuerint: & sic causa huius litis separatam habeat causam à principali controuersia. Lata enim sententia pro Actoribus, in conuentione, per hoc non plene præiudicatur Reo in reconuentione: quia possunt subesse causæ, † ex quibus der Sandfriedbruch excusatur, 29 & actio iniuriarum firma manet.

Sic & è diuerso, absoluto Reo, † non ex hoc 30 fundatur actio iniuriarum, vel præiudiciū parit, quin Actores in hoc se defendere possint: putō, separatim hic procedi & articulos ad probandum admitti, siue euentuales responsiones pro puris acceptari posse.

Saluis.

D. Q. Concludit cū Referente.

D. L. vult totam causam iam decidere, & vt detur ad referendum, quia in facto nihil aliud probari posse. Ideo non vult admittere articulos interuentionales, ad probandum. In causa reconuentionis non vult admittere ad probandum articulos. In puncto restitutionis, cum Referente concludit.

D. G. vt Dn. L.

D. Ql. vt Referens, &c.

V O T V M XLVIII.

In causa Episcopi T. contra ciuitatem P.

Mandati der Pfändung in puncto partitionis.

S V M M A R I A.

- 1 Narratio siue species facti.
- 2 Protestatio Reorum, in hoc casu, que vel qualis.
- 3 Partitionem Rei quibus obtulerunt. & nu. 4.
- 5 Sententia lata tener.
- 6 Partitionem sufficientem per solutionem des Weins für den Wagen vnd Wehr/ quare Rei recusarint.
- 7 Fundamenta Actoris in hoc iudicio que. & num. 9. 10. 11.
- 8 Sententia auff vngnugsamen Bericht ergangen/ in Camera, si vlterior deductio fiat, aliquando solent reuocari.
- 12 Parendi tempus in arbitrium impetrantis, per verba,

Qq 3 Warri

- Wann vñnd zu welcher Zeit N. den Wein erfordern lassen.
- 13 *Incertus non est, qui ad quodlibet momentum certificatus est.*
- 14 *Certitudo in cuiusvis arbitrio absolute residet.*
- 15 *Parendi viam, qui omni tempore, nullo excepto, pādit, plus permittit, quā qui id restringit & limitat ad certum diem.*
- 16 *Dictio, Omne & totum, nihil excludunt, & quamlibet temporis partem continent.*
- 17 *Paratus semper soluere, quolibet tempore se offerre dicitur.*
- 18 *Rei quod liberaliter Actori permittunt, in odium & damnum ipsorum non debet conuerti.*
- 19 *Dubitatio, resolutio eius. nu. 20. 21. 22.*
- 23 *Vinum & plaustrum cur non possit dici vnum corpus esse. vt nu. 24. 25. 26. 27. 28. 30.*
- 29 *Res corporalis qualibet est diuidua.*
- 31 *Gallus gallinaceus plaustro insidens, non sunt vnum corpus.*
- 32 *Actibus in cunctis dominatur voluntas.*
- 33 *Homines quicquid agunt, intentio iudicat omnes.*
- 34 *Interitus prima causa si cessat, cum etiam cessat illatio ad eius interitus effectum.*
- 35 *Periculum rei interitus non transferendum in eum qui rem non pignoraui vel detinuit, idq, tribus rationibus confirmatur, vt nu. 36. 39. 43.*
- 37 *Causa debet precedere effectum.*
- 38 *Principale si non fuit in obligatione restituendi, tunc nec id, quod eius loco succedit.*
- 39 *Oblatio rei debita facta, loco & tempore congruis, liberat ab interitu rei.*
- 40 *Moram posteriorem nolenti accipere oblationem nocere equum est.*
- 41 *Oblatio fieri dicitur loco congruo, quando fit in loco, in quo facienda est solutio.*
- 42 *Creditor recipere recusans tenetur à tempore morae, ad recipiendum estimationem rei, quanti minimum post moram fuit.*
- 44 *Obligatio restituendi, si vigore mandati, &c. est alternatiua, & sic vtrumque, tam vinum, quam precium est in obligatione restituendi, tunc electio consistit penes debitum partitionem.*
- 45 *Obligatio sufficiens cum effectu intelligenda sit, necessario precium rei interitus, in non recipientem oblationem remoueri debet.*
- 46 *De mora commissa effectu vbi agitur, alterum intendi oportet, vt ibid. nu. 47. 48.*
- 49 *Offerens quod non fuerit in culpa vnde constet. & num. 50. 51.*
- 52 *Oblatio partitionis quare recipi noluit.*
- 53 *Instrumentum partitionis non continet tacitam vel obliquam confessionem pignorati. Vnde pateat num. 54. 55.*
- 56 *Confessio Reorum, in hoc iudicio facta, ex quibus constabit. & nu. 57.*

FActum tale. OberEhenheimenses † prætendunt, se habere ius ex priuilegio, ab Imperatore & Regibus exigēdi, & recipiēdi den Weg vñ Brückenjoll à singulis rhedis indistinctè, 4. Pf. id

est, 2. Kreuzer. Cum itaq; Episcopus, 22. Iunii ex d. oppidio intenderet etlich beladē Wāgen mit Weingen Zabern zur Hoffhaltung führen zu lassen / oppidanos exegisse vectigal, rec. santibus officialibus Episcopi. Conuentum inter partes, daß ein Wagē daselbst/biß zu Auftrag der Sachen gelassen werde / doch also daß die Pferd fortgeschickt vñnd der Schaffner den Wein / so auff dem Wagen / in sein Gewahrsam neme / dann oppidani die Pferd vñnd den Wein mit nichten auffzuhalten gemeint seyen. Cum verò postea sententiam & promissum mutaret der Schaffner daselbst / protestati sunt oppidani, 25. eiusdem, † daß sie den Wein nicht auffgehalten noch gepfändt / wollen auch nichts damit zu thun haben. id postea 7. Iulii, per Notarium & teltes fecerunt insinuari Episcopo, siue eius Consiliariis, zu Zabern. Impetrato itaque mandato in Camera, Reisq; 2. Augusti eo insinuato, obulerunt hi partitionē, statim post, scilicet 3. Augusti, primò, dem Schaffnern / & officialibus: hoc modo: q̄ velint den Wagen vñnd Wein / an den sie nie Anspruch gehabt / welchen Wagen sie auch nie begeret sonder wider ihren Willen / an statt des schuldigen Zolls hinderlassen worden / frey passieren vñnd folgen lassen.

Deinde 13. eiusdem † (cum dicti officiales reculassent accipere oblata) etiam Domino Episcopo, hoc modo: Ein Nakt thue sich vnterthänig erbieten wann vñnd zu welcher Zeit jemand den hinderlassenen Wagen vñnd Wein von ihrer Fürstlichen Gnaden wegen erfordert / cum cautione, &c. daß der Nakt ihres Theils zu pariren willig.

Cum verò Episcopus, ob non factam partitionem (quod videlicet certa dies non esset à Reis designata) pro declaratione pœnæ, & arctioribus processibus instaret, lata est sententia 7. Februarii Anno 80. Läßt man es bey dem instrumento partitionis beschehenem erbieten bleiben 15. Martii post, Actor misit ad Reos, & petit sufficientem partitionem, per solutionem des Weins für den Wagen vñnd Wein. Sed hi recularunt: quia nunquam arrestarint, † quin potius contra id protestati fuerint, vigore dict. instrumenti, Actori insinua i, wollen mit dem Wagen vñnd Wein nichts zuthun haben / habē also beyde Theil / den Wagē vñnd Wein / wie von dem Schaffner auffgeführt / an demselben Orth stehen lassen / bis er den 6. vñnd 7. Aprilis, selbst auß dem Saß geloffen.

Hoc ita eueniēte, petit iam impetrans sibi vini deperditi precium æstimandū, vigore mandati, restiui. Se fundat ex eo, q̄ † prior sententia ad Reorū narrata, vñ auff derē vngnugsamē Bericht / sit lata: Sed eiusmodi sententias † in Camera aliquando soleant reuocari, si vltior deductio fiat. Itē, † posito, ea sententia consistat: q̄ tamen adhuc debeatur, iuxta mandatū, plena partitio, cum per eam sententiā minimè sit sublatum debitum parendi. Item: † quod steterit per Reos, q̄ vinum perijt. Item: † & ipsimet confessi fuerint, se velle mandato parere, quod datur intelligi, vinum ipsum fuisse arrestatum, vel pignorum: Cui ad stipulatur emanatum mandatum, &c.

Primum

Primum fundamentum, non video melioribus rationibus iam niti; quam vt ante sæpe dict. sententiam prætensum est. Licet enim tempus 12 parendi in arbitrium impetrantis † per verba, Wann vnd zu welcher Zeit ihr Fürstliche Gnaden den Wein erfordern lassen/re. repositum sit: Tamen male præteneditur, certum tempus destinatum non 13 esse. Incertus enim † non est, qui ad quodlibet momentū certificatus est, & in cuiusvis arbitrio 14 † certitudo absolutè residet. Imò plus permittit, 15 qui omni tempore, † nullo excepto, pandit viam parendi: quam qui id restringit & limitat ad certum diem.

16 Facit, quod dictio, † omne, & totum, nihil excludunt, sed quamlibet temporis partem continent. 17 Sicut & semper paratus † soluere, quolibet tempore se offerre dicitur. Possent & alia à maiori, siue potiori argumentando adduci. Sed vt sim 18 breuis indignum esse puto, vt id, quod Rei † liberaliter Domino Actori permiserunt, in odium & damnum ipsorum conuertatur. Non itaque video, qua dexteritate sententia prius rectè lata, temere, & sine iustis rationibus reformari siue cassari debeat.

Quod secundo loco proponitur: videlicet, non obstante dict. sententia, Mandato adhuc parendum, &c. Omnino id puto verum esse: cæteris tamen patibus: Imprimis autem. Si vinum adhuc in sua bonitate existeret: Sed iam difficultas inde resultat, 19 Cum partes contendant, † post deperditum vinum inter se, ita vt hic exigat preciū, alter neget, cuius sit periculum eius interitus: Mea sententia non erit difficilis, si duo præsupposita vera statuuntur. Primo, † vinum non esse pignorum, 20 vel retentum pro solutione vectigalis. Secundo, † vinum illud, tempore factæ & insinuatæ protestationis, videlicet vigesimo quinto Iunii, & primo Iulii. Item, † tempore oblatæ partitionis, scilicet tertio, & decimotertio Augusti, nondum fuisse deterioratum. Dominus impetrans vtrum que horum negat: Sed nullas adducit directas probationes, inhærendo tantū nudis facti & iuris præsumptionibus.

Rei verò nituntur certis documentis, quorum contenta, in facto consistentia Dominus Actor in specie non negat, sed potius fatetur. Licet n. huius consilarii notario insinuanti, r. Iulii dixerint, Die Sachen seyen anders/ vnd nicht allerdings wie in dem Instrument vermeldt/ beschaffen: non tamen in specie ostenditur, vbi, & in quibus res aliter se habeat. Imo in duplicis. §. Vnd soll dis. & §. Das vbrige fürgeben/ non obscure fatetur ab initio facti, Reos professos & protestatos, prout instrumentum sub n. 8. continet: se nolle vinum, sed solummodo currum retinere.

23 Nec iustum & sobrium erit dicere, † plaustrū & vinum fuisse vnum corpus. Cum enim natura, substantia, quantitate & qualitate separabiles 24 & diuersissimæ res: Imò id vas vini, † eo quasi momento, eodem loco, plaustro separabiliter adiunctum sit, nemo dicet, ea esse vnum, vel

numero, vel re: nec totum, vel integrale, † vt domus: Vel vniuersale, † vt grex, peculium, vel generale, vt vestis, ornamentum: vel quantitatis, † vt octo, decem, &c. nec indiuiduum, † cum diuisionem realem admittant, & ad oculum vel intellectum res istæ diuidantur. Estque per iuris regulam, † qualibet res corporalis, diuidua. Et 29 habet id minus dubii nostro casu, ppter expressam declarationem, consensum & protestationem partium. Non ergo plaustrum & vinum impositum, erit vnum corpus.

Quid enim si gallus † gallinaceus insideat 30 † plaustro, an erunt vnum corpus, vt quocunque † volit Gallus, sequatur & currus, vel ablato Gallo, quis & plaustrum, necessitate consequentiæ, furatus dicitur. Idque tanto magis nostro casu, vbi constat de animo & intentione Reorum: quia Actibus † in cunctis dominatur sola voluntas: Quicquid agunt homines, † intentio iudicat omnes. 33

Nec mandati narrata sub initium his refragantur, sed potius plaustrum & vinum separant, si rectè inspiciantur, licet argutè postea ea copulara sint, & insuper mandatam emanarit. Non igitur censeo probatum: vinū simul cum curru pignorum fuisse, sed potius contrarium ex iudicialiter hætenus deductis liquere.

Secundum præsuppositum quam maximè dependet à primo, si enim vinum non est pignorum: Tunc, quoad quæstionem principale (cuius scilicet periculo res perierit) frustra quæritur, quando id factum sit. Si enim, quoad Reos, cessat prima causa interitus, † pignoriatio videlicet, tunc 34 etiam cessat illatio ad eius interitus effectum.

His ita præsuppositis, facile inferitur, periculū rei interitus, † non transferendum in eum, qui 35 rem non pignoraui vel detinuit. Hoc confirmant duæ, vel tres, firmissimæ rationes.

Prima designari potest ex iam dictis præsuppositis, † male enim petitur restitui, quod nunquam 36 fuit ablatum. Debet enim † causa præcedere effectum. Si ergo principale non fuit in obligatione restituendi, † vinum videlicet: tunc nec id, quod 38 eius loco succedit, precium scilicet.

Deinde † aperti iuris est (casu, quo nostri Rei vinum detinuissent) quod oblatio rei debitæ facta, loco & tempore Congruis, liberat ab interitu rei. Quia æquū est, inquit textus, posteriorē morā, † 40 nolenti accipere oblationē, nocere l. illud. de peric. & commo. rei vend. Dd. in l. qui Roma. de ver. obli. l. si solutus. de solut. Et dicitur oblatio † fieri loco cōgruo, 41 quando fit in loco, in quo faciēda est solutio, l. ob signatione. C. de solut. ibi Bald. & l. accepta. C. de vsur. put nostro casu de loco vllū dubiū nunquā est motum. Facit quod creditor, † recipere recusans, tenetur à 42 tempore moræ ad recipiendā æstimationem rei, quanti minimi fuit post morā: Bald. l. hominem, mandat. & d. l. acceptam.

Nec refricare hic opus est, quæ tam ex supra dictis, quam ipsa sententia, r. Februarii, super sufficienti oblatione lata, per se satis clara sunt.

Deins

- 43 Deinde † (iterum posito) vinum nostro casu
fuisse pignoratam : quia tamen obligatio restitu-
44 endi, vigore mandati, † est alternatiua, & sic utrū-
que, tam vinum, quam precium, sit in obligatio-
ne restituendi : Ideoque electio consistit penes
debetem partitionem : q̄ constat ex iuris regulis. Vt
45 itaque sufficiens oblatio, † cum effectu intelliga-
tur, necessariò debet periculum interitus rei, in
non recipientem oblationem remoueri : Quia
46 vbi agitur † de effectu commissæ moræ, oportet
47 alterutrum intendi, vt vel culpa, † siue mora fue-
rit penes eum, qui debet offerre partitionem, vel
48 penes eum, † qui debet recipere partitionem. Sed
49 offerens † non fuit in culpa, quod testatur d. sen-
tentia, & quæ permissa sunt : Ergo. Idque tantò
50 magis, cum offerens nec postea rem † ad se recepit,
d. l. acceptam. Alexand. in l. qui decem. de solut.
51 His tandem accedit, † quod emissio mandato
& oblata partitione, pignoratam rem tunc tem-
poris fuisse deperditam, vel deterioram redditâ,
nullibi, nec obiectum, nec probatum est : sed q̄
solummodo prætenfa fuerit temporis incertitu-
do, docet productum instrumentum, sub n. 4. Re-
cessus iudicialis D. G. 12. Nouemb. An. 79. Neque
id ex aduerso vllibi negatur. Vinum verò 6. & 7.
Martii An. 80. demum periisse satis liquet, ex ta-
cita confessione partis. Noluit itaque recipi obla-
52 tio partitionis, † non ob rem deterioratam, sed
tantum propter prætenfam incertitudinem, per
sententiam tamen sublatam : Quo ipso ad supra
d. effectum, recedè iterum inferitur.
53 Instrumentum partitionis † non continere ta-
citam vel obliquam confessionem pignorati, pu-
54 to verius dici † ex antecedentibus & subsequen-
tibus cum actum oblationis. Imò ex ipsis verbis
55 & † circumstantiis in facto oblationis apparenti-
bus, quam si verba contra enixam intentionē &
mentem proferentium captentur, & in diuersum
56 trahantur. Si enim iustitia & veritas † rei attendi-
tur, prout hoc loco conuenit, constabit, plus non
confessos Reos, q̄ debitam partitionē ihres Theils:
57 Idque sub hisce verbis † declaratiuis, Sie wöllen
den wider ihren Willen hinderlassenen Wagen vnd
Wein frey passieren vnd folgen lassen. In reliquis
nunquam consenserunt. Possunt legi & perpen-
di verba oblationis, & conferri menti & animo
proferentium, ante & posteam declarato.
Hinc, concludendo, existimo, fieri vix posse,
vt periculum rei peremptæ, in Reos transferri
possit, sed pronuncianum, daß es nachmals bey
der vorigen Urtheil bleiben zulassen / vnd D. G. sein
Begeren / des aufigeloffenen Weins halben abzusehla-
gen / aber so viel den Wagen belangt / D. Nam noch zu
parieren schuldig sey. Expensas compensarem: cum
partim pro partim contra D. Impetrantem pro-
nuncietur. Licet non mediocriter temeritas ex ip-
sius parte appareat.
Si verò Dominis visum fuerit, p̄bationem vl-
teriorē in puncto pignorati vini aliquid momen-
ti, negotio posse adferre, nec mihi displicebit im-
petranti permittere tempus ad reprobandum in-

strumentum protestationis, sub comminatione.

Sed vix possum videre, quid ea probatio rele-
uare possit. Semper enim supra dicta adhuc ob-
stabant : nisi fortè mendacii & falsæ suggestionis
ratio habenda foret.

D. Bq. Item I. Q. Concludunt cum Referen-
te.

V O T V M X L I X.

In causa E. contra N.

S V M M A R I A.

- 1 Positionem siue negationem suam, nemo nisi semel re-
uocare & mutare potest. Ratio qua. n. 2.
- 3 Reuocationi secunda & iterata, propter quæ verba le-
gis prohibitiua, non datur locus.
- 4 Reuocatio erroris tam ex intervallo in preparato-
riis & decisoris, quam in continenti permitti-
tur.
- 5 Errans vsque ad sententiam, errorem reuocare po-
test.
- 6 Errantis nulla est voluntas Quæ regula auctore De-
cio, nullam limitationem videtur habere, n. 7.
- 8 Erroris reuocatio quando maximè habeat locum.
- 9 Sententia interlocutoria bis reuocari potest.
- 10 Declaratio, durante lite, semper permissa est : Ratio e-
ius qua. n. 11.
- 12 Mutatio modica substantiam non immutans admit-
titur.
- 13 Libelli articulorum correctio & emendatio vbi, in qui-
bus, quando & qualiter, etiam post litem contesta-
tam admittatur.
- 14 Erroris reuocationem iura non distinguunt, an semel
vel bis corrigatur & varietur.
- 15 Error in alieno facto existens toleratur, & negotio non
dum finito, in decisoris, vsq; ad sententiam exclu-
sive reuocari potest.
- 16 Error in facto alieno consistens facillioris est probatio-
nis, quam in facto proprio.
- 17 Error in facto proprio quando presumatur.
- 18 Ignorantia facti proprii ex quibus circumstantiis con-
currentibus toleretur, vt n. 19. 20. 21. 22.
- 23 Variatio in vltimis voluntatibus non facile admitti-
tur.
- 24 Reuocationes, mutationes & variationes, in quibus
non habeant locum, vt n. 25. 26.
- 27 Mutatio & in iudicialibus ante conclusionem causæ,
& definitiuam facile permittitur.
- 28 Erranti, petenti beneficium restitutionis, ex clausula
generali : Si qua iusta, &c. subuenitur, etiam in
causa reuocationis post sententiam.
- 29 Reuocationis iusta causa quæ.
- 30 Aduersarium suum armare nemo tenetur. Regula hæc
quando procedit, n. 31. Limitatur quoque, n. 32. 33.
34. 35. 39. 40. 41. 43. 44.
- 36 Statuta habentur pro publicis, & tanquam ius pro-
prium illius loci, vbi obseruatur.
- 37 Statuta omnibus subditis eius loci sunt communia, &
ideo nemini deneganda.
- 38 Statutorum eam partem, qua est causa petitiæ editio-
nis edere sufficit.
- 42 Index cuncta rûnari debet, vt parti sine culpa sua la-
boranti,

boranti, vel circa probationes periclitanti subueniatur.

- 45 Editionum tota materia, fundatur in equitate.
- 46 Ex actis, in hoc casu, relatis quid demonstratum. & n. 47. 48. 49. 50. 51. 52.
- 53 Ad instrumenti editionem, in causa inter alios vertere, an tertius compelli possit, inter Dd. controvertitur: Affirmatiua tamen aequior videtur, nu. 54. 55.
- 56 Instrumentum vel protestationem, licet Notarius rogetur à solo protestante, Notarius edere debet propter interesse petentis.
- 57 Testificari pro tertio quare quis cogatur. & numer. 58.
- 59 Instrumentum non vt edat simpliciter, sed pro interesse quando tertius conuenitur, tunc edere tenetur.

Submissum in puncto vltiorum responsionum ad defensionales. Secundò: in puncto nominationis Commissariorum. Tertio in puncto defensionalium. Quarto, in puncto declarationis, correctionis, reuocationis, & in euentu petitionis restitutionis in integrum. Quinto: de deductionis Actoris. Sextò, in puncto editionis documentorum.

De primo puncto aliud nihil restat, nisi vt examinentur Responsiones, quod postmodum fiet.

Secundo loco data sunt Commissariorum nomina, in puncto defensionalium: in quos aduersarius consensit, Saluo Notario, 2. Iunii An. 79. petita est, & in optima forma commissio, & pro prima delatione probandi 8. menses: quæ mea opinione, decernenda essent, attento, quod probatio causæ, vt plurimum vtrinque dependeat à documentis & scripturis: eaque ardua sit, & copiosas probationes exigit, prout nec ex aduerso, quo ad dilationem petitam, impugnatur: Cum tamè in puncto grauaminum 4. menses pro prima dilatione sint dati, puto, æqualitatem esse seruandam. Si verò propter causas iam allegatas, & quia aduersarius consentit in tantum tempus, quartæ dilationis, id ipsum indulgere volunt Domini, non refragor.

Tertio, petitur in puncto grauaminum noua commissio, cum aliis nominibus Commissariorum. Aduersarius id impugnat, vt ex relatione constat: sed, vt puto, irreleuante. Causæ enim, ob quas hæc petitio fit, resultat ex priorum Commissariorum impedimentis, & eorum verisimili culpa, præsertim Doctoris Z. Nec præsumere volo, Appellantem, siue producentem, studio, inanes labores, & inutiles sumptus impendisse. Volo itaq; & hic, iuxta petita decernere, & pro tertia dilatione probandi, vt in proximo puncto, vt tempore dilationum sint vtrubique paria.

Quartus punctus continet declarationem, correctionem & reuocationem. Causas, quare ista petantur admitti, non opus esse puto, latè repetere, cum inter referendum connotatæ sint. Summatim, ex eo consistunt: Appellantem hæcenus fuisse minorannem, non intellexisse ne-

gocium, errore Aduocati posteriorem reuocationem prouenisse: eumque persuasionibus Aduersarii ad hoc inductum, vltimam hanc assertionem & correctionem consentire assertioni primæ, instantiæ primæ. Comitissam de S. & Dominum de Battenb. id ipsum in suis articulis, Anno 57. ita proposuisse. Syndicum Monasteriensem aliquoties, prout hæc proposita fuerunt, sic acceptasse, & confessum esse: ad eò, vt hinc facile colligi possit, ea, quæ postea mutando, & corrigendo adducta sunt, errorem præsumptum & tolerabilem habere. Veruntamen iuris non obscuri est, quod nemo, nisi semel, potest suam positionem, siue negationem reuocare & mutare, per tex. in l. si quis iusurandum. in princip. de reb. credit. & l. fin. Cod. de bon. que lib. circa finem, per rationem ibidem expressam, ne videlicet leges per eos inquisitores, ludibrio fiant, ita sentit Barto. in l. post legatum. n. 11. de his quib. vt indign. Bald. in l. 1. nu. 24. C. de furt. Sed Appellantem iam antea mutasse suas positiones & asserta, ex actis patet, & sententia 3. Iunii lata satis ostendit. Vix itaque fieri poterit, vt secundæ & iteratæ reuocationi locus detur, propter verba legis prohibitiua, ibi Sancimus, Iudices nullo modo eos audiant, ad tales iniquitates venientes. in dict. leg. si quis iusurandum.

E diuerso tamen considerandum venit, quod reuocatio erroris non tantum in continentia permittitur, l. certum. §. fin. de confess. l. 1. C. eod. Verum & ex interuallo, tam in præparatoriis, quam decisoriiis, errantibus vsque ad sententiam errorem reuocare potest l. error. C. de iuris & facti ignor. l. non fatetur. ff. de confess. errantis enim nulla est voluntas, l. nihil consensus. §. non videtur. de reg. iur. vbi Decius dicit, eam regulam non videri nisi aliquam habere limitationem: quia verè non consentit, qui errat. Et habet ea reuocatio tum maximè locum, cum negocium nondum finitum est: tunc .n. error ne tibi nocere debet, d. l. error. l. si debitori. ibi Dd. de iud. Simile est in sententiâ Iudicis interlocutoria, quæ bis reuocari potest, Bartol. in l. quod iussit. nu. 17. de re iud. Alexand. in l. quicquid adstringenda. num. 9. de verb. oblig. Sic etiam declaratio durante lite, semper permissa est, l. 3. ibi Dd. Codic. de edend. l. as. & alii. in §. omnium. instit. de act. Specul. de libelli concept. §. nunc ostendamus. Quia nihil noui iuris inducit, sed id, quod est, duntaxat declarat. Imo etiam modica mutatio, quæ substantiam non immutat, admittitur, Specul. iam d. loco. Wesembec. consi. 18. nu. 8. Et admittitur correctio & emendatio articulorum libelli, nisi in non substantialibus, & vbi non mutatur causa agendi, etiam post litem contestationem, declarando obscura, addendo ad qualitates, minus principales, detrahendo, resecando superflua notatur in §. si minus. ibi Zas. & alii. Instit. de act. l. 1. de edend. Et habet nostrò casus res tanto minus dubii, cum variatio & reuocatio ex errore proueniat, vel causetur, & propter errorem fiat. Quo casu non distinguunt iura, nisi an semel vel bis corrigatur & varietur. In primis, cum error hic non in proprio

R r proprio

- proprio facto, sed alieno existat: tunc .n. toleratur, et potest, negotio nondum finito, in decisionibus, usque ad sententiam exclusivè reuocari, per iura supra allegata. Cumque error tali casu probatione exigat, sed in hoc loco in facto alieno consistat, facilius erit eius probatio, quam si esset facti proprii.
- 17 Imo etiam præsumitur error in facto proprio, quando concurrunt quædam circumstantiæ, ex quibus tolleratur ignorantia facti proprii, ut puta, et quando sua fione quis fuit inductus, ad asserendum, quod res ita se non habeat. *Bart. in l. 1. et 2. quand. act. de pecul. est anal. Panorm. in c. si. de confess. n. 23 circa ff. Ias. l. 1. de cond. indeb. Vel et quando negotium est implicitum, Panorm. iam d. loco. Vel est vetustum, et tempus longinquitate habet, ut l. peregre. de acquir. possess. vel cum est tractatum per alios, nobis absentibus, ut per predecessores nostros, vel et Procuratores l. qui cum alio. l. qui in alteri locum. de reg. iur. Zas. in l. non fatetur. de confess.*

- Cum itaque nostra hæc mutatio & variatio, principales qualitates actionis non concernat nec petita mutet, sed potius consanguinitatis arboribus declarationem solummodo declaret: quod magis principaliter ipsos competitores, quam Dominum Appellantem in effectu tangit. Atque de errore probabiliter per adducta in der Correctionis scriptis/versis. Diuersi aber & vers. Demnach vnd re nobis constet: putarim, correctionem tolerari posse, non obstante eo, quod supra in contrarium est motum: quia ea iura loquuntur vel de ultimis voluntatibus, et ubi non facile permittitur variatio l. apud Ausidum. de opt. l. et l. eum qui certarium. §. fin. de verb. obligat. ubi adsignantur variæ rationes inter contractus & ultimas voluntates: refert Alexand. in l. quicquid adstringenda. num. 8. de verb. obligat.
- 24 Vel de electione, et publicato Scrutinio, ubi Electores etiam variare nequeunt cap. publicato. de election. in sexto, Dyn. cap. mutare. in princip. de reg. iur. in sexto. Hostiens. in summa tit. de election. §. vtrum mutari possit. Tiragu. in l. boues. limit. vigesimatercia nu. tertio.
- 25 Vel, et ubi ius partium est acquisitum: notatur in l. nemo potest mutare. de reg. iur. et c. cum inter dilect. de elect. Tiragu. iam d. loco. Vel et quando negotium est finitum per sententiam, iurandum, aut per transactionem, Panorm. in c. si. de confess. n. 10 in fin.
- 27 Facit etiam, quod hic versatur in iudicialibus, et ubi mutatio & variatio ante conclusionem causæ, & definitiuam, facilius permittitur, quam in dictis iam casibus ut per Dd. in l. quod iussit. de re iud. et Alexand. d. l. quicquid adstringenda. num. 8. 9. de verb. obligationibus

Quia verò prior correctio, non nisi cum refusione expensarum permessa fuit, ut per Barto. Bald. Salyc. in l. edita. Codic. de edend. Iason. dict. l. error nume. secundo, Codic. de iur. et fact. ignor. Muldò minus hic reuocationi conueniendum erit, sine expensis dilatae litis.

- Ad restitutionem in integrum, quod attinet, iuris satis perspicui est. Erranti, et petenti hoc beneficium ex clausula generali, si qua mihi iusta causa videbitur, et c. subueniri posse, etiam in casu reuocationis post sententiam, l. i. in fi. ex quibus causis

maior. l. de atate, §. ex causa de interdict. Est autem in ista causa tali casu reuocationis post sententiam, si factum sit alienum, si nulla culpa intercesserit, si in facto proprio adiuuetur error, per circumstantias, de quibus iam facta mentio. Tanto magis itaque hic, ante sententiam, ex tanto errore & reuocatione locus erit restitutioni. Cum verò nihil sit, quod pro impedienda restitutione validè opponi possit, sicque in omnè euentum ea permittenda (ut quia de errore, de minorænitæte, & præiudicio erroris commisso, satis constat) Sed tam Iudicis, quam partium interlit, ne hic punctus longis ambagibus agitur, putarim, circuitum expressè restitutionis euitari posse, & dissimulando eum punctum, simpliciter reuocationem, cum refusione expensarum, admittendam censeo.

Quintò: Deductio arboris: Hic punctus dependet à priori, et pertinet ad causam principalem, non opus est interloqui.

Sexto loco agitur de editione documentorum. Et hic principaliter de duobus quaeritur. Primò: An Dominus Appellatus, tanquam Reus, Actori siue Appellanti, edere teneatur. Secundo: An & quando tertius compelli possit ad editionem documentorum.

De primo satis quidem notum est, quod nemo tenetur armare aduersarium suum, iuribus vulgatis, Idque præsertim in Reo locum habet: Felin. et alii in c. 1. de probat. Dd. in l. 1. §. 1. de edend. Attamen regula illa intelligitur, quando Actor ad fundandam originem suæ intentionis id petit: Et limitatur etiam et in aliis pluribus, ut per Socin. regul. 112. et Alexand. in l. ea que. et num. 6. et deinceps. de edend. In primis verò, et ubi instrumenta & libri, ad adiuvandam, non ad fundandam principaliter intentionem Actoris faciunt. Itè, et quando aliqua ratione possunt instrumenta & libri esse communes Actoris & Rei, aliisque modis, ut ibidem. Item, et quando petuntur statuta edenda à superiore: Ea enim habentur pro publicis, et tanquam ius proprium illius loci, ubi obseruatur. §. ius autem Institut. de iust. et iure. l. omnes populi. ff. eod. tit.

Ideoque omnibus subditis et eius loci communia, et per consequens, nemini deneganda. Eatenus tamen, quatenus iure cautum est, et non ultra ea, quæ petiti necessaria, vel ab eo petita sunt: Sufficit enim et edere eam partem, quæ est causa petitionis editionis. ut per Felin. c. ex Epistola verbis. n. 52. de probat.

Item, edendum est aduersario petenti exemplum eius instrumenti, quod litigantes vel produxerunt, vel producturi sunt in Iudicio l. 1. §. edenda. de edend. Ita in practica seruari dicit Zas. in d. l. 1. §. editiones. n. 10. Itè, et propter vtilitatem, quam prædit pars, potest Index moueri, ut iniungat editionem instrumenti, licet id non in totum, et absolutè sit commune, l. 1. de iure delib. Zas. d. §. editiones. n. 12.

Item, et ubi cunque Index viderit laborare veritate: Debet. n. et Index cuncta rimari, per allegata per Zas. iam d. loco. nu. 15. ut subueniatur parti, sine culpa laboranti, vel periclitati circa probationes.

Item

43 Item, si Actoris petitio aliqua præsumptione sit validata, vel reddita verisimilis, & incidat in processum nodus vel dubium, super qualitate probanda, tunc Reus cogi potest ad editionem; Communem dicit *Zaf. d. loco. n. 27.*

44 Denique in iudicis arbitrio est, si iubere edi, vel non edi, sentit *Purpurat. in l. 2. C. de edend. n. 49. ut allegat Menoch. de arbitr. ind. q. casu 175. n. 14. lib. 2. cent.*

45 2. Quia tota editionum materia, si fundatur in æquitate. *l. edta. C. de edend. Menoch. iam d. loco n. 5.*

Hæc iam ita præmissa, referendo ad numeros distincta genera documentorum, quorum editio petitur: putari, Domino Appellatio eorum editionem, quæ sub numeris primo, secundo, tertio, quarto, quinto, sexto, septimo, specificata sunt: quatenus ea penes se existunt, & ad causam faciunt, id est, in capitulis ad causam facientibus, iniungi posse, insuper compulsoriales decernendo, in consuetu forma.

46 Ex actis enim relatis, si iudicem satis informatum puto de iure ipsius Appellantis, qui petit editionem. Item, si petit documenta concernunt,

47 rem feudalem, tanquam causam communem inter Dominum & vassallum. Item, si in ea editione

48 iurium auctorum & antecessorum perpetua utilitas potentis vertitur. Item, si ea sunt, tanquam

49 pars feudi, quæ deuolutum dicitur ad petentem editionem. Item, si quod verisimilis defectus proba-

50 tionum, propter amissionem possessionis, ex parte Appellantis existit. Item, si præsumptio contra Appellantem militat qui (ut in actis allegatur) non tantum feudum controuersum. Sed simule-

51 etiam documenta, & alia pertinentia occupasse & acquisiuisse dicitur. Item, si quod editio

52 illa conducit ad demonstrandam feudi qualitatem. Quibus casibus (secundum supra dicta.) cum la-

53 tum iudicis officium versetur, ut veritas inquiri & haberi possit. Concludo, compulsoriales, in forma supra posita, contra appellatum decernendas esse.

54 Quod vero secundo loco quæritur, an tertius compelli possit ad editionem, si in causa inter alios

55 vertente, licet hoc loco diuersa Doctorum conclusa reperiantur, ut puta *Panor. Felin. Iohan. de Imol. in c. 1. de probat. Alexand. in l. 2. Cod. de edend.* Qui putant, quod tertius de iure non possit regulariter

56 cogi, ut edat instrumentum penes se consistens, ut scilicet fidem faciat in lite, inter alios vertente.

57 Verior tamen & æquior videtur esse eorum opinio, si qui diuersum sentiunt. Idque quam maxime nostro casu, ubi euidenter interest petentis,

58 ex aliorum inuestituris, consuetudinem Monasteriensium, quod ad successiones feudorum Episcopatus pertinet, propter negationem aduersarii probare, ut per *Bald. in l. quadam. de princip. de edend.*

59 qui dicit: Si mea interfit, si chartas edi, licet non sint meæ, nec ad me, vel Procuratore meo mandante factæ, tamen debent edi. Sequitur *Dec. d. c. 1.* Ita tenet *Bartol. in d. l. 1. §. Editiones. n. 3. vers. ego puto indistincte de edend. per text. in l. is apud quæ. C. de Edend. & l.*

in fraudem. §. neque ubi est Speciale. de iure fisci. & Ang. in d. §. Editiones. vers. 1. & facit, quod dicit Bald. in rubr. C. de fid. instrum. & in l. fin. nu. 18. vers. ex hoc apparet. C. de Edend. ubi dicit, quod propter interesse petentis, si Notarius debet edere instrumentum vel protestationem, licet Notarius rogetur à solo

60 protestante. Accedit *glo. in l. in fraudem. §. neque. in verb. Edi. de iure fisci. ibi: Si hoc est fisci privilegium:* Ergo alias priuatus teneretur edere, aliis inter se litigantibus. Et ita sentit *Anton. de Butr. & Innoc. in d. c. 1. de probat.* Quia isto casu tertius, à quo petitur editio ab alio tertio, cum quo non litigat, non edit contra se. Ideo cessat ratio supra allegata: neminem scilicet regulariter compelli ut edat contra se. Sed & hic petens non vitur documentis edendis, contra edentem, sed potius in consequentiam, pro ipso & omnibus, qui ea consuetudine in successione feudorum Monasteriensium nituntur, & aliquod interesse siue commodum inde habere possunt. Accedit & ratio: quod sicut

61 aliquis si cogitur testificari pro tertio, *l. si quando. C. de testib. ita potest cogi, ut edat tertio l. §. interdum. ad exhib. Idque fundatur ex æquitate, si ne probandi facultas angustetur, sed potius amplietur, & ne*

62 veritas occultetur. *l. generaliter. §. necessitate. Cod. de reb. cred. l. quondam. in fin. C. de hered. gl. in c. 1. de except.* Hinc dicit *Dec. in d. cap. 1. num. 60. vers. Quinto fallit.* Quando tertius, si non ut edat simpliciter, sed pro

63 interesse conuenitur, tunc edere tenetur: Ita ut non tam de edere, quam de exhibitione eorum, quæ ad fidem faciendam veritati necessaria sunt, hic cogatur, ut per *Dec. ibid.* Et pro hac opinione consulti

64 *Schurff. consil. 85. cent. 2. per totum.* dicens, eam esse sustentabilem, quæ etiam fulcita est auctoritate *glo. & famosissimorum Doctorum, scilicet, Innocentii, Anton. de Butr. Bald. Angel. potissimum etiam, cum appareat inniti magnæ æquitati. Accedentibus etiam his, quæ supra in proximo puncto sunt allegata: Concludo, decernendas compulsoriales, contra nominatos Comites, ut edant & communicent ex suis inuestituris, & pactis dotalibus, in quantum ibidem ad probationem allegatæ consuetudinis utilia, nec sibi nociua existunt.*

65 *Saluis Dominorum votis.*

66 In specie *Limburg belangend / non est alia submissio, quam in puncto ferrner Declaration / &c.* In quo puncto non tantum est submissum, ve ubi & in causa principali definitiue utrinque conclusum. Quod vero pronunciarum nondum possit, facile intelligitur ex actis & protocollo, ubi *Limburg* appellauit: quia causa siue processu ibi adhuc consistit in termino probationis. Et tanta est causæ connexitas, ut vna sine altera definiti nequeat.

67 D.L. Quoad primum, ut Referens, quoad secundum, vult excludere pacta.

68 D.I. Quoad primum, ex *Bolognet. & aliis in l. fin. de edend.* ponit regulam, & repetit limitationes, quas diluit, & hoc casu non habere locum dicit. Concludit, recusantem hoc loco editionem esse,

VOTVM L.

In causa Nobilium C. contra B.

SYMMARIA.

- 1 Interpretatio in dubiis vt ita fiat, vt appellatio teneat, neue appellanti hoc beneficium auferatur, æquitas & ratio vult. & nu. 7.
- 2 Iudex viam mitiorem, per quam ius non maneat peremptum eligere debet.
- 3 Appellationis impedimenta varia incurrere possunt. & num. 4.
- 5 Instantiæ iure nouo & moribus in consistoriis Principum, tempore legali non facile pereunt. Idg, vsus omnium fere consistoriorum Principum Germania comprobatur: tam in primis, quam appellationis instantiis. n. 6.
- 8 Attentata, appellatione pendente, ante omnia reuocanda sunt. Nec opus est vt tali casu ordinarie procedatur, numero 9. nec opus est libello. numero 10.

SVbmissum primo in puncto declarationis Spœnæ inhibitionis & deuolutionis. Secundo, in puncto attentatorum reuocationis. Tertio in puncto arctioris inhibitionis.

Quoad primum, constat ex protocollo, inhibitione, & eius executione, vt in instrumento nu. 2. Eam esse in Camera obtentam 10. Iulii Anno 81. & executam, vt oportuit, 16. vsque ad 20. eiusdem. Sed eo non considerato, per priores Iudices in exequendo progressum esse, 26. eiusdem, & 16. Augusti: Sicque commissam pœnam inhibitionis ante insinuata.

His obiicitur principaliter, duplici modo: primo, ex nullitate processuum executorialium, ob defectum iurisdictionis Camerae, vt quia prior sententia abierit in rem iudicatam, cum intra descendium appellatû non sit, facta computatione de momento ad momentum, cum procuratorem apud acta habuerit. Item, quia deuolutioni causæ ad Cameraam obstat priuilegium Archiepiscopi Colonienfis, quod continet summam appellabilem fünfshundert Goldgulden & memoratur causas momentaneæ possessionis, & desertionum: quæ singula obstacula in hac appellatione conspiciuntur.

Sed ad rem iudicatam quod attinet, obiectum id non releuat. Ex instrumento enim Appellationis, n. 3. patet, decima die, & hora sententiæ, eoram Notario & testibus, ex abundantanti potius, quam necessario appellatum esse. Quia cum 16. Iunii sententia publicaretur, absente Procuratore Appellantium, tamen per eius Substitutum, sub spe rati, statim in continentem fuit ad Cameraam appellatum, vt folio *Actorum* 260. b. Quam appellationem Procurator ipse, nomine Principum, 26. Iunii, postquam sententia ad eius notitiam peruenit, iudicialiter ratificauit, vt folio *Actorum* 266. Simulque coram Notario & testibus, ad cautelam, à die notitiæ, intra descendium appellauit. Et posito, aliquantum subesset dubietas, quoad appel-

lationis fatalia. Tamen æquitas & ratio vult, ¶ vt in dubiis interpretatio fiat ita, vt appellatio teneat, neue Appellanti, hoc beneficium auferatur, *Dec. consil.* 356. n. 1. *Wesembec. consil.* 63. n. 162. *Marant. part. 6. verb. appellatio. n. 397.* Debet enim ¶ Iudex eligere viam mitiorem, per quam ius non remaneat peremptum litiganti. *Marant. vbi supra.*

Summam valoris rei controuersæ, non esse infra priuilegium Colonienfe, ex instrumento taxationis & æstimationis, n. 35. censeo: ibi enim extat iudicialis æstimatio prædii controuersû, quæ est 2090. talerorum. Sed aduersarij, ipsimet in suis *Gegenhandlungen* n. 34. onera, siue debita ius, prædii, non ultra 700. taleros extendunt. Ergo superfluum puto, vt vni partium iuramentum oblatum deferatur. Si verò existimationi dictæ nõ plena fides esset tribuenda, tunc ego mallem Appellanti id deferre.

Non esse hanc causam momentaneæ possessionis, patet ex genere institutæ actionis, videlicet, Rei vendicationis, vt ostendit libellus, *fol. 1. Actorum prima instantiæ.*

An verò priuilegium Colonienfe contineat aliquid de causis desertionum, inspiciendus est eius tenor: vidimus sed nihil inuenimus: Alias, nisi de eo constaret, parum de deuolutione dubij relinqueretur. Durum tamen esset per assertam desertionem, quam tam partes, quam Iudex facile cõminisci potest, viam iustitiæ remorari, & partes indebitè, sub prætextu priuilegij, indefensas relinquere. Licet igitur prior sententia desertionis faciat mentionem, & eius intuitu lata dicatur. Tamè inspecto tertiæ instantiæ processu, talem desertionem non inuenio, qua causæ deuolutio merito impediatur. Quod ex sequenti recapitulatione eius processus colligendum puto.

Nam 15. Iunii, Anno 63. lata sententia est (quæ deserta esse dicitur) à qua appellatum. Inde patet, non ex alia causa dici desertam appellationem, quam quod ab An. 63. vsque ad Annû 80. instantia durauit. Quod verò id culpa & negligentia appellantis tantum sit factum, non video: quia varia incurrunt impedimenta: Aliquando Iudicis, ¶ aliquando vtriusque partis: nonnunquam & valetudinis, paupertatis: Item, ¶ susceptæ transactionis, vt ex recapitulatione processus eius instantiæ colligi potuit.

Quibus accedit, quod iure nouo, ¶ & moribus in Consistoriis Principum (vt nostro casu Electoris) instantiæ tempore legali, facile non pereunt, sed perpetuo durant, vt iure Canonico, *Bald. in consil.* 127. n. 5. vol. 3. *Afflict. decis.* 283. nu. 6. *Wesembec. consil.* 5. nu. 42. Idque vsus ¶ omnium fere Consistoriorum Principum Germania comprobatur, tam in primis, quàm appellationis instantiis. Hinc arbitrator, desertionem allegatam, non liquidam: Imò ex allegatis causis non attendendâ: Cum & regula sit, Iudicem in dubio semper debere pronuntiare, ¶ appellationem non esse desertam, ¶ cum mitior via sit eligenda, per quam ius non remaneat peremptum litiganti, *Id. in l. 1. si quis caus. in iud.*

S Y M M A R I A.

iusd. s. b. ca. fact. non obtemp. Marant. verb. Appellatio numero 397. Imo & Electorem Coloniensem, per nouam Commissionem, de pronunciando super de fertione secundæ instantiæ, siue per insufflationem, vt Dd. loquuntur, Marant. part. 5. n. 32. & 33. 30. Maii Anno 80. eam tertiam instantiam instaurasse & continuasse dici potest.

Secundo, principaliter obiicitur, quoad pœnam inhibitionis, quod ea non sit commissa, per rationes in exceptionibus 22. Iunii Anno 82. allegatas: quas veras & releuantes esse existimo, non tam pro excusando Domino Electore, quam etiam pro iudicibus delegatis, siue Commissariis, & eorum ministris: Ista consideratione, apparet in Receptu D. Augsp. 24. Ianuarii, eodem Anno, non pure, sed alternatiue petitur, vt vel pœna adiudicetur, vel attentata reuocentur.

Hiscerationibus motus, nec pœnæ declarationem faciendam, nec allegatam desertionem attendendam, sicque causam ad Cameram deuolutam esse censeo.

Secunda commissio principalis est, reuocationis attentatorum: Cumque hic punctus in facto consistat, & factum, quo contra pronunciatum, & interpositam appellationem est itum, euident & notorium sit, vt aperte colligitur ex documentis 11. Septembris, Anno 81. sub numero 5. 6. 7. productis. Neque id factum ex aduerso negatur, sed potius in confesso est, attestantibus Exceptionalibus, 31. Ianuarii, Anno 82. cum instrumentis, sub numero 13. 14. 15. adductis. Ideo sequitur iuris effectus, videlicet, quod attentata, † appellatione pœdente, ante omnia reuocanda sint: Dd. in l. 3. Cod. de appell. Can. in c. non solum. de appell. in 6. & Clem. fin. vt lit. pend. nihil in nou. Nec opus est † vt tali casu ordinari procedatur, sed sufficit imploratio officii Iudicis mercenarij. Phil. Franc. in cap. non solum. numero quinto, & cap. dilecti. numero tertio, de appell. Bald. in d. l. 3. numero secundo, C. de appellat. Gail. obs. 146. lib. 1. Ideo que † nec opus est libello, sed de plano proceditur, & dici potest: hodie attentatum. Quod est Iuris & Ordinationis. Concludo, male attentata, & ea esse reuocanda.

De tertij puncti resolutione non est, vt simus solliciti: Is enim dependet à puncto attentatorum: Et reuocatis attentatis, non superest, quod appellans vterius querelari potest.

Concludo pronuncianum, attentata reuocanda, & reliqua petita supplicationis deneganda esse.

Si placuerit Dominis, expēsas, propter paupertatem Appellatæ, & dubium desertionis, quo ducti fuerunt priores Iudices, compensare, & fructus cum damnis silentio prætere, vt aliquando factum in causa Kirschheim contra Bissendorff, nec ego refragabor.

V O T V M L I.

In causa Nobilium I. contra F. J.

- 1 Submissio in hac causa in quibus principaliter consistat. & n. 2.
- 3 Submissum est in hac causa partim expresse, partim ex prouisione legis, vt sub. n. 4. 5. 6.
- 7 Iudex, quando post litem contestatam, super grauaminibus per generalia submittitur, referendo se ad acta notorium inducentia, eo quod nihil noui contineant, tunc talia grauamina, causa cognita, nec ad respondendum, nec ad probandum admittit: Et ita in Camera magis receptum est.
- 8 Appellationis remedium non ad defensionem iniquitatis, sed ad presidium innocentia institutum est.
- 9 Interrogatum siue capitulatum semel, vterius non est interrogandum.
- 10 Appellationis libellus quando secundum ordinationem & ius commune reuocandus, & desinente pronuncianum.
- 11 Iudex in puncto appellationis, quando causa non est deuoluta, non potest pronunciare: Ratio, quia non est fundatus in iurisdictione.
- 12 Deuolutionis punctus omitti potest.
- 13 De modo, quo impeditur appellatio non curamus, cum effectum habemus.
- 14 Probare est eius, qui dicit, non qui negat.
- 15 Adesse hoc non sequitur, quod contingit abesse.
- 16 Prædia, tanquam allodia præsuppositionem iuris habent, & potius libera, quam feuda: Admuniculares probationes huius præsumptionis sunt, vt n. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23.
- 24 Appellationi per actum contrarium, coram iudice à quo, vel alio loco factum, censetur quis renunciare beneficio competentis.
- 25 Exceptio incompetentiæ hoc nostro casu, quod minime sit releuans, vnde reluceat.
- 26 Contentio quando est inter vasallum & extraneum, actiue & passiuæ, quare causa coram ordinario, & non in curia domini agitari debeat.
- 27 Pro imperij authoritate retinenda & amplianda, Camerales prouisionis esse debent.

Submissio nostrâ consistit principaliter in duobus. Primo, † super exceptione non deuolutæ appellationis: quæ præcipue consistit & fundatur ex privilegio Iuliacensi: quod † non permittit appellationes in possessoriis, vbi petitorium integrum reseruat. Quo loco repeto meum votum, & concludo, causam pro non deuoluta, ex rationibus ante allegatis haberi, & ita pronuncianum posse.

Deinde etiam † submissum partim expresse, † partim ex prouisione legis. Expresse quidem submissum per Appellantem 15. Decemb. Anno 77. in Replicis, † vbi petit, non obstantibus exceptionibus incompetentiæ, in principali pronuncianum. Et in euentum, si opus putetur, † sibi præfigi terminum ad probandum, & sic in effectu, ipsemet Appellans Iudici committit, an grauamina ad probandum sint admittenda, vel non. Ex prouisione vero † legis, eadem resultat submissio grauaminum videlicet admissionis, vel reiectionis. Sed

R r 3 sic est,

sic est, quod quando post litis contestationem (prout nostro casu lis est in euentum contestata, & grauaminibus responsum) super grauaminibus submittitur, per generalia, se referendo ad acta, que notorium inducunt, eo, quod nihil noui continet: tunc Iudex, ꝛ causa cognita, talia grauamina, nec ad respondendum, nec ad probandum admittit, *l. ampliore, §. in refutatoriis, Cod. de appell. Et habet Ordinat. part. 3. tit. 33. §. penult.* Et ita magis approbatum & receptum est in Camera, vt notum, licet *Myns. obs. 41. cent. 1. & cons. 85.* aliquando diuersum tenuisse Dominos, dicat. Appellationis ꝛ enim remedium non ad defensionem iniquitatis, sed ad præsidium innocentie institutum est, *c. cum specialibus, §. porro, de appellat. c. ad nostram. vbi glossa, verb. in sua, cod. tit.* Quod enim ꝛ semel capitulatum siue interrogatum, vltcrius non interrogandum est, *Bald. in d. §. in refutatoriis, per rationes, vt ibidem.* Imo secundum ordinationem & ius commune, libellus appellationis reiiicitur, & definitiue pronunciat, quando libellus appellationis ꝛ per omnia conuenit cum libello, & actis primæ instantiæ, causamque plenius non instruit, sed est mera repetitio priorum articulorum, vt per *Gail. obseruat. 28. in fine.* Quod vero nostra grauamina nõ sint eadem cum prius capitulatis, satis euidenter constat ex collatione eorundem, cum grauaminibus secundæ, & cum responsonibus tertie instantiæ, per nostrum Appellantem respectiue, 5. Decembr. Anno 67. & 15. April. Anno 72. productis.

Nec obstat, si dicatur, *super admissione articulorũ,* & sic reiciendo eos, definitiue pronunciarı non posse: siquidem submissio non deuoluta id non patitur. Si enim causa non est deuoluta, ꝛ Iudex non potest pronunciarı in puncto appellationis, cum non fundatus sit in iurisdictione: quia hæc consideratio tunc demum locum habere possit, si sententia ferenda super admissione articulorũ, præiudicium derogatorium inferret priuilegio Iuliacensi. Cum vero in eundem finem & effectum, ad quem intendit priuilegium, per confirmatoriam proximæ sententiæ perueniatur: tamẽ po. est ꝛ punctus deuolutionis omitti. Non enim de modo, ꝛ quò impeditur appellatio, curamus, cum effectum habeamus, quod & qualitas causæ suadere potest, cum Appellans in puncto appellationis, & etiam in causa principali, de qua iam nõ agitur, sed per sententiam proximam referuata est, non satis fundatus videtur.

Deinde ad principalem punctum appellationis, qui super incompetentiã primæ instantiæ Iudicis, & fori declinatoria consistit, quod atinet: siquidem Appellanti, siue Reo, probare incumbit, bona hypothezata, non tantum esse pertinentias Castri siue Burgæ Eschweyler: verum etiam habere eandem qualitatem, & esse bona feudalia, siue pertinentias feudi: adeo, vt diiudicatio causæ non ad iudicium in Eschweyler / sed forum, siue curiam domini Præpositi in Altenhoffen / pertineat.

Inspectis igitur omnibus actis & probatis in-

stantiarum, non video, eam exceptionem, siue declinatorie, siue principaliter, & peremptorie obiecta sit, satis probatam. Eius enim est probare, ꝛ qui dicit, non qui negat. Et licet testes quidam dicant, hypothezas nobilium, & dominorum arcis Eschhausen fuisse: Item, quod dictum castrum, mit sampt dem Thumbhoff zu Altenhoffen siue transumptum der M. vbi eadem cum omnibus pertinentiis conceduntur: id tamen cum limitatione expressa, sub verbis, *Vnd was dem angelegen ist/nihil excepto, dieser Cammer vnterworfen.* An iaque litigiosa bona sint eius qualitatis, das sie d. Mann Cammer vnterworfen / id nec documenta, nec testes in specie probant. Imo testes Appellantis, quantumuis sibi fauorabiles, non suspicione carent, ob amicitias, cognationes & iuramenta non relaxata, quibus parti producenti & Iudici sunt addicti. Imo fatentur ipsimet testes illi, possessores eius castri, prædia non tantum feudalia, sed & allodialia ibidem habere. Non ergo statim sequitur, omnes ipsorum agros & fundos esse pertinentias feudales, cum non sequatur hoc adesse, ꝛ quod ab hoc contingit abesse. Imo & iuris præsumptionem habent prædia, ꝛ tanquam allodia, & libera potius, quam feudalia, *§. 1. si de feud. defunct. contro. sit int. dom. & agnat. Bald. & alii ibid. l. si in l. si priusquam, numer. 4. de noui oper. num. Alex. cons. 129. num. 1. vol. 1. & plura allegata, vt per Gail. obs. 69. n. 4. lib. 2.*

Quin & ei præsumptioni adhsitit adminicularis probatio, ꝛ ex dictis testium Appellati, siue Actoris primarii, & documenta producta *num. 1. 2. 5. 6.* Testis enim primus dicit, ꝛ *Das alle vmb den Kerspel Eschweyler liegende Stuck / gehören dahn ins Gericht.* Et secundus testis, ꝛ *Diese Stuck vt cõtinert prima obligatio, werden alle vor Gericht zu Eschweyler vererbt.* Sic & quartus ꝛ testis sæpe videtur: *Das Vogt vnd Schöpffen vber die strittige Vnterpfand Gebott gethan haben.* Licet pro certo affirmare non possint, an sint feudalia, & cui tribunali subiecta sint bona.

Idem testantur obligationes, ꝛ *num. 1. 2. vbi at- testati sunt possessores castri Eschweyler / pia præsumptione, haud immemores suæ salutis, hypothezas nostras esse sub iurisdictione Eschweyler.* Idque ꝛ per geminam & repetitam confessionem, quod præmeditatum & enixum animum denotat.

Aliquantum etiam ꝛ inseruiunt documenta *numer. 5. & 6.* quibus ad minus ostenditur contractus habitos super bonis possessis à nobilibus. *iii Kerspel Eschweyler / autoritate & testimonio eiusdem iudicii olim fuisse celebratos, & communitos.*

Et posito, d. bona essent feudalia, & recte fuisset declinatum forum: quia tamen secundo pro-uocatum & processum in iudicio Iuliacensi, tanquam ordinario loci, & sic ab incompetente ad competentem itum est, per hoc videri posset, recessum esse ab ea exceptione, eiq; renunciatum. Per actum enim contrarium appellationi ꝛ coram Iudice

Judice à quo, vel alio loco factum, censetur quis renunciare: præsertim, quādo actus fuit acceptus per alteram partem, vt hic vtrinque factum est, eleganter Franc. in c. sollicitudinem, de appell. num. 11. 12. 13. quia isti actus sunt incompatibiles cum appellatione.

- 25 Quodque exceptio incompetentiæ, † sicque grauamen prætensum, minime sit hoc nostro casu releuans, imprimis elucet ex eo: quod licet bona controuersia afferantur feudalia, & sic decisio causæ pertineat ad dominum feudi, prout etiam Iudices secundæ instantiæ arbitrati sunt, & ex eo fundamento præcipue primam sententiam reformant: attamen in eo erratum censet Iuris enim & obseruationis est: quando contentio est † inter vasallum & extraneum, (vt nostro casu) actiue & passiuæ, causa corā ordinario, vt hic est Dux Iuliacensis, agitari debet, & non in curia domini, ne in propria causa, & pro suo interesse, videatur iudicare. *Zaf. in epit. feudal. part. II. num. 9. Myns. obser. 99. cent. 1.*

Quod vero d. Mann Cammer / non sit iudicium partium, sed subdelegatorum, & vicetenentiū, ipsius præpositi, satis patet ex actis, imprimis, quod etiam castrum, & alia feuda, ab ipsis præsidentibus der Mann Cammer / nomine & loco præpositi conceduntur, & ab eis iuramenta recipiuntur à vasallis.

- Et nisi permitteretur appellatio ad Iuliacensem, tales causæ facile extra iurisdictionem Imperii, ad Ecclesiasticum, & denique Romam traherentur. Quod non facile est permittendum, sed pro retinenda & † amplianda autoritate Imperii prouideamus. Quod satis notum & receptum est.

Facit tandem pro iustificanda sententia proxima, quod immissio, siue der Entschlag / rite & legitime facta est, prout ex aduerso nullæ rationes eius nulliatis deducuntur, sed solummodo prætenditur declaratoria, ex causa rei feudalis.

Hinc concludo, grauamina non admittenda, sed causam pro conclusa acceptandam esse, & pronunciantium, bene iudicatum per proximum Iudicem, & male appellatum. Expensas compensarem. Et ita definitiue pronūciari posse & debere, puto è re collegii & partium esse. Quod & Dominis non displicuisse animaduerti.

D.L. In hac causa, quamuis non satis compertum habeat, quod Referens in ea concludere velit: tamen propter eminentem probationem, & cum satis sibi ex actis primæ, secundæ, tertiæ & quartæ instantiæ liqueat, quoniam in statu causa sit, & vero ex dictis testium non satis compertum habet, an in literis hypothecata bona pertinētia, sint feudalia, ad castrum Eschweiler. Existimat in isto dubio definitiue pronunciantium non esse, sed magis in puncto deuolutionis pronunciantium: quia in vnum recidit, & magis tutum, pronunciatum esse in hoc puncto non deuolutionis, si attentis iisdem exceptionibus pronunciemus, causam non deuolutam.

D.Q. Correferens: in omnibus cum Referente, etiam quoad expensas.

D.Bq. Putat etiam, potissimum esse argumentum, quod causa inter vasallum & extraneum coram ordinario tractetur: & quia non præiudicatur Iuliacensis privilegio. Posse ita pronūciari, non obstante exceptione incompetentiæ, cum in eundem effectum concurrant.

VOTVM LII.

In causa O. contra T.
SUMMARI A.

- 1 Appellationem duplicem interponenti Camera electio nem liberam permittit appellanti.
- 2 Articuli exceptionales tribus potissimum nituntur fundamentis, contra appellationis deuolutionem & desertionem obiectis, vt sub n. 3. 4. 5.
- 4 In fauorem quod est adiectum, in odium non est retorquendum.
- 5 Notarij saepe instrumentis inserere solent clausulas, quas ipsi nec satis intelligunt, neque partibus satis declarant: vnde eiusmodi clausula nihil operantur, eiusque ratio qua, ibi. n. 6.
- 7 Consortis vnus præcipitantiæ, aliis obesse non debet.
- 8 Appellationis renunciatio, donationis seu dilapidationis instar obtinet, qua mandatum speciale requirit.
- 9 Procuratores in alternatiuis, sine speciali mandato, vel subsecuta ratificatione, domini voluntatem declarare vel eligere non possunt.
- 10 Litis contestatio eadem, cum in Camera non iteratur, ex præscripto ordinationis, & stylo Camera, conclusio rescindenda, & partibus litis contestatio iniungenda videretur.
- 11 Definitiuè in hac causa principali quare pronunciantium, vt n. 12. 13. 15. 18. 20. 22.
- 12 Litis contestatione non est opus, quando causa concernit punctum iuris.
- 14 Litis contestatio in omnibus causis, in quibus non requiritur libellus, omitti potest.
- 15 Litis contestationis omissa reparatio, qua in secunda instantia facta est, extenditur etiam cum effectu ad instantiam Camere.
- 17 Verba cum effectu accipienda sunt.
- 19 Litis contestationis effectum habet Rei negatio ad postulationem verbalem Actoris in continenti iudicialiter facta.
- 21 Sine litis contestatione vt procedatur, in rusticis tribunibus plerunque moris est.
- 23 In recessibus Anno 1570. Spira habitis sub vers. Demnach sollen, &c. inunctum est partibus, vt exceptionibus quibusuis, & defensionalibus articulis, litis contestationem euentualē annectant.
- 24 Regula nulla tam firma, qua exceptioni non sit obnoxia.
- 25 Iudex in Camera, litium finendarum gratia, magis secundum equitatem, quam rigorem iuris iudicare debet, & ex officio supplere, quoties ob defectum alicuius solēnitatis iudicium deficeret. Ratio eius, ibid. num. 26.
- 27 De re siue hereditate aliena & viuentis, neque pacisci, neque testari, neque causa mortis donari, neque tandem hy-

- dem hypotheca nomine, aut per quemuis alium contractum obligari potest.
- 28 Pater de hereditate filij sui disponere nequit.
- 29 Inclusio vnius, est exclusio alterius.
- 30 Ius alicui quesitum, nec priuata, nec publica auctoritate auferri potest.
- 31 Miserabilibus prospicere ad officium iudicis spectat.
- 32 Iudex qualem & quantam curam, diligentiamque circa furiosos gerere debeat, & n. 33. 34. 35.
- 36 Superfluum non dicitur, quod addit maiorem declarationem, ac dilucidius animi sensum exponit.
- 37 Onus sentiens, commodum ferre debet.
- 38 Heredes suos, praesertim naturales & legitimos, nemo deterioris conditionis velle efficere, quam ipse sit, praesumitur.
- 39 In dubiis interpretandis eo intenti esse debemus, vt gesta & acta à partibus non sint frustratoria, sed vt subsistant.
- 40 Cessante ratione prohibitionis, cessat quoque prohibitio.
- 41 Magistratus praesentia omnem sinistram suspicionem excludit.
- 42 Magistratus non praesumitur ansam inhiandi alienis bonis praebere, vel fenestras insidias struendi vitae alterius, contra legem naturae aperire, sed potius eas ad praecauere, & c.
- 43 Magistratus solus scelerum vindex constitutus est.
- 44 Magistratus imprimis incumbit, vt sine maligna suspitione pupilli alantur & educantur.
- 45 Furiosi pupilli aequiparantur.
- 46 Illud quod non potest fieri pure, non potest fieri sub conditione, contrarium quando n. 47.
- 48 Furiosus ratione destitutus, licet non solum pro absente & ignorante, sed etiam pro mortuo habeatur, tamen idem etiam pro consentiente in l. reputatur, maxime in causis, fauorem ipsius concernentibus, num. 49.
- 50 Iudicis auctoritas aut decretum supplet defectum.
- 51 Voluntas vltima saltem vnius testatoris, contractus vero duarum personarum voluntate & auctoritate consistit.
- 52 In contractum deduci potest res incerta, atque spes ex futuro pendens.
- 53 In dispositione dubia quacunque, recurrendum est ad iudicem, qui secundum suum arbitrium, dubium contractum interpretari debet; Et qualis interpretatio amplectenda, vt n. 54. 55. 56. 57. 58. 59.
- 60 Conditiones casuales, seu euentum futurum respicientes, actiue & passiuè, in contractibus ad heredes tractantur.
- 61 Casus & fortuna quandocunque euenierit, sufficit ad consequendum id, quod alicui ex contractu condicionali debetur.
- 62 Intentio contrahentis propter affectionem naturae hominum erga suos inditam, in dubio qualis praesumenda.
- 63 Heredum cur hic potissima habenda sit ratio.
- 64 Actus per interuenientem consensum conualidari potest.
- 65 Litis contestatio de stylo & ordinatione, in genere & indistincte iniungitur.
- 66 Litis contestationem, licet causa summaria de iure non requirant, hoc tamen procedit, quando constitutione aut statuto ita disponitur, aut causa simpliciter & de plano, committitur expedienda.
- 67 Litis contestatio, in omni causa, in qua speratur certa sequi sententia, necessaria est, licet ipsa causa debeat summarie expediri.
- 68 A litis contestatione, in Recept. Imperij, de Anno 70. solum punctus attentatorum, & inhibitionis excipitur, vel eximitur.
- 69 Furiosus custodiendus à venientibus ab intestato, alias ei non succedunt.
- 70 Actionis intentatae qualitas demonstratur, propter medium concludendi in libello.
- 71 Rationes pro parte negatiua pugnantes in hoc casu quae, vt numer. 73. 74. 76. 80. 88. 90. 91. 93. 94. 95. 103. 104.
- 72 Furiosus furore cessante, administratione rerum suarum ipso iure recuperat, sicut & prodigus: vbi sanos mores receperit.
- 75 Cessante necessitate, & sic causa, cessat effectus.
- 77 Iudex bonus pupilli vt litatem arbitrari debet.
- 78 Pupilli vbi & penes quos educari debeant, & n. 76. 79.
- 80 Succedendi certi sunt modi.
- 81 Hereditas pacto dari nequit, & n. 123.
- 82 Substitutiones odiosae habentur, quia occasionem captanda mortis praebent.
- 83 Promissio per socerum fatuo genero facta, si eius filiam accipiat in uxorem, de faciendo eum heredem, non valet.
- 84 Hereditas quod non nisi testamento dari possit, ab hac regula tres casus excepti reperiuntur & n. 85. 86.
- 87 Pacta mutua & vicissitudinaria, & si alter sine liberis mortuus fuerit, ad superstitem bona perueniant, vt valeant quae requiruntur.
- 89 Odium videtur personale esse.
- 95 Pactum de futura successione, quando valet.
- 96 Pactum de futura viuentis successione, in quibus casibus, etiam si viuis non senserit, & vsque ad mortem in eo consensu perseverauerit, non valeat, praesertim in hoc nostro, & n. 97. 98. 99. 100. 113. 119. 121. 124. 125. 126. 127. 129. 130. 131. 134.
- 101 Pactiones de futura successione viuentis, quod non valeant, extenditur etiam ad parentes, & ad liberos, & n. 102.
- 105 Pactum de succedendo cum fuerit inutile ac nullum nulla heredibus datur actio.
- 106 Testari non possunt, nunquam redientes ad sanam mentem.
- 107 Contractus quoad successionem, euentualis, siue condicionalis valet, nec est odiosus, n. 111.
- 108 Contractus, quando conditio ei adiecta purificatur, perinde est, ac si à principio fuisset purus.
- 109 Votum captanda mortis, in hoc casu, quare dubium reddatur, & n. 110.
- 112 Euenire quod potest inspicitur.
- 114 Intentio principalis in contractu inuito consideratur, & non attenditur, quod in consequentiam cedat.
- 115 Dispositio omnis ampliatur & restringitur, secundum suam causam fixalem, & disponentium intentionem.

- 116 Actus vitiositer presumitur factus, quando Iudicis auctoritas interuenit.
- 117 Necessitas causa multa, quae alioquin sunt prohibita, admittuntur.
- 118 Necessitas ex illicito actu, licitum plerumque facit.
- 120 Necessitas & pia causa cessare faciunt praesumptionem doli.
- 122 Actus de futura successione ut valeat, impropriatur etiam verbum, hereditas.
- 128 Substitutio pupillaris fieri potest pupillo furioso, in potestate testatoris constituto.
- 132 Bona in pactum deducta, statim ex obligatione debentur.
- 133 Verba quando improprianda.
- 135 Pacta dotalia, quibus disponitur super successione, casu, quo vnus coniugalis foederis praemoriatur, quis cognatorum succedat, quo iure defenduntur.
- 136 Vasallo alienante feudum sine consensu domini in agnatum alias successurum, est potius refutatio quam alienatio.
- 137 Consuetudines, quibus sunt pacta familiae, circa dispositiones succedendi, defenduntur.
- 138 Iudex quod facit aut decernit, id recte & rite factum dicitur.
- 139 Ius non transmittitur ex obligatione, cuius conditio deficit.
- 140 Possessiones pupillorum sine decreto praesidis, beneficio diui Seueri, in l. i. ff. de reb. eor. qui sub tut. detrahi prohibentur.
- 141 Furioso, cui a patre nullus datus est tutor, lex, quae eius curam habet, proximum agnatum vocat.
- 142 Queritur, an talis conuentio inter magistratum loci, & assignatum curatorem inita, de iure subsistat, nec ne; Et an expresso modo potuerit. Respondetur affirmatiue. n. 143.
- 144 Constitutio ut tutor vel curator, omnium, siue quorundam bonorum pupilli fructus habeat, valet. & n. 145.
- 146 Iudicis auctoritas efficit licitum, quod alias est illicitum; Eiusque officium est latissimum n. 147.
- 148 Magistratus curator ex causa, pro qualitate cura, de bonis minorennis siue furiosi mercedem dare potest. & n. 145.
- 149 Actus agentium, ultra eorum intentionem nihil operatur.
- 150 Furiosus actiue nullam factionem testamenti habet, ergo ei nulla testandi facultas auferripotest.
- 151 Furiosus quando habeatur pro consentiente.
- 152 Ad hereditatem furiosi defuncti qui vocentur.
- 153 In contractibus sub conditione mortis factis, neque cedit, neque venit dies, pendente conditione. Ratio qua. num. 154.
- D**C. Referens. Nullitates nullae, procuratori in iusta, tam quoad principales, quam quoad interuenientem, qui duplicem interposuit appellationem: vnam Spirae coram Notario & testibus 16. Martij Anno 71. vt patet ex instrumento Appellationis in Camera 27. Octobris Anno 72. & sic intra decedum. Alteram in scriptis, coram iudicibus secundae instantiae, a die notitiae, vt in actis secundae instantiae fol. 32.

Quamuis autem hoc casu contrariae & diuersae sint interpretum sententiae, vtra Appellatio prosequenda sit: Tamen praualuit eorum sententia, qui liberam electionem permittunt Appellanti: quam etiam de stylo huius tribunalis summi receptam, praedictio attestatur *Mynsing. obser. 7. cent. 1.* Recte igitur interueniens, relicta secunda, primam appellationem prosecutus est.

Submissum in punctis, Exceptionalium, & Replicationalium articulorum: In illis, an sint probati: in his vero, an ad probandum admittendi, discutiendum venit. Vnde tertia submissio, ratione Commissionis decernendae subiungitur.

Exceptionales articuli tribus potissimum nituntur fundamentis, contra Appellationis deuolutionem & desertionem obiectis: quorum primum principales Appellantes, reliqua duo, interuenientem a *Styppenburg* concernunt.

Quoad primum: Appellatus dicit in 13. articulo Exceptionalium, Principales appellantes in secunda instantia iudicialiter appellationi renunciaisse: idque patere ex actis secundae instantiae, & confessione propria ipsorum, ad d. artic. 13. Appellantes autem Replicando in articulo 22. 23. 24. Replicator. non diffitentur quidem, renunciationem a procuratoribus factam, prout & ex actis clare patet: Sed eo ipso Procuratores, fines mandati excessisse praetendunt: referendo se ad procuratoria illius instantiae.

Ex quibus liquet, partes sibi beneficium appellandi reseruasse: Tantum abest, vt procuratoribus renunciandi potestatem dederint: nisi ipsos contrarietatis insimulare velimus. Licet igitur principales in dictis procuratoriis, arbitrio procuratorum permiserint, *hey der Brtheil zu bleiben* Tamen propterea non cesserunt illis ius appellandi, quo minus & ipsimet, casu, quo a procuratoribus Appellatio fuisset intermissa, appellare potuissent, sed potius sibi reseruauerunt quemadmodum animum suum per appellationem intra decedum declararunt Quare verba dicta, *hey der Brtheil zu bleiben* ad procuratores: reliqua vero, beneficium Appellationis reseruantia, ad principales sunt referenda: ne id, quod in fauorem adiectum est, in odium contra retorqueamus. Imo clausula haec, potius ex Notariorum concepta formula, quam principalem iussu & voluntate, adscripta videtur: qui saepe solent instrumentis inserere clausulas, quas ipsi nec satis intelligunt, neque partibus factis declarant. Vnde tales clausulae, quoniam abierunt in formulam & consuetudinem scribendi, magis accipiendae sunt pro verbis styli communis, quam dispositiuus, & nihil operantur *Molin. in consuetud. Paris. tit. 1. §. decimo. Bartol. l. 1. Cod. de iure Codicill.* Atqui licet *Ohwald Strölin* vnus ex confortu numero, praesens in Iudicio fuerit, & sic non per se tantum, sed etiam confortu nomine Appellationi renunciaisse dici possit: Tamen cum hoc factum confortu reliquorum mandato manifeste repugnet, ipsis praedictum non debet

debet, nec potest: Imprimis, cum ex post facto id nō ratificaverint, sed potius contrarium, & verbo & facto præstiterint.

7 Vnius igitur † consortis præcipitancia, aliis obesse nō debet. Sic procuratores quoq; sua renunciatione iisdem præiudicare non potuerunt:

8 † quia talis renunciatio, donationis, seu dilapidationis instar obtinet l. filius familias. de donat. leg. contra iuris. §. filius iuncta gl. verb. nō habere de pact. quæ mandatum speciale (quo tamen procuratores hi destituti fuerunt) omnino requirit, Angel. l. ab executione. §. final. de appellat. l. Liberorum. rem ratam haberi. In tantum, vt etiam procurator cum libera, non nisi in commodum sui principalis, firmiter renunciaret. l. si procurator. numero tertio, de oper. noui nunc.

9 Imo nec etiam in alternatiuis, † sine speciali mandato, vel subsecuta ratificatione, Domini voluntatem procuratores declarare vel eligere possunt Molin. in consuetud. Paris. tit. 1. de mar. feud. §. 14. n. 11. post Bart. in l. si stipulatus fuerim circa finē. numero 6. & l. ibid. numero 9. de verbor. obligat. Posito ergo, quod Procuratorum arbitrio relictum esset, alternatiue. aut acceptare sententiam, aut appellare: Tamen penes eos non steterit, libera eligendi voluntas, maxime id, quod Dominos improbasse, ex interiecta, intra decendum, appellatione, satis superq; constat. Quamobrem procuratores, renunciando appellationi, potius fines mādati transgressi sunt, quam, quod iussa fideliter peregerint. Hinc factum illorum est irritum, & nemini præiudiciale, ac per consequens, renunciatio pro nulla habenda. Idq; eo magis, cum de contraria mente ex dicta appellatione constet, nu. 12. Concludit Referens, prætenfam renunciationem deuolutioni Appellationis, quoad principales, non obstare.

Interuenienti obiicitur, Appellationem non esse deuolutam, propter interesse nullum, & desertam, propter defectum formalium. Et quamuis in formalibus nullum defectum videat: Tamen cum interesse sit nullum, aut sane admodum exiguum, nec ordinationi Cameræ conueniens, quoad ipsum, appellationem non deuolutam, nisi ex communi Appellationis beneficio admittatur, concludit. Atq; hinc etiam articulos Replicatorios pro interueniente, reiecit.

An vero grauamina ad probandum admittenda, vel super principali causa, cum de eius meritis satis constet, pronuntiandum sit, subsistit: quia in prima & secunda instantia lis contestata. Quamuis autem omissio eius in prima instantia, vt est iuris positiui, & processum solum respicit, videatur in secunda instantia reparata, vt Gail. obseruat. 75. libro primo. adeo, vt definitiua ferri possit, in hac causa plana, præsertim, vbi de meritis satis constat: Tamen cum eadem litis contestatio † in Camera non sit iterata, ex præscripto ordinationis, & stylo Cameræ, conclusio potius rescindenda, & partibus litis contestatio potius iniugenda videtur, Gail. obs. 76. lib. 1.

Sed non obstantibus his (saluis votis) in causa principali, † secundum qualitatem cōtrouersæ, definitiue pronuntiandum putat, per rationes.

Primo: quia † præsens causa concernit punctum litis, quo casu non opus est litis contestatione: Innoc. c. cum inter. de consuet. Lansfranc. Clemen. sepe. verb. de plano. de verb. signif. Secundo: † Quia lis est mota inter partes, seu homines rudes ac simplices, in quorum causis processus, absq; libelli oblatione subsistit: Socin. reg. 289. fall. 5. Ergo etiam absq; litis contestatione: cum in iure nostro pro regula tradatur: in omnibus causis, † in quibus non requiritur libellus, litis contestationem omitti posse, Gail. obs. 76. n. 4. Socin. c. quoniam frequenter. n. 27. & n. 77. vt lite non contest.

Tertio: † quemadmodum litis contestationis effectus, in prima instantia factæ, se extendit ad secundam instantiam, vt in illa denuo repeti necesse non sit: sic reparatio omissæ litis contestationis, † quæ in secunda instantia facta est, intelligitur cum effectu interuenisse, adeo, vt ad instantiam Cameræ extendatur: siquidem verba † cum effectu accipienda sunt l. pen. §. docere. ne quis eum, qui in ius.

Quarto, † id que eo magis, cum etiam in prima instantia lis contestata videatur, eo ipso, quod Reus postulationem verbalem Actoris † statim in continente, respondendo iudicialiter negat. Eiusmodi negationem litis contestationis habere effectum, tradit Bartol. in l. 1. c. de lit. contestat. num. 3. Marant. de lit. contestat. num. 4. per l. si dubitatur. §. ita dēnum. de fid. iuss.

Quinto: † quia Actores diuisionem hæreditatis auitæ, secundum morem illius Iudicij petunt: Prout secundum morem eiusdem loci, & illis dict. hæreditas in sententia pro rata adiudicata. At in rusticis tribunalibus † plerumque moris est, vt sine litis contestatione procedatur. Ergo eo magis reparata est in secunda instantia.

Sexto: † quoniam Exceptiones 1. Iunij Anno 71. & sic post recessum Imperij Spirensis, Anno 79. versic. Demnach sollen. in quo iniunctum est partibus, † vt exceptionibus quibusuis, & defensionalibus articulis, litis contestationem euentualem annectant, productæ sunt: cui cum tamdiu, tot terminis & prorogationibus obtentis, & elapsis non obtemperauerint, absque cunctatione lis pro contestata acceptari, & ad definitiuam procedi posse putat. Concludit, ex rationibus prædictis, grauaminibus reiectis, definitiue pronuntiandum. Nec mouetur, quod ex Gail. supra adduxit, propter omisam litis contestationem, in Camera conclusiones rescindi, & litis contestationem iniungi. Quamuis enim cōmuniter ita obseruetur: Tamen non admodum rigorose huic solennitati (quæ alias etiā de iure communi, in instantia appellationis omitti posse, dictum est) inhærendū. Quin habita ratione circumstantiarum, negocij

gocii definiendi, ab ea recedere non liceat: cum
 24 nulla regula † tam firma sit, quæ non exceptioni
 sit obnoxia, maxime in hoc summo iudicio, in
 25 quo iudex litium finiendarum gratia, † magis
 secundum æquitatem, quam rigorem iuris, iudi-
 care debet. *Gail. obseruat. 42. lib. 1. num. 1. & ex offi-
 cio supplere, quoties ob defectum alicuius so-
 lennitatis (quæ, vt dicit Abb. cap. in causis. de re iudic.
 iusticiam causæ non alterat) iudicium deficeret.*
 26 Quia eiusmodi supplementum, † non solum
 partium commodum, sed etiam publicum fa-
 uorem, vt videlicet sit litium finis, cõcernit. *c. fin.
 litibus. de dolo & contumac.*

Procedendo ad causam principalem, intentatam
 hæreditatis petitionem, concludit: Quia illa
 non solum competit pro vniuersa, sed pro eius
 parte, &c. *l. 1. si pars hæred. per.*

Actores sic probant: conuentum sic esse inter
 magistratum & Auum litigantium, de bonis cuiusdam
 furiosi ipsorum propinqui, vigore cuius
 petunt bona eiusdem diuidi. Hæc conuentio,
 cum sit in conf. sso, & saltem de eius intellectu
 controuertatur, videbimus primo, an de iure ta-
 lis conuentio consistat. Deinde de eius intelle-
 ctu, & an ius transmittendi ex illa auo delatū sit.
 Et pro parte negatiua, nẽpe, quod non consistat,
 facit: Quod hoc non solum hæreditatem viu-
 entis, sed etiam alienam cõcernat, vnde neque vim
 contractus, neque pacti, neque vltimæ volunta-
 tis, neque alterius cuiusque conventionis robur
 obtinere potest.

27 Indubitati nãque iuris, quod de re, † siue hæ-
 reditate aliena, & viuentis, neque pacifici, *lege pa-
 ctum quod. l. fin. C. de pact. ibi Dd. neque testari l. here-
 ditas. C. de pact. conuent. filius noster de testament. ne-
 que causa mortis donare l. licet. iuncta gloss. ibi. verb.
 mortis causa. C. de pact. l. stipulatio hoc modo. de verb. ob-
 ligat. Neque tandem hypothecæ nomine, aut per
 quemuis alium contractam obligationem con-
 trahere liceat, d. l. fin. in fin. Atque hæc adeo pro-
 cedunt, vt nec pater quidem ipse, † de hæredita-
 te filij sui disponere possit, *lex facta. in princ. de vulg.
 & pupill. §. qua ratione. Instit. eod. At si patri non in-
 tegrum sit, de rebus seu iuribus filij sui puberis
 disponere, & ei inuito hæredẽ obtrudere, mul-
 to minus id magistratui licebit, qui non eandem
 in subditū, quam pater in filiū habet potestatem.**

Quin imo cum patri soli hæc potestas, filio
 substituendi furioso exemplariter, legibus con-
 cessa sit, omnibus aliis, & sic etiam magistratui
 29 videtur interdicta: cum vnus inclusio, † sit ex-
 clusio alterius, *iuribus vulgæ.* Quod præcipue in
 præsentis facti specie attendendum, cum id in
 30 præiudicium tertij, cui ius suū † nec priuata, nec
 publica autoritate auferri poterit, vergere vi-
 deatur.

Pro parte autem affirmatiua, quam etiam se-
 quendam putat, militat officium Iudicis, ad
 31 quod spectat, † prospicere miserabilibus, ma-
 xime iis, qui, vt inquit I. C. l. prima, de maior. ob æ-
 tatis infirmū consiliū, aut etiam propter defe-

ctum rationis & iudicii. §. qua ratione. *Instit. de
 vulg. & pupill. rebus suis præesse nequeunt.*

His in primis annumerantur furiosi, de quo-
 rum † non solum alimentis, sed etiam custodia, 32
 ne sibi, vel aliis sint nocumento, Iudex diligen-
 tem curam habere debet, *l. congruit. §. fin. de inoffic.
 prasid.*

Non enim patrimonium, solum furiosi, † sed 33
 etiam corpus, ac salus eius tuenda est, *lege consilio,
 de curat. fur.* Quanto enim digniores sunt perso-
 næ, quam res, tanto acriori indigent cura & pro-
 uidentia. Vnde etiam Iudex, vel magistratus,
 † necessarios furiosi, si in eius custodia sint ne- 34
 gligentes, æque ac custodem carceris negligem-
 tem, non tantum punire, *dicit. l. congruit. §. furiosif.
 iuncto §. sequenti, & ibi Odofred. de offic. prasid.* Sed &
 proximos agnatos furioso alimenta detrectan- 35
 tes, † hæreditate eius priuare, & alium extrane-
 um, qui eum alit, casu, quo intestatus deceffe-
 rit, ad eandem admittere potest: *authentic. vt cum
 de appellat. §. si quis de prædictis. & ibi gloss. verb. neglexe-
 rint: auth. liberi furiosi. iuncta gloss. verb. nuptias de
 Episcop. aud. facit l. 3. de his quibus vt indign.*

Neque hic pro abundanti reputanda adie-
 cta clausula: cū maioris declarationis gratia adie-
 cta videatur, *l. si. ibi Bald. C. de Donat. l. testamentum.
 C. de Testam. l. non solent. de Reg. iur. & superfluum
 non dicatur, † quod addit maiorem declaratio- 36
 nem, ac dilucidius animi sensum exponit glossa
 cap. primo, verb. in filio. notatur in l. fin. C. de pact. ibi Bo-
 logn. Idcirco hanc fuisse m̃tem contrahentis, vt
 scilicet conditio in commodum hæredum re-
 trotrahatur, quod hæredum repetitio toties re-
 petita testatum facit.*

Deinde nõ solum in contractibus principiõ,
 sed etiam in receptione furiosi, bonorumque
 ipsius & tandem in obligatione reciproca, con-
 trahens nõ solum se, sed etiam hæredes suos ob-
 ligatos voluerit. Quare enim voluisset hæredes
 grauare, onere alimentorum, custodiæ & cu-
 ræ furiosi, nisi eosdem cõmodo quoque bono-
 rum ipsiusmet furiosi affici voluisset: cum onus 37
 sentiens, † commodū ferat. Quamnam ob cau-
 sam, non solum sua, sed etiam post mortem hæ-
 redum, bona in commodum furiosi obligasset,
 nisi & ipsiusmet eo in statu decedentis bona,
 hæredibus suis affecta voluisset. Cum nemo hæ-
 redes suos, † præfertim naturales & legitimos, 38
 deterioris conditionis velle efficere, quam ipse
 sit, præsumatur. *l. fin. C. de curat. furiosif.*

Proinde, quid opus fuisset, hæredem obliga-
 re, nisi tam voluntate contrahentium, quam
 ipso iure, implementum conditionis ad hæredes
 transmitti debuisset? Nonne si diceremus, hunc
 contractum, defuncto Olivaldo, conditione
 pendente, extinctum, obligatio illa esset vana,
 nulla, & irrita, ac prorsus conderet: Cum ta-
 men in interpretandis dubijs † eo intenti es- 39
 se debeamus, vt gesta & acta à partibus, non
 sint frustratoria, sed quantum fieri potest, sub-
 sistant: notatur in *c. in ver dilectos, de fid. instrument.*

cap. contra eum. & cap. vile. de regul. iur. in 6. l. quories. in fin. de reb. dub. Quid quæso, si in interpretatione sequendum est id, quod verisimile est, ut supra dictum: vero magis consentaneum est, si naturam ipsam in hoc sequamur ducem, quã contrahentem, eo ipso, quo hæredes onerare, etiam commodare eisdẽ propẽsum fuisse: & sic de ipsorum potius dispendio, quã cõmodo tractare noluisse.

Quod dicere haud possemus, si opinioni Appellatorum accedamus, & cõtractum in defuncto Osvaldo expirasse dicamus, reducendo hanc interpretationem ad æquitatem & benignitatem. Quid æquius, quã ut hæredes factum promissumq; præsent defuncti, & ut pactorum fides seruetur, quid benignius, quam eos declarare eius successores quẽ auus & pater ipsorum per multos annos fouit, aluit, & sustinuit, suaq; & hæredum suorum bona pro alimẽtis eiusdem casu, quo bona sua non sufficerent, obligauit. Quod equidem nulla alia, nisi successionis aut transmissionis spe in se recepisse præsumendus est: nemo enim suum iactare dicitur.

Præterea magis magisq; cõfirmatur hæc sententia ex eo, quod Iudices primæ instatiæ, & ipse loci Dominus, in quorum iudicio celebratus, referuatus & reproductus fuit præsens contractus, sic eundem declararint & interpretati sint: atque etiam huius vigore omnibus hæredibus contrahentis, pro rata, bona cõtrouersa adiudicarint: qui licet propter longi tẽporis intervalũ, quod ab initio hoc cõtractu præterit à principio huic trãfãctioni vix interfuerint: Tamen ex circũstantiis tẽporis, loci, personarum, & aliis coniecturis, quẽ plurimũ in hoc suppeditare solent, verisimilem huius rei notitiã habuisse censentur. Atque hinc magis dextre, quam alii, quibus hæc fuerunt incognita, hunc cõtractum declarasse videntur. Quare nõ facile, nec ex graui ratione ab illorũ intellectu recedendũ, quia forsitan & propter hanc causam hæredes ex hoc contractu voluerunt effici, ne forte, prout est humanæ sortis fragilitas, principali decedente, ipsi magistratus hac cura & sollicitudine iterum cõstitarentur: Sed ut præfatus furiosus perpetuo quosdam haberet obstrictos, quorum beneficio ipsi, dum viueret, prospiceretur, & magistratus in posterum hoc onere subleuaretur.

Nec obstat, quod in principio eiusdẽ dispositionis contrahenti in compensationem vsufructus bonorum furiosi cõstituatur: Et si quid ultra impẽsum fuerit, iudicis moderamini reseruetur. Nam ea satis explicantur per sequentia, qui hæreditaria eiusdem proximo agnato cui alias lege ciuili deferebantur, sub hoc pacto seu cõditione, si furiosus in furore decedat, & ipse interim eũ alat, custodiat & curet, cõferre poterit.

Secundo: Contractum hunc de bonis furioso si consistere; quod cesset † ratio prohibitionis, qua cessante, cessat prohibitio *lege. quod dictum. de pact.* Sed hic esse sublatum, inde colligitur: nam inter alias, quas leges, earũque interpretes, hu-

ius prohibitionis adducunt causas, & hæc referatur: votum nimirum captandæ alterius mortis: quam rationẽ substantialiorem & principaliorẽ, vnde reliquæ, tanquam rami ex arbore descendant, nominat *Bologn. l. fin. C. de pact. numer. 23.* Quod hic subesse non suspicandum, cum magistratus auctoritate hæc pacta inita sint, cuius præsentia † omnem sinistram suspicionem excludit, *l. fin. quod met. caus. Bartol. l. fr. à fratre. n. 41. de condit. ob caus.* De magistratu enim nõ est præsumendum, † quod ansam inhiandi alienis bonis præbere, vel fenestram insidias struendi vitæ alterius contra legem naturæ aperire, sed potius eandem præcauere, & præscindere maluerit: cum ipse solus † scelerum vindex constitutus sit: Imo potius contrarium certo statuendum: Nempe si Iudex veritus fuisset, Osvaldũ captaturũ mortem furiosi, procul dubio hunc contractum cum eo non iniuisset, multo minus eius curam & educationem sub pacto & spe succedendi, eidem commisisset. Quia magistratui in primis incumbit, † ut sine maligna suspitione pupilli, quibus furiosi † in hoc æquiparantur, *Gloss. in l. 2. C. de curat. fur. tot. tit. de curat. furios. alantur & educantur. l. 1. vbi pupill. educ.* Atque in hoc imprimis personæ, temporis, conditionis & coniunctionis ratio habẽda est, ne committatur ei, in quem ex spe successionis, vlla insidiarum, mortis, suspicio cadere possit, *lege 2. Codice. vbi pupill. educ. leg. vidua. Cod. de nupt.*

Tertio: † pactum de succedendo & propter hanc causam à legibus nõ approbatum: quia impedit liberam testandi facultatem *l. pactum. Codic. de pact. l. si quando. §. primo. de inoffic. testamen. & propterea turpe dicitur, quia facit non esse liberi arbitrij, quod esse debeat: Gloss. l. auferre. de pact. gloss. lege 1. de SS. Eccles. cum tamen nec directe, nec per indirectum libertas supremi iudicij extingui possit, *l. cum duobus. §. idem respondit pro socio. Panor. consil. 41. libr. 2.* Hanc rationem hic deficere, verba dict. conuentionis testantur, quæ in eum saltem finem & sub ea tantum conditione concepta sunt, si furiosus in furore decesserit, Quo casu alias testamenti condendi ius, propter rationis defectum non habet, *§. præterea. quib. non est permis. sac. testament. Bart. in l. 1. Codice de SS. Eccles.* Subsistit itaq; & propter hanc causam contractus, de sustentando furioso sub cõditione de succedendo initus.*

Nec obstat, quod illud, quod non potest fieri pure, non potest fieri sub conditione. *l. Scius & Augerius. ad l. Falcid. Castr. in l. Seruo alieno. §. fin. de legat. 1. notatur. in l. fin. C. de pact.* Quia hoc non procedit, quando per appositionem conditionis, † tollitur ratio prohibitionis: Tunc enim, pure non procedit, sub cõditione re & fieri potest: *Bart. in l. Diuus §. fin. de fals. Bologn. d. l. fin. n. 62.* Quamobrem cum pactum tale iure conceptum, ne impediat libera facultas testandi, nõ subsistat, valebit saltẽ, si hanc minime remoratur, vel impedit, ut in terminis nostris, si sit conceptũ sub conditione.

tionem. Quæ conditio tacite referuat ius testandi ei, de cuius bonis pacificatur, si compos mentis redditus fuerit.

Quarto, contractus initus, tacita voluntate furiosi, de cuius bonis actum est, quodammodo confirmari debet, quo sane casu, accedente nimirum consensu eius, de cuius bonis, vel hæreditate agitur, eiusmodi conuentiones, tam anterioribus, quam nouissimis Codicis constitutionibus licitas esse, Imperator fanciuit, in dicta l.

48 *fin. Cod. de pact.* Tamen si furiosus, † quia ratione destitutus est, non solum pro absente, l. sed si vnus. §. filiusfam. de iniur. l. 2. §. furiosus. vbi Bartol. de iure Codic. Et ignorante leg. filiusfamilias. ibi Bartol. ad fin. de test. sed etiam pro mortuo habeatur, Bald. in l. humanitatis. in 5. colum. Codic. de impub. & aliis substituit.

49 Tamen idem etiam pro consentiente † in ll. reputatur, maxime in causis, fauorem ipsius cōcernentibus: qualis in præsentia videtur esse alimentorum, & custodiæ constitutio. Quo in casu iustam contradicendi causam non videtur habere, vnde consentisse præsumitur, notatur in leg. 2. §. voluntate. per Castrensi. ibi numero 7. & Ias. numero 10.

50 *solut. matrim.* Imo decretum † aut autoritas Iudicis supplet defectum, Bald. in leg. si furiosi, de nupt. Alex. d. §. voluntate.

Concludit R. eferens, Magistratū optime potuisse de alimētando furioso, sub spe successionis, contrahere: Imprimis cum illo ipso, qui eidem defuncto alias, cognationis iure esset successurus: Et hic nullum sublit tertij præiudicium: Quamuis etiam cum dispendio tertij proximioris cognati, detrectatis curam furiosi, hoc de iure fieri possit, ex supra traditis constat.

Nunc de intellectu conuentionis disquirendum: Videmus enim eandem in diuersas & contrarias hinc inde à litigantibus trahi sententias: Tria præmittit. Primo: præsentem cōuentionem sapere potius naturam contractus quam vltimæ

51 voluntatis: Quandoquidem vltima voluntas † saltem in vnus testatoris, contractus vero duarum personarū voluntate & autoritate consistat, prout notant Dd. in §. ex conditionali. de verb. obligat. post glos. ibid. in contractum autem † deduci

52 posse rem incertam, atque spem, ex futuro pendente, textus sunt in lege. nec emptio de contrah. empt. l. quod si in venditione. de hered. vel act. vend.

53 Secundo: In omni dispositione dubia, † recurrendum est ad iudicem, qui secundum suum arbitrium, dubium contractum interpretari debet, Bald. in l. voluntatis. numero. 1. Cod. de fideicom. Et

54 semper illam, † quæ æquitatem sapit, amplecti. l. in his. de cond. & demonstr. Bald. l. cum allegas. in fin. C. de vsur. & maiorem benignitatem continet. l. fin.

55 qui bon. ced. poss. Quæque iuri cōmuni conuenit, l. si stipulatus de vsur. Menoch. de arbitr. iud. quest. libro 1. q. 7. numero. 18. 19. Verisimilis † est, Grauet. cōsilio 135.

57 num. 33. Et infior, † ex multis scripturæ sensibus, Grauet. cōsfil. 70. numero. 14. atque eam denique

58 † qua vtrique parti cōsultum atque satisfactum, l. adoptiuus. §. 1. de ritu nupt. Bald. in l. bonorum, quæ. C.

qui admitti ad. &c. Et tandem † minime præiudicialis sit l. i. de suspect. tut. Menoc. de arb. iud. quæst. q. 2. casu 199. n. 16. per tot.

Tertio: de iure ciuili definita est regula certa & immota: quam etiam interpretes vno ore communiter sequuntur: quod videlicet in contractibus, † conditiones casuales, seu euentū futurum respicientes, actiue & passiuæ ad hæredes transeant, §. si quis. Institut. de inutil. §. ex conditionali. Institut. de verb. obligat. l. decem si petiero. vbi Dd. & l. si quis de verb. obligat. l. veteris iuris. Codic. de contrah. & commit. stipulation.

His sic præmissis, per cōtractum præsentem, sub conditione, si furiosus in furore decesserit, conceptum, ius transmittendi ad hæredes per auum fuisse delatum, & per consequens, implementum conditionis, eo defuncto, ad hæredes devolutum, per iura proxime supra dicta, statuit. Quia talis conditio per hæredem non impletur, sed casu, & fortuna. Ideoque quodocunque casus & fortuna euenerit, † hoc sufficit, ad consequendū id, quod sibi ex contractu conditionali debebatur: Gail. obs. 2. n. 2. li. 2. Quod adeo verū est, vt procedat, et si in contractu hæredum facta non est mētio, l. veteris, C. de contrah. & commit. stipul. l. viā veritatis. C. locat. Quia intentio cōtrahentis, † propter affectionē naturæ hominum erga

62 suos inditam, in dubio præsumitur esse talis, vt non solum sibi, sed etiam hæredibus suis prospicere: lege iuris gentium. §. pactorum. lege tale pactum. de pact. l. si pactum. de probat. Et contrahendo ius aliquod, quamuis conditionale, acquirere velit. l. nec emptio. Codic. de contrah. empt. l. si iactū. de actionibus empti. Wesembec. in dict. §. ex conditionali Institut. de verb. oblig.

Quapropter hic potissima † hæredū habenda erit ratio, cum non ex præsumptionibus & iudiciis de mente contrahentis diuinandum, sed expressis verbis eius voluntas satis superq; declarata sit, quod videlicet de hæredū commodo prouidere voluerit: dum semel atq; iterum, quo magis hanc suam affectionē exponat, hæredum mentionem faciat.

Quamuis autē glossa in leg. eum qui ita. §. i. verb. superuacanea. ibi Castl. numero 1. de verb. oblig. Quod in instrumēto contractus, clausula hæredum, sic superflua: Tamen hoc, contractui adiectum, sane interpretandi modus omnino frequens est l. qui filiabus. & l. si seruus. §. fin. de legat. 1. Sic enim in sequentibus, cōtrahenti, & eius hæredi, cauetur, in casu, quo furiosus in furore decedat: ita in præcedētib; prospicitur de illo casu, si furiosus compos mētis effectus sit, ne cōtrahens, vel eius hæredes, ppter fructus, ex bonis ipsius perceptos, ad rationem reddendam, & restitutionem conueniantur. Quare nec hæc clausula hæredibus erit præiudicialis.

Inde, (saluis dominorum votis) concludit in prima instantia bene iudicatum, male appellatum, compensatis expensis: Quia propter dubium sensum pacti, videtur iusta causa litigandi.

Vorum aliud, in eadem causa

D. Bq. Correferens: Quoad legitimaciones, desiderat ex parte Appellati, quod ipse, nomine vxoris se non legitimauit. In puncto deuolutionis, secundum submissionē nostram: dubitatur. Primo, An renunciatum sit appellationi, per quem. Secundo si non renunciatum, An debite appellatum sit? & an, per habentem mandatum? Tertio: Si absque mandato appellatum, An debito tempore facta sit ratificatio? Quarto, an interfit ipsius Nippenburg, quod in secunda instantia contra eius ordinat. pronunciatum.

Quantum ad primum caput, constat quidem ex actis, fol. 12. quod vtrunque appellationi renunciatum: Et quoad Actores, hoc factum per Procuratores illorum N. N. de quibus in primo mandato, fol. 3. Qui tamē fines mandati in eo excessisse dicuntur. Quia in d. generali mādato beneficium appellādi expresse reseruatum est. Nec etiam per principales eorum d. renuntiatio ratificatur, vt constat ex ipsa appellatione: Secus, si ratam illam habuissent: quia tunc per interuenientem † consensum, actus conuolari potuisset: *Natta consil. 262. num. 9. 10. 11. tomo 2.*

Deinde quoad secundum dubium, constat ex iisdem actis, eo ipso die quo causa in secunda instantia capta, latam quoque sententiam, hoc est 6. Martij An. 71. fol. 29. Et pro iustificacione appellationis, reperitur ibi missiua Nippenburg/ pro suo interesse, de dato Stuttgart/ 19. Martij, Anni eiusdē (quæ iudici à quo præsentatur eodem die, hora tertia vespere, fol. 31.) qua appellatur à die scientiæ, vt dicit ad Cameram: licet decimus dies ille fuerit. Quantum vero ad principales attinet, liquet ex instrumēto appellationis, quod 16. Martij D. Wrenstn/ hic pro illis, ac simul etiam pro Nippenburg/ vigore mandati, corā Notario & testibus in scriptis appellari. Quam appellationem d. principales etiam ratā habuerunt, vt constat ex eorū Epistola de dato 18. Martij nu. 1. Et sic intra decēdium. Vnde etiam tertium dubium resolutum est.

De quarto, multa verba fiunt: In eo autē solum versatur, quod putat, sibi ac sigillo suo iniuriā fieri, atque ignominiosum fore: Imo & multorum interesse, si eiusmodi contractus siue ordinationes Dominorum irritentur. Quod non magnificandum putat, quatenus Nippenburg cōcernit, cum interim, quoad alios, fieri debeat, quod iuris est: vt sic maxime attēdamus, de quorum præiudicio hic agatur.

Concluditur, exceptionibus nō obstantibus, causam deuolutam, nec locū esse vltiori probationi in hoc puncto.

Quoad causam principalē, de meritis similiter constat, vt frustra libellus ad probandum admitteretur. An autē litis contestatione nondum facta definitiue pronūciandum sit, dubitatur: Et videtur quidem sufficere, quod in secunda instantia cōtestata sit Mynsing. obs. 1. cent. 1. præsertim, quia de meritis causa latæ liquet: idem obs. 27. cent.

1. & obseru. 62. cent. 4. Facit Gail. obseru. 76. numero 3. lib. 1. Sed aliud est de stylo & ordinatione, † part. 69 3. tit. 32. 4. §. vbi in genere, & distincte litis contestatio iniungitur. Deinde, licet causæ summariz, † talem solennitatē de iure non requirant, Clem. 66 sepe. de verb. sign. Marant. part. 4. dist. 9. numero 1. Hoc tamen procedit, quando constitutione aut statuto ita disponitur, aut causa committitur, expedienda simpliciter, & de plano: Socin. in c. quoniam frequenter. numero 26. vt lit. non contest. Bartol. in lege 4. §. hoc autem. num. 11. de anno infect. vbi dicit, in omni causa, † in qua speratur certa sequi sententia, necessariam esse litis contestationē: licet ipsa causa debeat expediri summarie.

Præterea aliud in Camera obseruatur, teste Gail. obs. 21. numer. 9. de pignorat. facit Recest. Imperij de Anno 70. vbi solum punctus attentatorum, † & inhibitionis excipitur. Ne igitur præiudicium hoc in consequentiam trahatur, tutius erit, ante omnia litis contestationem iniungere, quod fieri poterit, ad proximam. Qua facta, causam ex officio pro conclusa acceptaret, & definitiue pronūciaret.

Ad merita. Actum petitione hæreditatis, quæ fundatur in actis, non solum super iure cognatis, respectu Martin Eht. mente capti, de cuius bonis agitur: Sed potissimum etiam super d. ordinatione, siue prouisione magistratus, de qua ibidem. Cuius vigore successionem sibi competere contēdunt Actores, & vtrunque est in confesso, non quidem ex persona d. Ehterlins/ sed aui potius sui, Anno 45. defuncti vt in actis fol. 73. 76. 97. Quasi dict. Osvaldus, ex pacto & conditione ibi adiecta dictorum bonorum proprietarius factus sit, vt fol. 70. & 77. Actum tamen illa conditio, Osvaldo viuentē, non euenerit, ex quo ipse, ante Ehterltn decessit: Tamē quia contractus siue pactū illud non solum pro se, sed etiam pro suis hæredibus interpositū, parū referre videtur, siue ipse, siue hæredes eius proprietarij facti dicantur. Constat enim, quod in personis hæredum cōditio impleta fuerit, & mēte captus etiam ab illis sustentationem habuerit. Atq; eo magis valida videtur dicta prouisio, quod in successione furiosi, aut dementis mortui, etiam proprius filius & facilius parens, vxor, maritus, & quicumque alius cuiuscūque capitis legitimus successior, per illum, licet extraneum, ac penitus incognitum, qui talem furiosum aut dementē in vita sua rexit, curauit, & aluit in negligentia prædictorum (qualis de Actoribus nostris dici nequit) ei in iure sanguinis, vel alias succedere debentium. excluditur, vt in auth. liberi. Codic. de Episcop. audient. Quæ iuri diuino conueniunt. l. Luc. 10. Guilielm. Bened. in cap. Raynuius. verb. & vxorem nomine Adel. decis. 5. numero. 259. Chassan. in consuetud. Burg. rubr. 7. §. 1. Furiosus enim † custodiendus, à venientibus ab intestato, l. diuus. de offic. presid. alias ei non succedunt: §. si quis. auth. vt cum de appell. cog. Cardin. Clem. 1. de homicid. Hinc pactum tale non contra bonos mores, sed propter utilitatem

litatem furiosi, pro valido reputandum videtur.

Præterea in dubio, vel quando de contrario non constat, de omnibus hæredibus, eadem est præsumptio, quod nullus eorum, quoad curam infani, in culpa negligentia fuerit, ac magis verisimile est, ut statim incipiente dementia, magistratus ipse, ex officio, cum d. Osvaldo & eius coniuge, uti proximioribus, tunc temporis contraxerit. Quare eo iustior videtur sententia primæ instantiæ, ubi omnes ex æquo admissi sunt.

An elisa.

Verum in cōtrarium mouetur Correferens, hoc principali Rei fundamento: actionem nimirum fundatam, non super d. prouisione, vel bonis d. Osvaldi, sed super consanguinitate & bonis d. infani, ut constat ex libello & petitione Actorum. Iuris autem, vt quia tempore mortis Eheritins vxor Rei, gradu proximior (sicut est in confesso, in actis secundæ instantiæ, post litem contestationem, fol. 73. quod & Reus acceptauit, fol. 18.) Hoc est, neque fratres, neque filios fratrum infans reliquerit, omnes ex trāsuerfo cognati ordine vocentur ad hæreditatem, vt qui gradu proximiores, præferantur *auth. post fratres. C. de legit. hered. §. si vero neq. auth. de hered. ab intest. venient.* Quod (si alia nõ obitent) firma est obiectio prop. er mediũ concludedi in libello, † cum ex illo qualitas actionis intetata demonstratur: *Bartol. l. certi conditio. in princip. n. 2. si cert. pet. Idem in leg. si prins. numero 31. de operis noui nunc. Dec. consilio 136 in princip. num. 1. & conf. 28. numero 3.*

Deinde posito simul etiã ex d. ordinatione actum: Tamen adhuc in dubium reuocatur, num illa de iure subsistere, & actores releuare possit, vel non.

Nam pro parte negatiua, multę sunt rationes:

71 Primo: † quia durante dementia, & eo viuente, bona eius fuerunt in suspensio: neque extitit, vel existere potuit conditio, nisi post mortem: Sicut & in ipsa ordinat. cautum est. Ergo Osvaldo contrahente prædefuncto, quo ad eius personam, nunquam ad impleta est cõditio: ita vt tanquam bonorũ proprietarius, ad hæredes suos, vel minimum transmittere potuerit, per regulam vulgatam, nemo plus iuris in alium, &c. Vnde Actores male in eo se fundant, sicut alias clari iuris est quod cessante furore † (cuius euentus, vsq; ad mortem, incertus est) administrationem rerum suarum ipso iure recuperet furiosus, sicut & prodigus, vbi sanos mores receperit. *l. i. ibi tam ff. de curat. furios. Gail. obs. 85. lib. 2.*

73 Secundo: † d. ordinatio de succedendo, non potest dici cum proximior inita (licet aliud sit, respectu curationis, & alimentorum) ex quo proximitas hic solum à tempore mortis furiosi spectanda & non tempore d. pacti *l. 2. §. legitima. & §. proximum de suis & legit.* Ergo iniuste videtur exclusus ille, qui postea morienti fuit proximior.

74 Tertio: † Appellati vxor, quæ tempore mortis proximior, & sic de iure legitima ab intestato successor est. *d. §. legitima.* non probatur in cura

dementis vnquã fuisse negligens, nisi quod maritus eius, verboteus tatum, vt fieri solet, aliquo modo inculpatur, vt in actis fol. 75. Adeo, quod hæreditatis eius incapax vel indigna dici nõ possit. Excusatur enim (si vel initiũ furoris spectemus) quod pater Osvaldus ei gradu præcessit, cui magistratus, matura prouisione curam demandauit, vt supra dixit. Cessante itaque necessitate, † & sic causa, cessat effectus, hoc est, priuatio 75 successionis: Ex quo illa solum fundatur super negligentia, culpa & impietate, qua nimirũ debito auxilio, cura & obsequio, furiosus à suis proximis, & veniẽtibus ab intestato destituitur, *d. auth. liberi. & dict. §. si quis de prædictis. & arg. l. indignum. de his quibus, vt indig.* Sicut etiam nupiam in Actis apparet, contra Reum, siue vxorem eius, vt indignã ista hæreditate, vnico verbo actum est. Quin potius illam ad æqualem portionem cum Actoribus admittendam, in confesso est. Nimis ergo mature, ac nulla adhuc legitima causa existente, per magistratum loci, & dict. Osvaldum patrem, de successione tractatum fuit: idque in præiudicium successu temporis proximiorum: sicque nulliter: Imo forte etiam minori ipsius furiosi commodo, si alij deinceps æque, vel magis idonei & parati, inuenti fuerint qui ob id neq; à cura, neq; succedendi ordine & iure, excludendi erant: præsertim obtento, quod etiam electa industria personæ, ea non semper, vel tam diu viuere possit, vt in præsentī casu accidit.

Quarto: † licet quando esset altercatio inter 76 coniunctos, quisnam illorum debeat alere minorem (cui etiam pupillo in plerisque æquiparatur furiosus. *§. quaratione. Instit. de pupill. substit. §. pupillus. ibid. de inutil. stipul.*) & tenere in domo, tunc debet † Iudex bonus arbitrari vtilitatẽ pupilli, *Caualean. in tract. de tutor. & Curat. n. 300.* Tamen si neque mater, nec auia, vel auus extat (qui præferedi, licet ab intestato successuri) debet iste pupillus † educari penes patruos agnatos, nõ habentes filios (quod hoc casu secus factũ est, cum dict. Osvald. quinque liberos habuerit) si autẽ haberent filios, & ab intestato d. pupillo essent successuri: Tunc penes auunculos, † nõ successuros, propter votum captandæ mortis, *Caualean. d. loco num. 301.* Ex quibus, & aliis infinitis iuribus conuincitur, quod eiusmodi casibus, vbi solum habenda est ratio administrationis alimentorum, & curæ, de nulla ob id fideiussione paciscẽda, vt sic cesset dict. ratio: Imo nec cura quidẽ suspecto demãdanda sit, quo pertinet etiam *d. l. 1. de curat. furios.* alias perquam facile euenire posset, quod multi hoc in exemplum traherent, & nullus esset eiusmodi pactorum (sæpe etiam maximo cum pupillorum, minorum, furiosorum, & similitum, tum & hæredum quoque eorum, et venientium ab intestato, dispendio) vel modus, vel finis, in quo etiam magistratus ipse, in ordinandis semel pro semper tutoribus vel curatoribus, abuti sua potestate posset.

Quin-

- 80 Quinto, † sunt certi modi succedendi, vel iure sanguinis, vel lege duodecim tabul. vel iure solennis voluntatis, quorum nullus est in tali facto de succedendo: quod non valet, cum sit contra mores bonos, *Dec. consilio 613. numero 2.* Et hic omnes allegant votum captandæ mortis, de quo & *Caualean. dict. loco. n. 32.* Vnde cautum est, quod
- 81 pacto † hæreditas dari non possit. *l. hæreditas. de pact. leg. fin. de suis & legit. l. si quando. §. illud. Codice. de inoffic. testam. l. licet. l. fin. C. de pact. Cephal. consilio 44. numero 11 libro primo.* Adeoque etiam substitutiones † odiosæ habentur, quia similem occasionem præbent captandæ mortis: *Sebast. Medices. tract. Mors omnia soluit. part. 1. numero 161.* Quo fit,
- 82 vt promissio, † facta genero fatuo per focerum, si eius filiam accipiat in vxorem, de faciendo eum hæredem, non valeat. *Caualean. d. loco numero 303. Franc. Viuius, in commun. opin. verb. pactum.* Et pauci sunt casus, quia regula illa, quod hæreditas non nisi testamento dari possit, excipiuntur, quorum duo apud *Zasl. stipulatio hoc modo. numero 51. de verb. oblig.* Primus, † si de successione disponitur per occasionem dispariter, non principaliter, vt si statutum cauetur, quod filia sint exclusæ, non extantibus masculis. Quo casu admittitur,
- 83 vel excluditur masculus. Secundo, † de patre inter liberos, qui quomodocumq; faciat testamentum vel diuidat, per eas ordinationes acquiruntur successiones liberis. Adde tertium in mutuo, & vicissitudinario pacto. † vt si alter sine liberis mortuus fuerit, id superstitem bona perueniât: quod valet cum sit obligatio conditionalis, & eueniente conditione, ad tempus conuentionis retrahitur, & in speciem donationis inter viuos cadit: *Boer. decis. 355. per tot. part. 2. Gail. obseru. 126. lib. 2. Wesemb. consilio 51. part. 2. numero 45.* dicit, talia
- 84 pacta † vt valent, natura sua reciproca esse oportet, per iura vt ibi.
- 85 Sexto: † principaliter hæreditas per d. magistratum Reo, siue vxori eius, adimi non potuit, per *l. iura sanguinis. de reg. iur. l. ius autem agnationis de pact. Ferrar. in form. libell. in causa societatis. verb. societatem. numero 7. Alexand. consilio 20. lib. 3.* Etiam si proximiores ante ipsam negligentes in cura fuissent. Cum illa, vt supra ostensum, nullius negligentia conuicta sit *l. 2. §. si mulier alias §. videndum. ad Tertul. vbi mater ex delicto quia non fecit tutorem filii, exclusa, non intelligitur exclusus filius ex ea, & sequens in gradu admittitur, Bald. in leg. maximum vitium. colum. 2. Codice. de liber. prater.*
- 86 Quia vt inquit, videtur odium † esse personale, de quo etiam *Natta consilio 581. n. 25. 31. 32.*
- 87 Septimo: † Si extranei ex d. ordinatione egissent non aliter ad successionem admitterentur, quam si eis, qui ab intestato ad furiosi hæreditatem vocantur, denunciationem in scriptis fecissent, vt eum procurare festinent, & iis nihilominus in cura negligētibus, ipsi in suam domum furiosum susceptum, sumptibus propriis, vsque ad finem vitæ, procurasse monstrarent. *dict. §. si quis de predictis.* Vnde patet, quod non quiuis, vel ita

simpliciter ad eiusmodi successiones admittatur, neque ab intestato venientes tam subito excludantur, nisi certis interuenientibus solennitatibus & requisitis. Quod cum in proposito non liqueat, nec probetur, imo nec allegetur quidem, quin potius contrarium, quoad sumptus, hic factum reperitur. Ideo minus per magistratum festinandum fuit, ad dictam ordinationem siue pactum de succedendo: licet secus, quoad curationem, vt *dict. l. 1. de curat. furios.*

Octauo: † quia d. Osvaldus pactus est de futura successione viuentis: Licet postea ea hæreditas sibi delata fuisset, ei tamen vt indigno, adimeretur, *l. 2. §. fin. de his, quib. vt indign. l. quidam in iure §. fin. de donat. Vasq. lib. 2. de success. resolut. §. 28. nu. vigesimo secundo,* nisi in hoc autoritas & interuentus magistratus excusasset.

Nono: † non obstat, quod idem Osvaldus, & post eum filius Mauritius, per aliquot Annos aluerint d. E. eiusque curam administrarint. Quia illud de solo vsu fructu bonorum d. furiosi, non de propriis factum est, prout etiam ad hoc bona sufficientia dicuntur, referendo ad confessionem Actorum. *fol. 74.* Et sic absque damno illorum, prout idem Reo ab Actoribus obiicitur: adeo quod etiam quilibet extraneus hoc fecisse dicatur. Multo minus asseritur, quod Actores, vel dict. Osvaldus & Mauritius, propter oppignorationem, de qua prædicto contractu nullum in bonis suis propriis detrimentum accepit.

Accedit, † quod ipsemet Reus per 15. vel 16. 93 Annos, idem, quoad curam, præstitit. Imo multæ adhuc molestiæ, si diutius superuixisset infans, ei forte perferendæ fuissent. Item, † recte 94 etiam retorqueri posset dict. oppignoratio, per omnia alia pacta, quæ in damnum administrantis vergere potuissent contra Actores ipsosmet, vt qui dicunt Reum eadem conditione & qualitate ad d. administrationem & curam admissum: sicque priora pacta de nouo iterum confirmata & reiterata esse.

Decimo, † non obstat *d. l. fin. C. de pact. vbi pactum valet, si viuis consentiens, in eodem consensu perseverauit, vsque ad mortem:* quia hic sumus in alio casu: Primo: † quod Eht. non potest 96 dici consensisse, tanquam mente captus, neque villo textu iuris probari potest, quod Magistratui hoc licitum fuerit. pro illo. Secundo: † is, de cuius hæreditate agitur, non potest ipse sic pacisci. *d. l. hæreditas C. de pact.* Minus ergo magistratus pro illo: Secus in *d. l. fin.* vbi tertiæ personæ de alterius viuentis hæreditate inuicem paciscuntur. Tertio: † illi tantum pacisci possunt, quibus alienæ hæreditatis spes est, & quidem de ea certo modo diuidenda & disponenda: *d. l. fin.* quod hic secus est. Quarto: † non videt fauorē vel commo- 99 dum aliquod furiosi in eo versari, nisi quatenus de alimentis & curatione actum est. E. supra dictum, quod etiã quilibet extraneus, de vsu fructu bonorum eiusdē idem fecisset. Quinto: † regula: 100 Quod

101 Quod pactiones eiusmodi non valeant, &c. extenditur etiam ad parentes. Licet enim cesset in illis vna ratio, scilicet, quod non infidietur vitæ liberorum: Tamen adhuc militat ratio generalis, in dict. l. fin. l. as. num. 5. Roman. num. 11. V. asqui. cent. lib. 3. de success. Schurff. consilio 20. cent. 1. Quod idem, si liberi et inter se fecerunt pactum, de hereditate patris viuentis, idem libro secundo, de success. progress. §. decimo octavo, num. 65.

103 Vndecimo, et non obstat, quod in conuentione Osvaldus, sua etiam bona hypothecauit, & in euentum alimenta promisit: Quia non ideo magis confirmatur contractus, quoad successionem, licet ratione curæ & administrationis, magis sic fuerit infans, suisque bonis prouisum & cautum, ne videlicet minus debite tractaretur, vel bona alienarentur, vel dilapidarentur, vel etiam deteriora redderentur. Ac verisimile est, hoc eo facilius ab Osvaldo factum, quod furiosum citius moriturum & hoc pactum sibi omnino lucrosam fore sperauit.

104 Vltimo, et non obstat l. i. vt actio. ab hered. & contra hered. quasi Osvaldo defuncto, ante impletam conditionem, hæredes in idem ius successerint. Quia cum pactum de succedendo fuerit et inutile, ac nullum, Ferrar. d. loco. nulla hæredibus datur actio: sicut nec ipsi quidem paciscenti, d. leg. hereditas. Nec potest vilo pacto referuari hereditarium ei, cui prius non competierat, l. ason consilio 1. numer. 100. lib. 2. Quare consideratis hic omnibus, & quod nusquam reperitur, eiusmodi pacta esse concessa, vel fundata, non videt, quomodo striete iure vxor appellati, à successionis prælatione, hac gradus prærogatiua, vllatenus excludenda, vel appellantes simul cum ea admittendi sint.

105 Concludit in secunda instantia bene iudicatum, male appellatum: nisi ex æquitate quadam, secundum plures hic circumstantias, & rationes concurrentes, quibus in contrarium argumenta, aliquo forte modo dilui possent, Magistratui (vt cui hæc omnia nota & perspecta fuerunt, quique furioso optime prouisum voluit) pro illo sic pacisci licitum fuisse, ac partes, tanquam ex dicto pacto hæredes, recte omnes concurrere statuamus. Vbi tamen mihi non constat, an defuncto Osvaldo, & vxore eius Magdalena, omnes quinque liberi illorum adhuc superstites fuerint, necne: Ita vt æqualis fieri debeat diuisio.

Et pro illa sententia facit primo. Quod Elyther- 106 (in et nunquam ad sanam mentem rediit, & sic testari non potuit: Institut. quibus non est permiff. sac. testament. §. præterea. leg. furiosum. Codic. qui testament. fac. poss. Et per consequens, cessat ratio Doctorum, cur tale pactum sit inualidum, scilicet, quod impediatur liberam testandi facultatem. Secundo: 107 quod contractum hic et fuit, quoad successionem, euentualiter saltem, siue conditionaliter, si in futuro manserit: quia prouisio talis, mediante magistratu, & loco furiosi, respectu alimentorum, & in recompensam grauioris curæ atque incerti euentus impensarum (etiam de propriis Osval-

di, & coniugis suæ bonis, si furiosi non sufficienter) per stipulationem facta, non videtur proprie pactum futuræ successionis: sed potius obligatio, descendens ex contractu, de præsentibus, inter viuos celebrato: licet effectum post mortem demum fortiatur, vt in simili de donatione inter viuos. tradit Gail. d. obseruat. 126. numero 6. libr. 2. Et de reciproco pacto, vt supra, & l. ason in d. l. fin. numero octauo, ibi, ex præsentibus collatione. Alber. de Rosat. l. 2. Codic. de pact. vbi etiam dicit, quodcumque existet conditio, retrahitur, per iura, vt ibi, Bartol. Socin. leg. pecuniam. numero 7. si cert. pet. at. vbi dicit: quod quando purificatur conditio, et perinde est, ac si contractus à principio fuisset purus, per leg. qui balneum. §. potior. qui pot. in pignor. hab. leg. necessario. §. quod si pendente. de peric. & commod. rei vend. Alberic. in d. loco vocat promissionem, ob honestam causam factam: Ita in proposito etiam pia & necessaria causa dici potest. Vnde propter dictam conditionem iterum libera testandi facultas, si ad sanam mentem rediisset, non fuit adempta. Quoad votum autem captandæ mortis, et ignoratur, an ex pacto id inducatur, cum in animo paciscentis versetur, Stephan. Aufser. ad decis. Tholos. quest. 452. citans ad hoc Bald. in cap. moribus si de feud. fuerit con- 110 trouers. Imo propter magistratum, et qui officium & autoritatem suam hic interposuit, & quodammodo iussit, omnis sinistra suspicio videtur cessare, Alexand. consilio sexagesimo quarto, numero secundo, in fin. libro quarto. Et proinde hoc pactum non videtur odiosum, et maxime, quia euenire potuisset, quod parum, vel nihil etiam lucri ex illo paciscentes, vel nunc hæredes, habuissent: Inspicitur enim, et quod euenire potest, glossa in leg. 112 si idem, §. fin. verb. adiudicari potest. de iurisdict. om. iud. gloss. in §. illud. in verb. copias. Institution. de rer. diuis. Et in his incerta Iudicis ratio, dubiusque euentus consideratur, vt per Gail. dict. loco, numero quinto.

Tertio: et pactum de hereditate viuentis ad- 113 mittitur, si fiat in consequentiam prioris contractus liciti: licet secus sit, si per se principaliter fiat: quia reprobatur est: Zephal. consilio 406. numero 17. libro 3. & consilio 466. numer. 69. & 70. lib. 4. Sed prior & principalis contractus hic iniustus est, ratione curæ & administrationis, & sic licito modo. Ergo, &c. Nam principalis intentio et consideratur, 114 & non attenditur, quod in consequentiam hoc cedat in utilitatem dict. Osvalden, & hæredum eius, vtputa, propter adiectum pactum de succedendo in residuo. Dec. consilio 31. numer. 4. per l. si quis nec causam. si cert. pet. Sicut omnis dispositio et ampliatur & restringitur, secundum suam causam finalem, & disponentium intentum. Wesembec. 115 conf. 51. part. 2. Imo quando interuenit et Iudicis auctoritas, tunc præsumitur actus utiliter factus, vt nor. Bald. in cap. sicut. circa fin. vers. item quero. num. 6. de re iudic. & in c. in princ. vers. querit Iacob. num. 7. de his, qui feud. dare possunt. per l. i. c. de prædijs decur. sine decret. libr. 10.

Quarto, et necessitatis causa multa, quæ alioquin

T t quin

quin sunt prohibita, admittuntur *l. casus. ibi Bal. C. de testam. l. 1. vers. sane de offic. consul. cap. 1. de pignor. Et*
 118 necessitas ꝛ illicito actu licitum facere plerunque solet. *l. tutor qui repertorium. in princip. de administ. tut. l. qui potuerunt. de manumiss. testam.*

Quinto: hic agnatus proximus, tam ratione cura, quam successionis ab intestato, & non tertius, vel extraneus pactus est, ꝛ qui etiam ad d. curam, præ cæteris remotioribus, tanquam habilis & idoneus merito electus fuerit. *l. 1. in fin. l. 2. 4. de curat. furios.* Et quavis nec in tali videtur cessare votū capandæ mortis, *Riminald. in d. l. fin. n. 3.* Tamen, vt ex supra dictis patet, hic aliud præsumendum est, præsertim propter piam causam & necessitatē, ꝛ quæ facit quoq; cessare præsumptionem doli. §. *si quis hominem. de pace tenend. Afflict. ibi n. 4.*

121 Sexto: ꝛ valet pactum de succedendo fauore piæ causæ, *l. in stipulatio hoc modo. numero nono, vbi citat Bald. & Alexand. in dict. lege fin. Et Tiraquel. de priuileg. piæ causæ. in 105. priuileg. vbi tamen in contrarium multo plures Zaf. d. l. fin. Omphal. libr. primo, c. 77. numero 12. tractat. ciuilibus politie.* Noster autem casus, si principalem intentionem consideremus, pro tali pia causa reputari potest: vnde pactum, in consequentiam adiectum, eo magis valere, quis dixerit.

Septimo, in d. pacto non comprehenduntur bona futura, ergo videtur pactū valere: quia tunc vt actus valeat, ꝛ impropriatur etiam verbum hæreditas. (quod tamen hic non reperitur) & intelligitur, id est, bona, quo verbo etiam solo vsi sunt in nostro facto, *Grauet. conf. 19. n. 7.*

Octauesimo: sicut recipiuntur pacta dotalia, aut promissiones referuandæ successionis futuræ, veluti in euentum, liberis non extantibus, aut si paciscens moriatur sine liberis, successio referuatur agnatis proximis, si hæc publicam vtilitatem respiciant, & ius agnationis conseruent: quia in tali
 123 prouisione siue ordinatione, ꝛ cessant illæ causæ, cur pactum futuræ successionis affirmatiuum, non recipiatur, & hæreditas pactis stare nequeat:
 124 Ac spectatur ius publicum & agnationis, ꝛ cuius studio omnes commouemur, vt tradit Omphal. dicto loco, libro primo, capit. septuagesimo septimo, numero 33. Et facit, vt magis communiter Dd. volunt,

125 substitutionem fauorabilem esse, ꝛ fauore agnationis, vt bona conferentur in familia, Medices, in d. tractat. mors omnia soluit. part. 1. numero sexagesimo secundo. quibus adde Bocr. decisio 355. numero tertio, vbi dicit, communiter teneri talem donationem:
 126 societatem ꝛ & fraternitatem reciprocam (scilicet, vt superuiuens, vel eius liberi, haberent omnia bona decedēt sine liberis) valere inter fratres, ratione conseruationis agnationis factam: sed etiam inter alios initam, tam in contractu matrimonii quam alias, si aliquid sibi pro iure testandi retinuit. Ita & eadem ratione præsens quoque contractus seruandus videtur, cum & ius publicum, & auctoritas magistratus, in dandis tutoribus verse ur, ne futioli, & huiusmodi miserabiles personæ in damnum etiam Reipublicæ, cu-

ra & administratione Reipublicæ destituantur: Tum agnati quoque bene meriti, ꝛ debita successione & conseruatione agnationis gaudere, fruique possint.

Nono: Exemplaris substitutio ꝛ fieri potest p. 128 p. illo furioso, in potestate testatoris constituto, vt contra communem, Vasquius, post alios tenet, dict. l. 2. de success. progress. §. 17. numero 39. cum seq. & numero sexagesimo oct. auo. Etiam absque impetratione à Principe, vt idem communem ibi dicit numero septuagesimo quinto, Dd. in l. humanitatis. Codic. de impub. & alior. substit. Quod idem magistratui ꝛ in simili concessum videtur: cum iterum eadem militet ratio, videlicet, humanitas Imperatoris, erga tali morbo laborantes, Vasq. di. loco, numero vigesimo nono, per d. l. humanitatis. & l. Imperialis. C. de nupt. vt illis sic prouideatur, qui per mentis defectum testari nequeunt, Vasq. numero primo & quinto, in d. l. humanitatis, leg. ex facto. in princip. de vulg. & pupill. §. quæ ratione. Instit. eod. titulo.

Decimo: si furor, siue dementia in d. Est. vel per interualla saltem cessasset, ac de mente sua interrogatus fuisset, proculdubio (sicut & verisimile est) factum hoc magistratus, tanquam in vtilitatem eius, ex iusta necessaria causa gestum, non improbasset, sed libenter annuisset: sufficit enim, si vel postea superueniat consensus, cum sit ambulatorius, & fictione partium retrotrahatur, & vitium purgetur: *Roman. in d. l. fin. n. 89. Dec. dict. conf. 31. n. 4. Grauetta dict. conf. 19. n. 3.* Vnde, rebus sic stantibus, in eadem voluntate permansisse præsumitur, vt sic locus sit dict. l. fin.

Vndecimo: ꝛ si hoc de consuetudine etiam sit (de qua tamē non constat) non fortius procedit tale pactum, & valet, *Guiliel. Bened. in dict. cap. Raynutius. verb. duas habens filias. n. 97.*

Duodecimo: ꝛ Quia d. Osvaldus, pro se & hæredibus, ita cum magistratu conuenit, merito etiam hæredes obligantur, & in factum, vel præscriptis verbis tenentur *l. facto successorum. in fin. Codic. de pact.* Actiue enim & passiuè, in omne ius eius successerunt *l. qui in ius. leg. inuitus. §. cum quis. de reg. iur.*

132 Tredecimo: Quia bona in pactum ꝛ deducta, statim ex obligatione debeantur, vt supra deductū, merito ad hæreditatem Osvaldi pertinere dicuntur, vnde diuisio ex d. ordinatione, siue simpliciter, tanquam bona Osvaldi, vel etiam tanquam furiosi, iuste petita videtur. Improprandi enim sunt verba, ꝛ cum de meritis constat, & respectiue intelligendo, num vera sint. Vcl possunt etiam, & quidem verius, ad hæreditatem libitorū Osvaldi (quorum tempore conditio euenit) dici pertinere, cum etiam pro ipsis pactum sit, & non nihil hic rusticitati & simplicitati cōdonandum, quoad Klag.

Decimo quarto, ipsemet Reus non solum cōsensit in d. ordinationem, & sub priori pacto bona litigiosa consecutus est, sed etiam reliquis Osvaldi hæredibus, quibus ius ex primo contractu quasi apparet, minime præiudicare potuit.

euir. l. in insulam. in fin. l. mulier. vbi gl. solut. matr. l. stipulatio de iure dot.

Si igitur maioris voti Dominis ita visum fuerit, vt ponderatis supra dictis, ex æquitate & interpretatione, siue in argumētum potius, quam expresso & stricto iure, controuersiam hanc decidamus: non refragabitur, vt cum Domino Referente pro sententia primæ instantiæ pronuncietur. *Compensatis omnino expensis.*

Aliud, in eadem causa.

Ego, cum Dominis Referentibus, in concernentibus processum, sentio. Et quoad litem contestationem, consilium Correferentis, propter literam ordinationis tit. 22. §. 4. libr. 3. & stylum receptum approbo.

Circa causam merita, Appellantes nituntur obtinere, se in defuncti Ehterlingi bonis, cohæredes pronunciarī, duplici ex causa: vel principaliter ex duobus fundamentis. Primo: quia cum Reo sint veri & legitimi cohæredes, in d. bonis furiosi. Secundo: quod id ius succedendi, ex pacto & conuentione partium, cum Osvaldo, Auo ipsorum, partim inter ipsos Actores & Reum, siue Appellatum inito, acquisierint.

De primo, Actum est in prima instantia, id quod aperte docet libellus, siue actio, tunc proposita, & insuper lata sententia. Quod vero id fundamentum iure non subsistat, sed contrariam habeat determinationem, per se manifestum, & à Dominis Referentibus deductum est. Cui nec opitulatur consuetudo loci, in sententia quidem allegata, sed nullibi probata, sicut & iuris decisione, erronee nixa est ea sententia.

Secundum fundamentum, pactio videlicet, siue conuentio, de alendo & sustentando demente, donec is viuat, cum Osvaldo, interueniente autoritate & consensu legitimi magistratus, sub conditionibus illis, quas tenor conuentionis exhibet, inira, mea opinione in iure permissa, & quo ad personam ipsius Osvaldi, valida est, & subsistit. Est enim pactum successionis ꝛ referuandæ, quod ius potest is, qui alias successurus est, ei, de cuius hæreditate agitur, pacto sibi reservare, nec viciatur tali pacto, quamuis sit super successione, per tex. qui ab omnibus allegatur, in §. fin. Institur. de legit. agnat. success. Isto iure defenduntur pacta dotalia, ꝛ quibus disponitur super successione, casu, quo vnus coniugalis fœderis præmoriatur, quis cognatorum succedat: cum tamen in solis testamentis id fieri receptum sit, & non in pactis dotalibus, leg. hæreditas. de pactis. conuent. leg. pactum quod dotali. Codic. de collat. leg. pactum. Cod. de pact. l. cum donationis. Cod. de transact. Sic alienat Vassallus feudum, ꝛ sine consensu Domini, in agnatum alias successurum: quia is contractus concernit ius successionis referuandæ, & est potius refutatio, quam alienatio, inter agnatos, c. i. in glossa. verb. concederetur. ibi Bald. & Aluarot. in c. fin. qua fuit prim. caus. benef. amit.

Hinc etiam defenduntur cōsuetudines, ꝛ quibus fiunt pacta familiæ, circa dispositiones, quod

certo modo succedatur Dd. in leg. omnes populi. ff. de iustit. & iure. Schurff. consilio 17. numer. 17. cent. 1. Cumque furiosus tali casu prodigo & pupillo æquisauer, authoritas (in specie vide Zaf. in leg. ex facto, numero 29. in fin. de vulg. & pupill.) & ratificatio magistratus, fictum consensum adhibens, actui nostro robur addit. Quod enim ꝛ Iudex facit aut decernit, id recte, & iure factum dicitur Bald. in l. errore. Codic. de testam. Inde enim fit licitum, quod alias est illicitum, l. ait prator. §. pen. ibi glossa verb. imputandum. de minoribus l. 2. §. Casius. de aq. pluui. arcend. Damhoud. de pupil. patroc. fol. 19. n. 60. 63.

Quod vero d. Osvaldus, dum vixit, & post eius obitum noster Appellatus, dicto Ehterlingi mortis eius tempore, proximi cognati & hæredes fuerint, ex actis, & confessione partis constat. Ideo infertur, pactum id, in personis ipsorum defendi posse, notat Vital. de Cambinis in tract. Clausul. rum. verb. renunciatio successionum mihi fol. 254. & Dd. in l. stipulatio hoc modo. de verb. obligat. & in l. fin. C. de pact. Accedunt & alia rationes, per Dominos Referentes lata, ad hoc propositum adducta.

Cum itaque Appellantes nostri, & primarii Actores, gradu remotiores sint Appellato, & Reo sicque per ipsum appellatum, successionis ius illis præcludatur, & consequenter, eorum respectu, prædictum pactum, quo maxime in grauaminibus Camera nituntur Appellantes respiciat ius successionis acquirendæ, & non id, quod iam habent, referuandæ, sicut de prædictis personis dictum (quo fit: vt ea grauamina ad probandum minus sint admittenda) Ideo puto, nec id pactum, cum auo, & patruo ipsorum, tanquam proximis hæredibus inito, ad Appellantes, veluti gradu remotiores ipsi furioso, de cuius successione agitur, extendi debere, per rationes & argumenta, à Domino Correferente primo loco adducta. Quibus addo, quod ꝛ non transmittitur ius ex obligatione, cuius conditio defecit, per textum in l. 1. §. si impubere. ibi. questio est, an hæredi suo relinquat arrogatam Quartam actionem? Respondet Vlpianus, præmaturam speciem esse collationis, cum adhuc viuat is, cuius de bonis quarta debetur: id est, Arrogator; facit tex. in auth. si qua mulier. C. de SS. Eccles. per Bart. in l. si arrogator. in 2. lectura. n. 19. de adopt. Cyn. post in l. fin. de liberis agnoscendis. Quibus & ipse tenor conuentionis, si exactius perpendatur, potius accedere, quam resistere videtur: ne is emolumentum habeat, qui onus non sustinuit.

Inde concludo, in secunda instantia bene iudicatum, male appellatum, *Compensatis expensis.*

Salus votis Dominorum.

Aliud, in eadem causa.

D. L. Diui Severi beneficium, quod habetur in l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tutel. quo possessiones, ꝛ sine decreto præsidis pupillorum, detrahi prohibitum est, non iniuria ad agnatos etiam furiosi porrigi, tradit Imperator in l. 2. Cod. de curat. furios. Si igitur citra præsidis decretum res mente capti etiam ab agnato eius distractæ sunt, alienatio non subsistit. Hinc Vlpian. in l. 1. dicit: quod si forte as

T t 2 alie-

alienum tantum erit, vt ex rebus mobilibus non possit hoc solui, tunc Prætor vrbanus, vir clarissimus a deatur: qui pro sua religione existimet, quæ possint alienari, & quæ obligari debeant.

Quibus præmissis, in præsentī casu patet, ex actis non relucere, quod parens furiosi ei in testamēto curatorem dederit: Ea propter cum nullus à patre ei sit datus, † lex, quæ eius curam habeat, proximum agnatum vocat. §. furiosi. de curat. Instit. l. fin. §. & inuentario. C. de Curat. furios.

Quo cessante, aut non ideo forsitan existente, ex iudiciali electione, curatorē ei dari necesse est: plane vigore harum constitutionum à Iudicibus istius loci, nostro furioso, agnatus eius Olvvaldus, tunc temporis furioso proximior, quantum ex actis liquet, datus est Curator, qui eum certis conditionibus educandum, alendum & sustinendum recepit. Quæritur, an talis conuentio † inter magistratum loci, & assignatum eius Curatorem, in ita, de iure subsistat, necne. Et certum est, ex d. iuribus, magistratum loci, de alendo furioso, cum proximior agnato, vel quouis alio, si is, vel ei, minus idonei reperiantur, agere potuisse. Quæritur ergo de modo: An scilicet expresso modo, in d. concepto potuerit? Et sane existimat, † quod etiam supra scriptis conditionibus & modis, recte magistratus furiosum alendum curarit. Nam licet id munus tutelæ sit gratuitum, & mercedem non recipiat, gloss. in l. in eos. de tutel. gloss. in l. i. mandato. verb. nisi gratuitum. D. Mandat. Tamen ob iustam causam, Iudici cognitam, nihil prohibet, taliter cum curatore furiosi conuenire, & loco mercedis, curatori bona furiosi applicare. Damhoud. in patroc. pupill. c. de tutorum & curat. merced. n. 8. & seqq. Guid. decis. 68.

Et in præcedenti casu iudices asserunt: Dasi die Noturste erfordert ihm ein Ketten vnd Eysen anzulegen. Item: möcht mit ihm ärger werden. &c. Ea verba satis indicant, causa cognita, necessitate urgente, & furioso omnibus diebus vitæ suæ prouisum esse, præscripto modo cum Olvvaldo, ipso curatore, actum esse, adeoque ex certa causæ cognitione, ordinatum & constitutum fuisse, vt is furiosum, sub conditionibus, in contractu expressis, alendum suscipere, custodire, expensas necessarias facere, molestias denique, & pericula perferre. Quæ, & similia, Iudices loci permouere, vt taliter cum ipso contraherent, talemque mercedem constituerent. Et id fieri posse, dicit text. & ibi Dd. in leg. à tutoribus. §. fin. de administr. tut. Nam si isthæ iudicem non permouerent, non fieri posset: Et valere constitutionem talem, † vt tutor vel curator, omnium, siue quorundam bonorum pupilli, aut minoris, fructus habeat, tradit Paul. de Castr. conf. 371. Bart. Chassan. ad consuetud. in titul. des infans. §. 4. fol. 416. numero 1. Damhoud. d. c. de tutor. merced. num. 19. Plane si magistratus d. Olvvald. curam non mandasset, atque præscripto modo ei bona furiosi applicasset: Tamen huicis, quia furioso proximior, tanquam ab intestato venienti, custodiendus erat l. Diuus Marcus. de offic. presid. Aut sane ipsius

hæreditate indignum constituisset. §. si de prædict. auth. vt cum de appell. cog.

Concludit, causa cognita magistratum huiusmodi contractum sub conditionibus præscriptis cum Olvvaldo, in iure potuisse, adeoque in remunerationem laboris & periculi subsistere. Potest enim Iudex, † ex causa, vt dixi, curatori non solum certum salarium constituere, sed &, dum res ita postulat, integram substantiam furiosi, pro alimentis, cura, &c. ipsi deputare. Quia auctoritas Iudicis † efficit licitum, quod alias esset illicitum leg. iuste possidet. de acquir. poss. c. qui peccat. quæstion. 24. Quin & Iudicis † officium latissimum, leg. i. de iurisd. omn. iud.

Nec obstat, quod pactum de succedendo non valet l. pactum quod dot. ali. l. fin. C. de pact. leg. ex eodem de inutil. stipul. Atqui videri tale esse nostrum pactum: Ergo, &c. Hæ tamen rationes non omnes simul, sed singulis casibus locum habent. In præsentī vero casu nulla illarum rationum locum habet. Ergo supra d. textus non obstat.

Nam quoad primam rationem, supra ostensum est, hanc conuentionem magistratus, cum Olvvaldo, non esse contra mores bonos: quin potius esse secundum iuris constitutionem. Nam qui rebus suis superesse non possunt, iis recte magistratus curatores constituit. §. furiosi quoque. Instit. de Curat. Et porro magistratus † curatoribus ex causa, pro qualitate curæ, de bonis furiosi, mercedem dare potest. in d. l. tutoribus, &c.

Secunda ratio etiam non militat: quia magistratus loci, per hanc conuentionem principaliter non voluit prouidere, vt Olvvald. dicit. Ehrerling hæres esset, vel ei succederet: Quo casu † reuera esset pactum de futura successione: Sed vt Olvvald. furiosum reciperet, eumque ad dies vitæ aleret, curaret & custodiret, & in consequentiam huius contractus, loco remunerationis, & vt ad hoc d. Olvvald. procliuor esset, res in contractu specificatæ, illi euentualiter attributæ & traditæ sunt, glossa & Dd. in supra dictis locis: Et sic actus agentium nihil operatur, vltra eorum intentionem leg. non omnis, si cert. petat. l. fin. C. de non num. pecun. l. obligationum. de Act. & oblig.

Neque tertia locum habet: quia priuatio præsupponit habitum: furiosus vero † actiue, nullam factionem testamēti habet l. furiosum. C. qui testam. fac. non poss. leg. is cui l. de testam. leg. que testamenta. §. nec furiosus. D. eod. Ergo per hanc conuentionem nulla ei testandi facultas sublata est. Quin & eadem conuentione prouisum, quod casu, si ad sanam mentem redierit, hanc conuentionem præiudicare non debere, referendo se ad tenorem contractus.

Quarta etiam cessat ratio: quia ea suspicio, scilicet captadæ mortis, tollitur, ex quo Iudex interuenit: Quin si ipse furiosus consensit, & sic perseverauit, huiusmodi pactum valere l. fin. C. de pact. Furiosus enim † habetur pro consentiente, in casu, si fuisset sanæ mentis, non habuisset causam contradicēdi, aut verisimiliter consensisset: Alex. in l. 2.

in l. 2. §. voluntatem. 2. col. solut. matrimon. Bertach. in re-
pert. verbo, furiosus. Ergo.

His familia, & si quæ alia sint, prædictum con-
tractum nec euertere, à dominis, supra ostensum est.
Vnde ex quo tam Actor, quam Reus simul, vi-
gore huius contractus, d. furiosi bona sibi appli-
cari petunt; Concludit, eos simul ad eadẽm ad-
mittenda: Et in prima instantia benè iudicatum,
male appellatum: *Compensatis expensis.*

D.I. Concludit cum Referenti: quia bona esse
affecta post obitum Osvaldi, qui ius ex pacto
transmisit ad hæredes: Ergo omnes admittendi
ad hæreditatem: Quia non obstat gradus proxi-
mitas.

D.Bq. addit suo Voto.

152 Illos solos, † qui tempore obitus furiosi in vi-
uis fuerunt, ad hæreditatẽ eius admittendos cen-
set, siue Rei vxor vnica, siue plures simul cum illa
ex appellatibus, idque ex pacto conuento: Quia
tunc demum cessit, & venit dies. Ita quod solum
tempus existentis conditionis, hic incipiendum
sit, sicut in legatis & fideicommissis, per l. si vxor ẽ.
C. de condit. insert. l. quæ legat. a. ibi Dd. de regul. iur. Licet
secus sit in contractibus, vbi tempus contractus
inspicitur, gl. in l. quidam cum filius familias. in verb.
inur. de hered. instit. leg. si filius familias sub conditione in
princip. & ibi gl. & Barr. de verb. oblig. text. in l. sin. de sti-
pul. seruator.

153 Imò etiam in contractibus † sub conditione
mortis factis, neque cedit, nec venit dies, penden-
te conditione. Barto. d. l. filius familias. Quia effectus
conditionalis stipulationis est, † quod, antequã
extat, nec actio, nec obligatio nata sit leg. cedere, de
verb. significat. Bart. in l. ita stipul. nu. 4. de verb. obligat.

Et tantum spes est, pendente conditione. §. debi-
tum vi. §. ex conditionali. Institut. de verb. obligat. leg.
conditionales, de verb. signif. Stipulatore autem dece-
dente, ante euentum conditionis, transmittit qui-
dem illam spem, exituræ conditionis ad hære-
des, non tamen aliter, nisi quod illi, existente con-
ditione, promissorem conuenire possint. d. §. con-
ditionali. ibi Dd.

Ergo in proposito, ante aduentum illius diei,
qua furiosus obiit, & sic, antequam conditio fuit
impleta, nihil de bonis illius ad hæredes Osvaldi
transmiti potuit leg. si cum hæres, in secundo respons.
quando dies legat. ced. l. huiusmodi. vers. nam tale legat. l. si
dies. vers. at si incerta. eod. tit. l. si ita scriptum. §. si sub con-
ditione. de leg. 2. Cum neque obligatio neq; actio
nota fuerit, ex quo viuente Osvaldo, dies non-
dum cessit, nec venerit, propter conditionem
pendentẽ. Sicque eorum tantum hæredũ habenda
erit ratio, qui tempore mortis Ehtersing / dum
impleta fuit conditio, adhuc vixerunt. Non
autem reliquorum prædefunctorum, vt, ad quos
solum dict. spes conditionalis transmissa fuit, per
supra dicta. Et non vlla successio, vel ius successio-
nis, ex persona patris Osvaldi: ille enim in vita
sua nunquam actualiter, & cum effectu Domi-
nus, siue proprietarius factus est, vel hæreditas
furiosi ipsi, delata fuit: Dec. cons. 443. n. 29. Aret. cons.

162. n. 1. Vnde nec iure repræsentationis, in locum
d. patris sui, venire potuerunt, cum nemo plus iu-
ris in alium, &c. reg. vulg. Nam cum proprie, nihil
mihi quæsitũ sit, alteri non quæro, nec moriens
transmitto: Raph. Cuman. in d. l. si vxorem, quem al-
leg. t. Cagnol. in d. l. qua legat. de regul. iur.

Neque obstat, quod dicitur, q̄ quando condi-
ticio retrorahitur, attendi debere tempus con-
tractus: secus, quando retro non posset trahi, vbi
attendi debet tempus existentis conditionis, Bar.
d. l. si filiusfam. Bart. Socin. cons. 183. n. 3. vol. 2. Quia li-
cet impleta conditio retrorahatur, quantum ad
obligationem, acquisitionem, & alios certos effe-
ctus, non tamen hoc fit, quoad omnia, etiam
in contractibus, vt per Ias. in d. l. si filiusfam. n. 2. Et
hoc etiam intelligendum putat, quoad illos hæ-
redes tantum, qui tunc vixerunt, & non quoad
alios, iam defunctos: alias retrò acceptis personis,
qui tempore contractus vixerunt, soli contrahen-
tes venirent, & illis defunctis, res ad ius commu-
ne redigeretur. Cum tamen illi nihil, nisi spem
habuissent, quæ cum persona contrahente, respe-
ctu sui nimirum, extincta fuisset, satis itaque est,
quod admittantur illi, qui proximiores sunt tem-
pore, quod, purificata conditio, in quibus etiam
verificari potest pactum pro hæredibus: nec opus
est, vt ordine successiuo, retrò computentur per-
sonæ defunctæ, magna fortè etiam confusione.

Quæ autem in contrarium à Dd. in d. l. si filius-
familias adducuntur, in suis terminis, & certis casu-
bus, suo iudicio procedunt, neque huc rectè ac-
commodari posse censet. Concludit, vt supra.

V O T V M L I I I.

In causa Episcopi V. contra Ciui-
tatem V.

S V M M A R I A.

- 1 Ad litis contestationem impediendam Rei triplici Ex-
ceptione vtuntur, vt n. 2. 3. 4. Quæ tamen non re-
leuant, n. 5. 6. 7.
- 2 Procuratores quando vigore ordinationis, nihil vltè-
rius in puncto aliquo producere possunt, tunc in eo
causa ex officio pro conclusa acceptari & desuper
pronunciari potest.
- 9 Pro Actore potius, quam Reis, quare hic pronuncian-
dum. & n. 10. 11. 13. 14. 33. 37. 38. 41. 42. 43. 44.
45. 46. 48.
- 12 Vocabulum, Diener / longe generalius est, quam
Commensalium.
- 15 Litem hanc, huius causa finaliter definiendam fore, ex
quibus declaratur, vt n. 16. 19. 20. 21.
- 17 Dispositio articuli 50. transactionis, in hac causa quæ-
ritur, & n. 18.
- 22 Pars respectu alicuius rei vel iuris, cuius rei vel iuris
veritas, per actorem, iuris ordine seruato, nondum
est definita, exigi non potest.
- 23 Exceptione qui mittitur, is ait.
- 24 Actoris partes in præiudiciis quis sustineat.
- 25 Significatio præiudiciorum cur hic largius, quam in
§. præiudicialis. Institut. de act. accipiatur, vt n. 26.
27. 28. 29. 30. 31.

- 32 *Exceptiones praeiudiciales sunt contingentiae.*
 34 *Actionum cumulat. o. expressa, item tacita, & implicita, quando non permittatur, & numero 35. 36.*
 39 *Fisco in causa lucratiua plus iuris non competit quam priuato.*
 40 *Fisco in dubio praesertur priuatus.*
 44 *Vim facit, vel ius sibi ipsi dicit, qui contra remunerarios iustitiam & iniustitiam exercet.*
 47 *Confirmatio non debet derogare confirmato.*

HÆC causa relata est 18. Nouembr. Anno octuagesimo primo. Et propter discrepantiam Votorum, eius decisio dilata est, vsque in sequentem annū, quo & Dominus Qg. ante obitum suum, Votum dictauit, vt paulò post sequeretur.

- D.L. Referens. Ad prohibendam litis contestationem, † Reos vti triplici exceptione. Primò, † ipsos † habere priuilegiatos Iudices. Secundò: † Nachtrag † dare iudices Compromissarios.
 4 Tertiò, † causam esse criminalem.
 5 Prima non releuat, † quia obstat Transactio.
 6 Secunda, † pariter non, quia artic. 62. 63. Transactionis, non obstant. Quia hic agi ad pœnam principaliter, incidenter verò, quod Senatus d. Vertrag transgressus sit: cum verò Imperator confirmarit, ideo habet super ea cognitionem c. 1. de confir. viil. vel inutil. ibi gl. in verb. exorta. Gail. obseruat. 1. n. 9. n. 2. Ideo nos esse iudices concludit, per Castrenf. in l. ad fiscum. C. vbi causa fisci. Bartol. in l. si vacantia. n. 2. Luc. de penna. ibid. verb. preses. C. de bon. vacant. lib. 10. Tertia † est friuola, vide latius in prothocollo Sabbatariorum.

- D. Qg. Quamuis in hac causa, ratione exceptionum declinatoriarum, ex negligentia procuratorum, nondum sit submissum: Tamen, quia
 8 ipsi procuratores, † vigore ordinationis, nihil vltius in hoc puncto possunt producere, putat, in eo causam ex officio pro conclusa acceptari, & desuper pronunciarì posse, quod iuris est. Et quidem cum tres obiciantur exceptiones declinatoriae, de duab. prioribus expeditum est. Tertia verò non parum scrupuli habere videtur. Ille verò, consideratis & ponderatis qualitatib. & circumstantiis huius negotii, breuiter putat, pro Actore potius, quam Reis pronuncian dum esse.
 9 Primò quidem, † quod Actor in conclusione sui libelli articulati, non petit declarationem dict. transactionis, sed conqueritur potius de Reis, quod contra Vertrag / de facto processerint, non expectata declaratione eiusdem, iniiciendo manus in duobus Ecclesijs S. Pauli ministris, vnde inciderint in pœnam, tam transactionis, quàm etiam confirmationis: quam quoque adiudicari sibi petit.

Itaque patet, articulum 62. transactionis, hic non, sed potius sexagesimū tertium sequentem, locum habere: In quo expressè disponitur, was sich sonst (hoc est, quando declaratio non petitur) *Zerung, Zwyttracht oder Händel* in diesem Vertrag

vnd desselben inhaltenden Puncten / zwischen den Theilen begeben möcht / daß je ein Theil den andern vor ordentlichen Rechten / oder laut des Reichs auffgerichter Ordnung fürnehmen soll.

Non obstat, quod obiicitur, duos nostros officiatos, non esse comprehensos in 59. art. d. transactionis, nec etiam esse Gebröt Gefind der Geistlichen: Igitur immunitate non gaudere. Respondetur enim, † dict. articulum non omnes Clericorum exemptos ministros continere: sed solum de consistorialibus loqui, qui ad iudicium Ecclesiasticum sunt deputati: nec impedit, quod Cellarius curiæ Episcopalis, inter eisdem referatur, cum is custodiam habeat Curia Episcopalis, & consistorii, atq; plerunq; etiam officium gerat in d. consistorio, puta sigilliferi. Vnde non sine causa inter dictos consistoriales computatur.

Quod autem Amptmannus & ædituus, non sint Gebröt Gefind, id etiã ad rem non facit: nam sufficit, † quod sint Clericorum ministri: prout in omnibus fere aliis transactionibus, non solum Gebröten Gefinds / sed etiam der Diener / mentio fit.

Vocabulum autem, † Diener / longe generalius esse, quam commentarium, satis notorium est: & fuit ea differentia diligenter obseruata, in quadam causa Ortenburg contra Bähern.

Porò, dato, quod causa remittenda esset: tamen videtur tanta difficultas subesse processui, & modo agendi, in transactione præscripta, † vt vix tandem actor, iustitiam consequi possit, sperare queat Alieni sunt nunc mores hominum, quam tempore erectæ transactionis, litium & rixarum: tanta est copia vbique, vt nemo facile velit alienas lites determinandas suscipere, præsertim, vbi causa pluribus committenda est, vt hic, & inter partes agitur, alias inter se satis exacerbata.

Accedit præterea, † quod si rectè expendatur, supra dictus articulus 62. reperietur, eius finalem causam esse, ne pars altera, alteri vim faciat, vel sibi ipsi ius dicat, sed potius ante omnia, si qua ambiguitas in verbis transactionis videatur esse, ante omnia præscripto modo, amicabilem compositionem vel declarationem dictorum verborum querat, vt euitetur omnis violentia: At Rei, spreta hac via pacis & quietis, ab executione incipiunt declarationem, post commissam vim tandem petunt, pœnis & incarcerationibus d. ministros plectent, postea referunt, se ad processum de inuili declaratione in transactione comprehensa, de quo parum spei est quin vnquam aliquem effectum sit habiturus. Sicigitur possent Rei omnia puncta transactionis, p suo libitu, vt refringere, & controuersa facere, deinde inanem declarationem requirere, & totam transactionem eludere.

Ex his itaque causis, & quia Rei de facto processerunt, vnde suam causam odiosiore fecerunt, mallet ille in hac perplexitate cõtra eos iudicare. Et sic concludit per totum, cum Dn. Referente.

Aliud

Aliud, in eadem causa.

D. S. Ego valde dubito, an causa hic sit referenda: quia luce meridiana clarius est, ex ipsis articulis transactionis, siue *Nachtung* / hanc litem ¶ finaliter definiendam fore, vtur processus & petitiones formatæ & excogitatæ sint: prout sequentia declarabunt.

16 Primo: quia ¶ articulus 50. transactionis, qui 17 disponit ¶ von peinlichen Handeln / die nicht Leib vñ Leben / sondern Freuel oder Selbstbussen / der Pfaffheit vngeweyheten Weltlichen Diener vñnd Gesind / betreffen: diuersimode intelligitur à partibus. Actor 18 quidem ¶ in genere, de omnibus ministris, etiam non domesticis: Rei verò solummodo de familiaribus & domesticis accipiunt: cum iuxta artic. 54. non nisi 17. personæ gaudeant priuilegiis spiritualium: videlicet: Drey Richter / drey Advocaten / drey Notarien / vier Procuratores, ein Keller im Bischöflichen Hof: qui non est persona consistorialis, vt communis fert sensus: nisi imaginatio & fictio præferenda sit veritati & actis. Sicque dubitatur, an reliquæ personæ, die mit der Geistlichen Hausgesind / vñnd vnder ihrem Drot seynd / propter minora delicta, oder Freuel / so ein Selbststraff halten / referendæ sint ad d. 50. articulum: in quo habetur: quod eorum domestici, non nisi dominis, facta significatione desß begangenen Freuels / à senatu ciuitatis, incarcerari & puniri potuit.

An verò non comprehendatur in d. artic. 50. sed conferendus sit aliis ciuibus: quæ distinctio, quam facile totam causam definiat, facile quisque intelligit: Nec præiudicia Cameræ in hac specialitate rectè allegari possunt.

19 Secundò: ¶ q. Capituli Wormatiensis Amtmannus & ædituus, nec sint de numero d. 17. personarum, nec inter domesticos, siue *Brötsling* (q. aduersa pars asserit) alicuius Ecclesiastici connumerantur: quod tamen vt dictum, pertinet ad Iudices Compromissarios.

20 Tertiò: ¶ Sed *Nachtung* / articulo 62. continet: Wann in einem Artikel dieser Verträge vngleichet Verstand vñd Irrung eynfiele / so soll jede Parthey / drey Weltlichen Standts benennen / demnach sie bey einander erscheinen / vñd sie ihrer Irrthumb verhören / vñd was sie in der Güte nicht erlangen / erhalten / noch hinlegen mögen / endlich zuentscheiden Macht habē. vñd was sie sprechen / soll es dabey vngappelliert / reducirt vñd suppliciert bleiben.

Ad quod caput præsens negocium pertinet, & non ad cap. 63. d. *Nachtung*.

21 Quartò: Cum ¶ itaq; tam Episcopus, quam Senatus, iurisdictionem sibi assignet vigore d. Transactionis, prout ipse Episcopus in tertio additionali fateri videtur: Et sic dubium sit, an d. delinquentes, siue *Freueler* / vigore der *Nachtung* / sint subditi, & de iurisdictione Episcopi, an vero ciuitatis: Puto, ante omnia definiendam eam quæstionem præiudicalem, & deinde super pœna Imperatoris confirmationis agendum.

22 Non enim pœna, ¶ respectu alicuius rei, vel iuris, exigi potest, cuius rei vel iuris veritas per

Actorem, iuris ordine seruato, nondum est definita. Inde eæ actiones siue exceptiones præiudiciales vocantur, quia videlicet de eis iudicandum sit, antequam vllæ aliæ actiones, ab eodem, aduersus eundem intendantur, apud Iudicem. Et talium præiudiciorum habetur ratio, cum nostrū ius agendo persequimur, vel excipiendo defendimus.

Is enim agit, ¶ qui & exceptione nititur l. 1. de 23 except. & l. generaliter. eod. tit. Vlpianus inquit: generaliter in præiudiciis Actoris partes sustinet, ¶ 24 qui habet intentionem secundum id, quod intendit. Et accipitur hoc loco significatio præiudiciorum largius ¶ quam in §. præiudicialis: Instit. 25 de actio. quia intelligitur hic de incommodo, ¶ 26 quo grauatur Reus conuentus, si iudicium aduersus eum dictatum procederet: vt si exceptiones preëmptoriæ finem adferunt propositis controuersis, ibi de illis ante iudicandum est leg. 3. de except. §. appellantur autem. Instit. de except.

Item, aliquando ¶ per minorē causam, maiori 27 cognitioni præiudicium haud fieri oportet: sicque graues controuersis censentur præiudiciales, respectu minorū causarum, l. si. C. de ord. cognit.

Item ¶ aliquando ex æquitate præferenda est 28 aliqua cognitio, vt cum ex eodem facto, publica & priuata nascitur actio, iustius est, priuata am præcedere l. 4. de publ. iud. Item, ¶ (quod nostro nego- 29 cio præ cæteris conuenit) cum vna quæstio dependet ex alia, tunc principalis habet naturam præiudicii, & primum expedienda est, vt l. fundum. l. fundi de except. Conueniens exemplum ponit Oldendorp. in classe 3. act. 9. inquires: Titius vendicat fundum, ¶ & præterea petit viam ad eum, 30 cognitio proprietatis præcedet, allatura formam petendæ seruitutis. Neq; enim aliter probaturus est actor, debere seruitutem, quam si probauerit, suum esse fundum, cui via debetur. Simile, & conuenientius exemplum ponit Zasius in §. sin minus in fin. & in §. præiudiciales.

In causa aliquando agitata in Camera, ¶ vbi etiam 31 erat actum ad magnam pœnam per quendam Baronem, propter succisas arbores in sylua: obiicit Zasius hanc exceptionem præiudicalem præposterationis, vt prius iuris ordine definiatur, cuius sit ea sylua: taxando Assessores Cameræ inficitis, quod non attenderint causam.

Sed altero loco, excusando eos, dicit pronunciatum, prius liquidandum & definiendum, cuius sit sylua. Sunt autem ipsæ exceptiones præiudiciales contingentis, ¶ quæ ita contingunt, q. sequens iudicium est accessorium ad causam, quæ primò est 32 definienda, & perimitur, siue tollitur sequens causa per sententiam primi iudicii, quæ patit rei iudicatæ exceptionem in altera causa.

Quintò: ¶ Cum in casu nostro ad duo in effe- 33 ctu agatur, videlicet, vt declaretur sensus & mens transactionis, continentis pœnam: Deinde, vt fiat condemnatio pœnæ, vigore der *Nachtung* / & confirmationis Imperatoris: Iterum obstat tacita, implicita, & per obliquum facta cumu.

- cumulatio actionum. Nam non tantum, quando
 34 actiones ita se habent, quod sententia absolutoria in prima actione, ponit, vel parere potest exceptionem rei iudicatae in secunda actione, cumulatō oppressa non permittitur, *d. l. fundum. l. fundi. de except.* Licet enim regulariter nemo pluribus actionibus vti prohibeatur, aliquando tamen cessat hoc ius, propter vtilitatem vel necessitatem
 35 litium: vbiunque enim obstant praedicta, et ibi regulariter vetantur plures actiones vno iudicio definiri secundum communitet tradita *Dd. in supra dictis locis. Oldendorp. in tract. action. tit. de praedictis iudicialib. n. 10.* Sed & quando tacite & implicite (vt dictum) cumulatō fit, per modum praeposterationis, id vetatur, iuxta exemplum *infra allegatum Zasii in d. s. minus. n. 22.*
 36 Sexto: et non consideratur causae continentia nostro casu: quando enim iudex aditus, non est competens, in vtraque causa connexa, tunc ea non efficit extensionem Iurisdictionis, vt in nostro casu, & in exemplo Zasii, supra dicto, facit doctrina *Bart. in l. in commodato. §. duabus. in fin. commodat. Bald. in leg. si cum patruo in fin. commun. vtriusq. iud. & notat Zas. in l. nulli. C. de iud.*
 37 Septimo: et quibus ita consideratis, nec interuentio fisci, Cameram competentem facit. Agendo enim simul cum D. Episcopo, non facit connexitatem causae. Si vero solus agat ad poenam, vtitur solummodo iure communi, praesertim in dubio. *l. iustas. C. de iure fisci. leg. quod placuit. D. de iure iur. Laudens. in tract. de fisco q. 14.* Et quia hoc loco
 38 ad poenam agit, sicque fiscus, et ex causa lucretiua, interesse habet, plus iuris sibi non competit, quam
 39 priuato, imò et praesertim in dubio priuatus fisco *l. in summa. D. de iure fisci.* Idque secundum magis communem opinionem Doctorum, vt sentit *Neguzant. in tractat. de pignor. & hypoth. 4. membr. 2. part. princip. n. 1018.* praesertim cum dubius intellectus transactionis (vt oportet) declaratus non sit, inde ius agendi fisco nondum natum.
 40 Octauo: Male negatur ex parte Episcopi, d. *Nachtung* non imponere partibus, vt tali casu compromissarios eligeret, sed esse id voluntatis, non necessitatis: cum tamen litera expressè diuersum ostendat, vt *supra relatum.*
 41 Nonò: et licet in causis fractae pacis, & aliis quibusdam, secundum constitutiones Imperii, receptum sit, quod super incidentibus, vt puta, restitutione ablatorum, reparatione damnorum, &c. Camera cognoscat: licet alias ad ordinarium ea pertineant. Quia tamen isti casus singulares habent rationes, quibus ita sancitum & receptum est: Ideo bene fieri potest, vt ad alios quosuis casus, neglectis exceptionibus praedictorum, praeposterationum & cumulationum, nec non conuentionibus & transactionibus partium, ea singularia extendantur.
 42 Decimò: et inde non refert, quid ab Actore petitum sit: Sed quid, & vbi petere debuerit, ne fraudetur transactio, & conuenta evertantur argutiis, quaeque Imperatoribus ipsis olim saluta-

ria visa sunt, oblique, & fucatis praetextibus infringantur.

Vndecimò: Illeque et vim facit, vel ius sibi ipsi dicit, qui contra temerarios iusticiam exequitur, idque facit vigore transactionis, siue *Nachtung.*

Duodecimò: et Si enim id indistincte nostro casu attenderetur, vti que partium exorbitans praedictum, contra initam transactionem resultaret, quia per hoc totus articulus sexagesimus secundus, & sexagesimus tertius, der *Nachtung* vel essent sine effectu, vel irritarentur & annullarentur, adeo, vt partes sub quouis praetextu, etiam confirmationis Imperatoriae, eiusque poenae, quaslibet disceptationes super dubiis der *Nachtung* ad Cameram transferrent.

Tredecimò: Per hoc et ipsa confirmatio contrarium operaretur effectum a confirmato, quod destinat certos iudices compromissarios: illa vero ab eis ad Cameram, lites quaslibet auocaret. Sed confirmatio et non debet derogare confirmato.

Vltimò: et inde colligi potest facile, vtra partium contra transactionem, siue *Nachtung* veniat, & sic in poenam eius, potius incurrat.

V O T V M L I V.

In causa Comitum M. contra F.

S V M M A R I A.

- 1 Reus principalis prius conueniendus; Fallit, vt na. 2. 3. 4.
- 5 Probatio nulla maior, confessione propria.
- 6 Cessio actionum quando opponenda, & n. 7.
- 8 Fideiussores & Mandatores, suo nomine soluisse semper videntur.
- 9 Soluens confideiussorum vnus, actionem sine cessione non habet.
- 10 Cessio actionis quando facienda.
- 11 Cessio regulariter fieri non potest, etiam ex interuallo. Fallit tamen vt sub n. 12. 13. 14.
- 15 Sententia quotiescunq. praedictat tertio, nititur executio contra eum, non minus, ac si contra ipsummet lata fuisset.
- 16 Sententia cui nocet, nocent & acta, quae etiam omnia ratificata sunt.
- 17 In executione contra heredem reuocatur citatio.

D. Bq. Referens. Procuratoria iusta: Nullitas nulla. Deinde, licet prior sententia in rem iudicatam abierit, & altera a qua executionem istius concernat, a qua regulariter non licet appellare. Et ita de aliquo grauamine hic non apparet: Tamen quia processus decreti & causa ventila: a, breuiter de meritis videndum.

Submissum in puncto grauaminum: Sed quia priora omnino sunt, vt D. Capito statim opposuit, nec releuantia videtur, definitiue recte pronunciarum potest.

Actum autem actione ex stipulatu, quo casu, licet principalis Reus et prius conueniendus sit, vt in nouell. de fideiuss. & mandat. §. si igitur. Port. reg. 41. lib. 1.

Tamen

2 Tamen fallit multis modis: † vt si absens sit debitor principalis. *Port. dicto loco. limitat. 3.* vel si non opponatur, † vt nostro casu: quia tum procedit iudicium, *ibid. Port. in extra limitat.* vel quando

4 notorium est, † principalem non esse soluendo, & non requiritur alia discussio, *Port. ibid. Gail. obs. 28. lib. 2. Gomez. tit. de fideiussor.*

An probata?

Prædictis addit, de quibus in actis satis constat, scilicet probationem ex confessione Rei, vt in actis *fol. 4. & 14. cum similibus.* qua confessione propria, † non est alia maior probatio. Pacta igitur seruanda. Concludit, Actionem probatam esse.

An elisa?

Tantum opponitur cessio actionum, tam contra principalem debitorem, quam reliquos fideiussores: quæ fundatur in iure, vt per *Raphael. Cuman. leg. Modestinus. n. 12. de solut. Ferrar. in form. libell. contra plures reos debendi: verbor. intercesserunt. 6. n. 3.* Tamen, vt ante solutionem † fiat obiectio, vt in actis *fol. 5. 10. 11. 15. & c.* quasi post solutionem fieri non possit. Quam quidem facere parati sunt Actores, modo dict. pensio ante soluatur, & pro sorte, & reliquis annuis pensionibus in futurum cæueatur, vt in actis *fol. 6.*

Vnde quæritur, quando facienda sit talis cessio: De hoc enim solo controuertitur. Et communis est sententia, iuxta Cuman. *dicto loco. num. 3.* Quod fieri possit cessio, † etiam post solutionem, ex interuallo. *leg. Papinianus. D. mandat. vbi etiam gl. Bartol. & Dd. in d.l. Modestinus. l. si re legat. prim.* Semper enim † videntur Mandatores & fideiussores suo nomine soluisse. Nec in dubio & regulariter videntur soluere, pro tollenda obligatione eius, contra quem volunt actionem cedi, *Ioan. de Imol. d.l. Modestinus. n. 4. versic. in dubio.*

9 Item, † vnus confideiussorum soluens, non habet actionem sine cessione, *leg. vt fideiussor.* At in tutoribus, & correis, qui pariter & principaliter sunt obligati, ad idem, & tandem specie actionis obtinuit, cessionem ab eis factam † non valere, nisi in ipsa solutione fiat, vel alias actum sit, *dict. l. Modestinus. & ibi Bartol. Imol. n. 4. Bald. d.l. Papinianus. post alios.*

11 Hinc licet regulariter cessio fieri non possit, † etiam ex interuallo, vt per *Ang. in d.l. Modestinus. n. 3.* Tamen ponit quinque fallentias: videlicet, nisi pactum † intercesserit, de quo etiam Cuman. *d. loco in princip. vt nostro casu: petitiõ rei, vel promissio vel oblatio Actoris perinde habetur, ac si de super pactum esset: quia promissit Actor, se hoc facturum.*

13 Secundò: † si soluens fuit protestatus, tempore solutionis.

14 Tertio: † quando soluens expressit pro se, & obligatione sua. *Gloss. in d.l. Modestinus.*

Hinc putat, Reum per sententiam non grauatum: Cum d. cautio, sicut solutio, sine eius præiudicio fieri possit, etiam ante cessionem, nimi-

rum protestando, vel paciscendo, vel sub conditione, vt *supra dictum.*

Et præsertim hoc casu æquissimum videtur, vt præcedat cautio, quæ ipsi Reo minimè nocebit: Et nullius erit effectus, nisi sequatur cessio actionum. Cum e contra actorum multorum interest, cedere actiones, & iura sua, tantum propter vnus anni pensionem, ad quam hic actum est.

Quoad posteriorem sententiam, à qua, vbi pronunciatum est, ratione executionis contra heredem defuncti Comitissæ, similiter & iusta videtur. Quia quotiescunque sententia præiudicat tertio, † ita contra eum nititur executio, ac si contra ipsummet lata fuisset, *Zabarell. in c. quamuis. de re iud. ad fin. Neuz. consil. 20. nu. 24.* Et cui nocet sententia, † nocent & acta, quæ etiam ratificata sunt omnia. Sed tamen in executione † contra heredem requiritur eius citatio, vt & *hic factum, Port. regu. 43.* Eius grauitamen est saltem, ratione cautionis, ante, vel post finiendæ *l. i. C. vt act. ab hered. & contra hered.*

Concludit, grauamina non releuare, & actionem elisam. Pronunciandum, grauamina non admissa, *vnd das die Sach ex officio vor beschloffen angenommen* / & bene iudicatum, male appellatum: *Cum Expensis.*

D.G. Correferens: Cum Referente concludit, non putat opus voto: Sententiam prius in puncto executionis, quæ abiit in rem iudicatam: Ideo male appellatum, & propterea causam non deuolutam, ideoque remittendam: quia inhibitiõ emanata. Verum cum de meritis causæ satis, vt per Referentem deductum, cum eodem definitiue pronunciare vult.

VOTVM LV.

In causa Ciuitatis T. contra Episcopum T.

SUMMARI A.

- 1 Ordinatio ipsa, *part. 3. tit. 15. §. zum andern/ requirit. vnd auff einen jeden insonderheit zuantwoert.*
- 2 Responsum simpliciter dicitur si sit sine plica.
- 3 Iudex maxime circumspiciendus esse debet, ne pars præiudiciali aliqua responsione grauetur.
- 4 Responsione singulari non semper opus, cum vna articulis cumulatis sufficere possit.

Votum Domini L. Referentis. Formalia iusta: fundati in iurisdictione. Datis duabus interlocutoriis, super responsionibus, tertio responsum: Inde rursus data interlocutoria. Vnde quæstio, an bene, vel male iudicatum. Sed sententia de 28. Maii Anno 71. transit in rem iudicatam. Deinde Actor satisfacit ei sententiæ & responsioni: Sed ea responsio impugnatur, quasi in eadem fere verbis responderet, & ad 1. & 2. additionales, & que obicere sit responsum: Super eo iterum interlocutum, 18. Ianuarii An. 74. vt ad proximam respondeat, imunctum. Hanc etiam in rem iudicatum

V u t a m

tam abiisse. Sed vt huic satisfaceret, actor tertio respondit ad d. articu. 12. Octobris: Sed planè iisdem verbis, & ad eundem modum, quo supra, respondit. Et quandoquidem, primum præscriptū tempus in interlocutoria aliter expressum non sit, Rei procurator petit d. *Beschaid für purificiert anzunehmen*: fecerunt Iudices, vt habet sententia 14. Ianuarii An. 77. Queritur, An benè vel malè pronunciatum? Et relictis ambagibus, quandoquidem à d. interlocutoria 18. Ianuarii non est appellatum, apparet, eam transiisse in rem iudicata: adeoq; sententia à qua, quæ se fundat in ea, tanquam in re iudicata, non potest videri iniusta. Sed dicat quis, illi interlocutoria, de qua hæc facit mentionem, per tertias datas responsiones satisfactum esse, adeoq; Iudices debuisse tertio datis responsionibus acquiescere? Sanè, quoad ultimo loco datas responsiones ad 6. & 9. defensionales, hoc esset admittendum: similiter ad 35. Ad 16. verò, vsque ad 22. minimè. Quia non iuxta præscriptam formā per interlocutoriam, singulariter singulis responsum, sed coniunctim, vna eademque verborum conceptione, quod ipsum à se factum esse, Syndicus ciuitatis in libello actionis factum esse, non negat: quin excusat, quasi non fuerit necesse, §. *so seynder* 16. 20. Cum tamen, hoc vt faceret, iniunctum sibi esset, & ordinatio ipsa, † *part. 3. tit. 15. §. zum andern* / requirat, vnd auff ein jeden in *anderheit* quantworten. Planè eadem ordinatio, eodem loco, simplicem, sine appendice requirit responsionem: quod hic in tertis responsionibus non est obseruatum: nam simpliciter responsum dicitur, † si fit sine plica. *Gall. obs. 82. lib. 1.*

Si dicas, distinctionem non esse pro appendice sumendam; admittit: sed nec in his responsionibus ea opus fuit: quia supra dicti articuli distinctè, & non captiose positi fuerunt, ideo ea distinctione opus non fuit, cum articulatam fuit de ciuica qualitate, quasi illi *Nachstewer* præstiterint, & præstare teneantur: Syndicus verò ciuitatis semper respondit: seruilis conditionis & qualitatis homines, *Nachstewer* dedisse, cum tamen de illis nullum sit dubium. Sed responsiones ideo comparatæ sunt, vt per eas aduersarius ab onere probandi leuetur: Ergo distinctè, clare, purè respondere debuisset. *Gall. d. loco n. 5.* Iam ad d. interlocutoriam 18. Ianuarii in duobus articulis nullatenus responsum, & sic bene iudicatum.

Nec refert, quod iam dicatur, illas responsiones, culpa actuarii, Iudici non esse exhibitas: quia, vt ut sit, Iudex culpari non potest.

Ad additionales, nullas extare responsiones dicit Referens: Cum ergo id taliter inuentum sit, nec dict. interlocutoria satisfactum, & parti ius quaesitum videatur, bene iudicatum, male appellatum pronunciare putat. Quandoquidem verò Iudex † maximè in hac re circūspectus esse debet, ne pars præiudiciali aliqua responsione grauetur, & sola veritate inspecta, existimat, sufficienter ad omnes articulos esse responsum. Quia de quibus credat, d. *Nachstewer* esse solutam, clare satis Syn-

dicus ciuitatis respondit, adeoq; interlocutoria lata satisfactum est.

Cum verò dict. duobus additionalibus vterius non inueniatur responsum, id non ex contumacia partis, *wie angegeben wird* / sed culpa Notarii accidit, vt ipse Notarius fol. 104. fateatur, Ergò parti nocere non debet. Magnum enim esset præiudicium, & enormissima læsio, si ob hoc d. artic. pro confessatis haberi deberent.

Accedit, quod secundæ responsiones, ad hos duos defensionales sufficientes sunt.

Concludit igitur: Male iudicatum, benè appellatum, & priorem sententiam reformandam, & datas responsiones pro sufficientibus acceptandas: *Expensis Compensatis, & vult causam hic referuare.*

D. P. Correferens, concludit cum Domino Referente: quia absq; præiudicio aliter vix responderi potuit. Et sic per omnia, vt Referens.

D. Bq. Nullam contumaciam in respondendo in actis reperit, quia sufficienter responsum: nec vider, quomodo salua veritate, aliter responderi potuerit. Maximè ultimo loco sententiæ 18. Ianuarii An. 74. & eius comminationi satisfactum, & purgata est prætensa contumacia sententiæ, à qua non opus fuisse putat, iterum & ultimo transmittere responsiones: quia satis responsum, & magis cauillationes prætendi, quam contumacia: nec semper singulari responsione opus, † cum vna possit sufficere articulis cumulatiuis, vt in causa *Stralen* contra *Plessen* / 17. Martii Anno 65. Licet aliter obseruatum in causa *Starbheim* contra *Dieß* / in puncto defensionalium, 12. April. Anno 59. *Asinius in praxi*, c. 21. n. 3. Concludit, vt Dominus Referens.

Reliqui Dn. pariter: Sed in hanc sententiam ego & D. Gl. dictos Dominos permouimus: contrarium enim senserant.

VOTVM LVI.

In causa Nobilium N. contra N.

S V M M A R I A.

- 1 Pro nullitatis initio asseuerando mouensur in hoc casu, & nu. 8. 9. 10. 15. 19. 21. 24. 25. 26. 31. 33. 35. 36. 37. 38. 40. 41. 43. 44. 45.
- 2 Committi potest causa, etiam ad vniuersam partis instantiam, examinanda & decidenda.
- 3 Commissio in hac causa, ex duabus causis occasionem & substantiam sortitur, & n. 4.
- 4 Qualitatibus personarum, quarum industria singulariter ad actum aliquem electa exquisita est, deficientibus & resiliens quibusdam ab incepto, tum actus reclamantibus, quorum interest, per alios valde perfici non potest.
- 5 Principi inuito non prestatur seruitium per substitutum.
- 6 Persona industria & habitas in dubio videtur electa. Item, quando agitur de arduo negotio, vel res est magni ponderis. n. 8. Item, quando in deputatione, siue electione earum personarum, in eaq; accordatio ne partium, nulla fit mentio facultatis substituendi, subda-

subdelegandi & prorogandi de persona in personam, &c. numer. 9.

- 11 Re adhuc integra, pœnitere licet.
- 12 Preparatoria non faciunt rem desinere esse integram.
- 13 Ex causis postea emergentibus variare licet.
- 14 In contractibus quibusdam nominatis, & in contractu Mandati pœnitere licet.
- 16 Scheidung qualiter debeat fieri, & nu. 17. & 18.
- 20 Surrogatum si debet habere qualitates surrogati, etiam necesse foret de hisce qualitatibus constare, vt surrogatio habeat effectum.
- 22 Quicquid agunt homines, intentio iudicat illos.
- 23 Intentio in omnibus ab animo dependentibus, magis attenditur, quam factum.
- 25 Familia herciscunda actionis siue iudicij natura & proprietates est, vt non velo leuato, de plano, siue iuris ordine omisso expediatur.
- 26 In causarum, que de plano iuris ordine omisso expediuntur, processibus & discussionibus, requiritur terminorum nonnullorum precipuorum obseruatio.
- 27 Litis contestatio est de substantia iudicij & processus, etiam in possessorijs iudicijs.
- 28 Probationes quando omitti possunt, & quando non.
- 29 Probationes sunt iuris diuini.
- 30 Cause cognitio pertinet ad iudicij solennitatem, & ea omissa, sententia ipso iure est nulla.
- 32 Ordinatio Camera siue constitutio Imperij, & stylus iudiciorum exigit litis contestationem.
- 33 Heremodicium non potest contrahi, vt contra Reum contumacem ad sententiam definitiuam in causa principali procedatur, nisi litis fuerit contestata.
- 34 Litis de iure constitutionis, siue ordinationis Camera, in contumaciam rei absentis pro contestata habetur, per interlocutoriam.
- 39 Reus ob solam contumaciam, actore non probante, causa cadere non debet.
- 40 Nullitates in Consistorijs Principum commissæ, quando in Camera non attendantur.
- 42 Læso indigna & enormis presumitur ex inæqualitate quotarum.
- 46 Supplicantiū narratis ab initio litis creditur, excipiendi potestate cuius salua manente.
- 47 Dux, tanquam magistratus imploratus, committere aliquibus potest, vt in eo statu causam assumant, in quo à deputatis partium hinc inde relinquatur, eamque ad finem deducant. Ratio eius, numero 48.
- 49 Appellatione interposita, Iudex à quo, instante appellato, in causa sine vitio attentatorum & nullitatis procedere potest, donec ipsi inhibeat.
- 50 Litis in Camera pro contestata habetur, si celebretur actus, qui post litis contestationem celebrari solent.
- 51 In confessum non sunt alia partes iudicis, quam condemnatio.
- 52 Probationes non sunt de substantiali ordine processus, sed de iustitia, sine illis enim sententia valet.
- 53 Probationes iudicij arbitrariae sunt illisque fidem adhibere potest, vel non.

Quod per Commissarios Iuliacenses, rectè & valide processum sit, & ea acta nullitatis vicio careant, multis rationibus & argumentis per Dominum Referentem ostensum est: quæ omnia breuitatis studio hoc loco repetisse volo.

E diuerso verò, pro asseuerando nullitatis vicio, sequentia moueri possunt.

Primo: † Licet non dubitem, Principem Iuliacensem, ordinariã habere iurisdictionem, in personis & rebus, de quibus agimus. Præsupposito etiam, quod ad instantiam vnius partis, † causas examinandas & decidendas committere possit: In nostra tamen hac hypothesi, delegatio Principis Iuliacensis non nihil præbet, quod Processum Commissarij vellicare videtur. Commissio enim, cum qua nobis res est, 5. Nouemb. An. 74. edita, ex duabus causis, vt asseritur, occasionem & substantiã sortita est, Primo, videlicet ex alia quadam præcedente Commissionẽ, ad quam verbo quidem fit relatio. Sed sicut ea in rerum natura non apparet: ita nec de eius contentis limitibus, & qualitatibus liquet. Secundo, † ex quibusdam actis, coram Deputatis partium habitis, quæ dictione, Verfolg/ inseribuntur. Hæc licet in vim probationis, prius adducta sit, tamen de ea in alia forma non constat, nisi tanquã de complicitate, & ab ipsismet partibus, in proprium vsum conscriptis, sicque non in forma probante, & authentica, sed tanquam assertio partis, ad acta relata. Prout & altera pars ea acta punitè inficiatur, testante articulo 1. nullitatis ibi. Daß sie solche angefangene Theilung/ deren mein gnediger Herr (Actor scilicet.) ihñe doch nicht gestendig/ etc. Item, in conclusionibus duodecimo Aprilis Anni octuagesimi primi, hic productis, in vers. In sonderheit kan auch Anwalt/ etc.

Illud verò, quod scilicet ex capite producentium, acta der Verfolg/ sint extracta, non obscure tam stylus & dispositio eius, quam ipsa verba, perspicue innuunt ac testantur.

Ex litera quidem deprehenditur ibi ausi derõ Theilung/ Protocol/ von Wort zu Wort abgeschrieben/ anzunehmen/ etc. folio actorum 47. Item ibi. als haben sie/ etc. Diese der angefangene Theilung/ gehalten/ actus, zu Bekrefftigung der Commission vñnd beschehener Bewilligung extrahieren/ vñnd zu Begläubung alles verscriben/ vñnder ihrer Edel Eibeygeneit Namen außgehen lassen: Sicque non allegatur, modo minus constat dictum Verfolg/ ex authentico scripto, vel transumptum, vel mutuum.

Deinde posito, quod d. Verfolg/ careat omni dubitatione, sed plenam fidem habeat: Cum tamen ex eius designatione pateat, de consentu agnatorum, tractandum fuisse super diuisione fienda per quosdam personas, quarum industria singulariter ad hoc electa & exquisita fuit. Delictibus itaque hisce qualitatibus, † & resiliens quibusdam ab incepto, tunc actus reclamantibus, quorum interest, per alios peritici valide non potuit, leg. inter artifices/ sibi Dd. de solut. l. 1. C. de caduc. tollend. cap. fin. de offic. del. Specul. tit. de Salarijs. §. fin. nu. 8.

- 6 Inde fit, quod Principi inuito nō præstetur seruitium per substitutum *l. si quis ex corpore. C. de iur. legulis lib. 1. Bald. in cap. mutus. n. 3. Episcop. vel Abbat. de 7 vsib. feud.* Et in dubio videtur electa habitas & in dultria personæ, *l. si fideicommissa. §. fin. ibi Bartol. de leg. 3.* præsertim quando subest certa causa, & euidentis motiua ad electionem certæ personæ, vt nostro casu est persona desß Statthalters / tanquam primarii seruitoris, siue officialis, ipsius eligentis, *Ioannis de Merode.*
- 8 Item, † quando agitur de arduo negotio, vel res est magni ponderis, quod hoc loco nemo negabit: *arg. l. 1. de offic. præfect. Prætor. Epist. Jul. Clar. in fi. ibi. nam tantæ causæ pendens, non nisi. & c. Cod. de summa Trinit. & fide Cathol.*
- 9 Accedit tertio, † quod in deputatione, siue electione earum personarum, inque ea accordatione partium (vt acta ostendunt) nulla fit mentio facultatis substituendi, subdelegandi, & prorogandi de persona in personam, quæ vel alterutri parti, vel deputatis personis permilla fuerit. Strictè ergo ea conuentio accipienda est.
- 10 Quarto: habet is consensus der Verfolg/ non tantum expressam conditionem & reseruatiōem pertinentiarum & præseruatiuarum trium Arciū principalium, & diuisionis iustæ, sed etiam tacitas conditiones, vt scilicet pacta catenus intelligantur quatenus res permanent in eodem statu, & nisi impedimentū, siue causa impedimenti emergat, vnde pactorum restrictio merito attendi debeat. Cum itaque diuisio non instituta fuerit, iuxta mentē pacifcentium, & saluis præseruatiuis, iuribusque deren dreyen Höß/ siue trium Castrotū, quo ipso Actor se tanquam habentem ius primogenituræ, enormiter læsum conuenitur: Et ex ea causa non tam ipse Actor, quam deputatus à principio, & quasi præludio diuisionis deflexerint, legis permilla id factum reputatur. Tunc. n. res adhuc integra esse intelligitur, quo casu pœnitere licet, *glo. Bartol. Alex. & alii in l. si pecuniam. de condict. ob caus. & communiter Dd. in l. sicut. C. de act. & oblig. l. 12 de contractu. C. de rescind. vend.* Præparatoria enim † non faciunt rem desinere esse integram, textus & *glo. in d. l. si pecuniam. de cond. ob caus.*
- 13 Sic etiam ex causis † postea emergentibus variare licet; Exemplum ponit Din. in facta electione. *in c. quod semel. num. vi. de reg. iur. in 6.* Pariter & in 14 contractu Mandati, † & aliis quibusdam nominatis contractibus pœnitere licet, *Dd. in l. sicut. C. de action. & oblig. glos. & Bart. in d. l. si pecuniam. n. 9.* facit textus *in l. diuisionis placitum, nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem nulli prodesse poterit. ff. de pactis.*
- 15 Quinto: † Assertus assensus & conuentio, vigore der Verfolg agit de visione in genere secundum modum & conditiones ibidem expressas, vt 16 videlicet die Scheidung † geschehe billicher vñnd 17 auffrichtiger weise: Item † mit Vorbehalt jedes prærogatiu. Itē † wie sichs nach Rechts vñ Reichs Ordnung/ auch nach Lands Gewonheit enghen vñ gebühren will/ &c. Sed libellus coram Commissariis exhibitus, recedit ab illis terminis, & intendit ad iudicationem soli Bernhardo à Merode, dimidiā partem, omnium bonorum diuidendorū, seposita effectuali præseruatiua primarii Castri Merode, soli primogenito, vt asseritur, competente, in quo nunquam consensum: Imò conuentioni & consensui partium, ex diametro contrarium id esse asseritur.
- Sexto: † videtur per deputationem partium, vt 19 habet Verfolg/ recessum esse à primis Commissariis, per id que extinctam commissionem primam (si quæ fuit, quod illiquidum est) vix itaque fieri potest, vt id, quod omnino extinctum & alia via ac modo inchoatum est, denuo ad alios continuari, & prorogari: vel vt hisce prioribus Commissariis surrogatio fieri poterit. Imò si surrogatum † 20 debet habere qualitates surrogati *l. si. §. qui iniuriarum. Si quis caution. l. 1. de rei vxor. action.* Etiam necesse foret, de hisce qualitatibus constare, vt surrogatio effectum habeat. Sicut verò ea deputatio der Verfolg/ fuit mere voluntaria, à solo consensu partium (vel reuocabiliter, vel sub dictis conditionibus) dependens: Ita & secunda commissio, de An. 74. quæ potius in locum der Verfolg successit eodem modo & via, & secundum easdem qualitates, in alios reicienda, ab eisq; expedienda fuerat.
- Septimò: † Constat autem ex omnibus actis 21 Actor noster, Iohann. de Merode, nunquam consensit in processum Commissariorū, sed appellando, protestando, reclamando, omnibus ferè terminis se opposuit, in quem finem & generalem suum Procuratorem, Hockirchium, ad acta, cum exhibitione Mandati generalis semper misit, ad inspiciendū, quo ordine, valide, vel minus procedatur: inter dum productorum copias petendo, &c. Adeoque, vt hic regula locum habeat: Quicquid arguūt homines, † intentio iudicat illos *l. 1. ibi gl. & Dd. C. ad l. Cornel. de Sicar.* Item, in omnibus, † ab animo dependentibus, magis attenditur intentio, quam factum. *leg. etiam. §. 1. vbi Bald. & Alex. soluto matrimon. l. 1. §. Diuus. de Sicar.*
- Octauò: † vt intelligatur qualitas processus coram Commissariis, ad rem facit consideratio actionis ibidem institutæ. Nuncupatim verò familiaræ heriscundæ iudicium institutum esse, acta prohibent, idque ostendit Recessus producti libelli, *fol. 6. actorum,* & inscriptio eiusdem *fol. 14.* Idque negatum ab Actoribus primis, nullibi reperitur.
- Nondò: † Sed eius actionis, siue iudicii natura & proprietates est, vt non velo leuato, de plano, siue iuris ordine omisso, quin potius ordinaria iuris tela expediatur, prout per sufficientem enumerationem modorū, quibus causæ summarie dicantur, colligit & probat Marant. *part. 4. distinct. 9. a n. 2. cum plurib. seqq.* Ex quarum causarum positione sufficiente infertur ad exclusionem aliarum, *vulgatis iuribus.* In quarum tamen numero actio hæc dicta non reperitur.
- Decimò: † Attamen in eiusmodi processibus, 26 & causæ discussionibus, requiritur terminum

nonnullorum obseruatio præcipuorum, vt puta, litis contestationis, probationis, & similibus. De litis contestatione vix est, † quod dubitet, quin sit de substantia iudicii & processus etiam in possessionis iudiciis: Communem opinionem dicit Salic. in l. fin. C. qui leg. person. ostend. in iud. hab. vel non. sequuntur Alexand. & Dec. vt per Vant. tit. de nullis. ex defect. process. num. 28. Probationes, licet non dicantur à quibusdam esse de substantia processus: Tamen non facile omitti debent, præsertim in 28 causis arduis, & magni ponderis. Id enim † tunc demum procedere dicitur, quando potest esse præsumptio, quod sententia lata sit ex iusta & vera causa: Secus vero, quando ex actis diuersum colligi potest: magis communem opinionem dicit Imol. Alexan. & Dec. vt refert Vant. dict. loco, nume. 39 ro 39. Sunt enim † probationes iuris diuini, cap. nouit. de iudic. Marant. part. 4. dist. 9. num. 10. Sic causæ cognitio † pertinet ad iudicii solemnitatem, & ea omiſſa, sententia ipso iure est nulla. Vant. dict. loco. num. 30.

31 Vndecimo: † quod vero nostro casu lis non contestata, nec pro contestata in contumaciam acceptata, non potest ambigi, cum & acta id testentur, & nemo partium inficias eat. Nec obscurum est, quid Ordinatio Cameræ, † siue Constitutio Imperii, & stylus Iudiciorum, hoc loco præscribat & exigat: & iuri communi non aduersatur.

33 Duodecimo: † Eremodicium non potest dici contractum, ita vt contra Reum contumacem ad sententiam definitiuam in causa principali processum recte sit: id enim iure communi non licet, nisi lis sit contestata. Antequam enim id fiat, ad immissionem quidem, vel alias pœnas, iudicis arbitrio proceditur leg. properandum. §. sin autem Reus. ibi Dd. C. de iudic. l. consentaneum. Cod. quom. & quando Iudex. l. post edictum. de iudic. Mynſing. obseruat. 66. cent.

34 Licet autem de iure constitutionis, † siue ordinationis Cameræ, in contumaciam rei absentis lis habeatur pro contestata, per interlocutoriam, & perinde sit, ac si reuera lis cõtestata esset, §. Wo aber Kläger. tit. 43. part. 3. arg. leg. 2. Codic. vbi in rem act. Et glossa in auth. qui semel. Cod. quom. & quand. Iudex. Cum tamen id non esse factum, perspicuum sit, tanto minus heremodicium contractum esse dici potest.

35 Tredecimo: † probationes in causa principali, & pro liquidatione meritorum, non esse rite receptas, ex actis colligitur, & non obscure Rei in suis duplicis id fatentur, fol. 23. vbi scribunt, quod velint iam in Camera probare contenta articulo rum defensionalium, quarti videlicet, vsque ad 26. inclusiue: Quod videlicet Dominus Bernhard zu einer Helffſcheid vñnd Richolden / zu einem dritten Theil einer Helffſcheid / dann Iohanni vñnd Anna zwen dritte Theil von einer Helffſcheid gebürt vñnd zustenden / vñnd jeder Theil / biß zu diser Rechtferung die Güter pro indiuiso also ingehabt. Et quod in diuisione facta Anno 1462. Iohanni, vel eius lineæ, non assignata sit proprietates bonorum, & re-

rum, der Herrligkeit Merode, vñnd insonderheit zu Ehrs / also daß die andern zwen Brüder allein Renten vñnd Gälten haben solten: Aber von den zugehörigen Erbgütern keinen Theil. Imo nemo partium diffitetur, summarie, de plano, & leuato velo processum esse. Non enim hæc in parte aliud contendunt Rei, quam vt defendant, summarium eum processum.

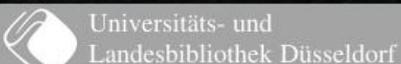
Decimo quarto: † Et licet ea defensio solummodo & principaliter nitatur consuetudine Ducatus Iuliacensis: Cum tamen ea non sit probata, parum conuenit, hic præsumere de facto, vel disputare, an talis consuetudo iure subsistat, & sic à processibus executionis liceat ordiri. Vt taceam, à nonnullis asseri, talem consuetudinem in terra Iuliacensi non extare; id quod aliquo modo ex actis coniiicitur.

Decimo quinto: † quodque Reorum intentio primo non fuerit, coram Commissariis leuato velo volitare; diuidendo, procedendo, vigore allegatæ consuetudinis; innuit ipsa commissio, quæ non habet clausulam summarii processus. Cui concordant & subsequentes citationes. Item forma libelli, Iudicii familiaræ herciscundæ; testante inscriptione eiusdem libelli, folio 6. & folio 5. Acto rum, & alia circumstantiæ: præsertim consensus ex Berſolg / folio nonagesimo, ibi, sich (scilicet Deputati) darinn der Ordnung Rechtens / vñnd aller billigkeit gemein zuhalten / vñnd sonst kein Befähigkeit darüber zu gebrauchen. Item, folio nonagesimo primo. In dieser Theilung des gemeinen Rechts vñnd Reichs Ordnung vñnd der vorſſen wöllen haben, salua prerogatiua. Sic & fol. 93.

Decimo sexto: † Et quantumuis in puncto cõpetentiæ; post interpositam appellationem, Iudici, siue Commissariis inhibutum non sit: quia tamen iam agitur de nullitate, vel validitate processus: Ideo parum refert, si inhibitum, vel omisum: Iudex nihilominus, si vult in contumaciam progredi, euitare nullitatis vitia tenetur. Imo etiam appellatio insinuata est inferiori; qui merito dispositionem, §. penult. tit. 29. part. 2. ordinat. attendere potuisset, vel rite procedere. Ob solam enim contumaciam † Reus, Actore non probante, causa cadere non debet. d. l. properandum. §. sin autem Reus. C. de iudic. Gail. lib. 1. obs. 60. n. 6.

Decimo septimo: † non obſcure iuris & obseruantia est, nullitates commissas in consistoriis Principum, tunc demum non attendi in Camera, quando causæ merita adeo bene sunt tractata & liquidata, vt de iure partium euidenter cõſter; per plura, quæ allegat Mynſing. obs. 27. cent. 1. singulariter facit, quod notat Gail. obs. 52. num. 6. 7. vbi agit de consuetudine infetioris Germaniæ.

Decimo octauo: † Allegatur etiam ad nullitatis exaggerationem, læſio indigna & † enormis quæ præsumi potest ex inæqualitate quotarum, quæ in libello proponitur, & ex actis deprehendi potest. Sic & priuatio prerogatiuæ Caſtri principalis, contra allegatam consuetudinem Ducatus, & pacta der Berſolg. de quibus supra.



43 Decimo nono: † Similiter iuris est, si nullitates processus non sunt attendende, sed eis non obstantibus in principali decernendum venit: Tunc id inter alia præcipue propter sufficientem instructionem meritorum, ex actis fieri solet. Sed ut iam ostensum, sufficiens instructio causæ inæqualitatis quotarum, & adjudicationis totius Castri Ehts/ contra ius prærogatiuæ, ex actis non deprehenditur: Adjudicatio enim eius Castri, sine libello, ad nudam assertionem & petitionem partis, ex præterita Bersolg/perfunctorie facta est. Quia 23. Februarii petitur adjudicatio, 9. Martii fertur sententia: non longe post, fit immissio. Deinde demum proceditur probationibus, ratione iurisdictionis in Ehts/ & aliorum iurium.

44 Vigesimo: † Litera dictæ Bersolg/ continet, cōsensum esse in diuisionem der theilbarn Güter. An vero Castellum Ehts/ quoad iurisdictionem, & alia iura, præter Gültten vnd Rentten talia sint, non satis discussum, sed temper negatum est per D. Ioann. si actis credimus, de quo etiam hodie ambigitur.

45 Vigesimo primo: † Nullitas hoc nostro casu, quæ incidenter cum appellatione inducta videtur, propter desertionem appellationis, ex dispositione iuris communis, vlu fori, & stylo saluari ita haud poterit, quin postmodum etiam principaliter agitari valeat, vt per Vant. tit. quot. & quibus modis nullitas propro. poss. num. 38. Gail. obs. 135. num. 4. lib. 1. Myns. obs. 77. & obs. 63. cent. 4.

Hicse & aliis rationibus commonefactus, licet dubius & anceps siam, an pro saluando priore processu, vel vt partes sua iura propter obscuritatem meritorum, & processus infortitatem, iterum & melius deducant, pronuncianum putem, magis tamen in alteram partem, tãquam tutiorem, salua pace Dominorum, inclinarem. Idque quam maxime ob hoc, quod ipsimet litigantes in eo cōsentiunt. Actor enim petit de integro causam plene examinari: Rei vero in effectu idem postulant, & sese ad hoc offerunt in suis duplicis, fol. 23. cuius verba supra, num. 13. retuli. Et hæc via & partibus & Iudici, imo & causæ expeditior & vtilior erit, sicque vtrique partium in effectu mos geritur, & petitus ipsorum satisfit. Concludo, ex consilio D. Gailii in obseru. 42. num. 6. 7. & seqq. lib. 1. Pronunciandum nulliter processum. Causam hic referuandã, Saluo iure & iurisdictione Iuliacensis. *Compensatis expensis.*

Votum aliud, in eadem causa.

Votum D. G. Submissum super admissione libelli nullitatis. Videndũ ergo, an in libello adductæ nullitates releuent: Et si quæ ex ipsis sint releuentes, an probatæ sint, vel, an quædam vltiori probatione indigeant: Sicque ad probandũ, saluo iure impertinentium, & non admittendorum, sint admittendi? Et quidem nullitates, quæ per Ducem in commissione, commissæ dicuntur, quod ad nuda narrata supplicantiũ cam Dux decreuerit, & quod in commissione expresserit, ordinarie in causa procedendum, commissionem po-

stea mutari diuisim & coniunctim causam committendo, cum antea coniunctim solum fuisset commissã, nil sua sententia releuant: Creditur enim ab initio litis, supplicantium narratis, excipienda potestate cuiusuis salua manere. Et cum semel omnibus placuisset, vt per acta coram deputatis habita, probatum Duci fuit diuisionem fieri debere, & deputati vnanimi consensu ab ipsis, in diuisionis negocio iam per triennium occupati fuerint. Ioannis autem deputatus, vltius progredi delectaret, absque vicio certe nullitatis, † Dux, tanquam magistratus, imploratus committere aliquibus potuit, vt in eo statu causam assentant, in quo à deputatis partium hinc inde relicta fuit, eaque ad finem deducant. Intellegitur enim † secundum formam iuris, Magistratum quoque commissioes, modo prædicto (vt celerius causa expediat) mutando, nulliter minime agere: idque apud omnes expeditum putat.

Porro, quæ circa processum dicuntur commissæ nullitates, quod sine causæ cognitione, & figura iudicii, reoque ad libellum sufficienter respondendo, non requisito, spacio vnus horæ peracta omnia, & sententia lata sit, immissoque postea, paucis diebus subsecuta fuerit: Ex relatione longe se aliter habere apparet.

Citatus namque ad causam est Reus 9. Decembr. Anno 74. Exhibitus libellus summarius 14. Decembr. Anno eodem. Exceptiones fori declinatoriæ exhibitæ 12. Ianuarii, Anno 75. Illisque non obstantibus, per decretum eadem die iniunctum, vt respondeatur libello. Et licet appellatum ab eo decreto ad Cameram, tamen appellatio ibi deserta pronunciata est, Anno 77. 30. April. Sicque inhibitione in Camera non emanata, acta coram deputatis habita (subscripta per Annam, & omnes deputatos, excepto Iohannis deputato 6. Februarii Anno 74.) loco probationis, adhibita fuerunt coram deputatis, 26. Ianuarii, Anno 75. Eodemque die Procuratoribus iniunctum, vt se legiment.

Octavo Febr. Reus denuo citatus est, & noua commissio Commissariis exhibitæ. Item, exhibitum Mandatum in meliori forma, à Reo, cuius datum 1. Aprilis, Anno 72. fol. 66. 23. Februarii, Actorum Procuratore acculante contumaciam Rei petitum ab eodem est, vt procedatur ad diuisionem, & Bernhardo adjudicetur loco prærogatiuæ, Ehts (prout aliis factum) idque iuxta consuetudinem Ducatus Iuliæ, & quod auus suus, in eodem, ante inuestitus fuit.

Deinde nono Martii, denuo petente procuratore Actoris, ex causis ante dictis, Bernhardo, loco prærogatiuæ Ehts gegen der andern prærogatiuæ, & procuratore Rei nihil in contrarium agente, sed semper appellationi inhærente, & protestante, per sententiam assignatur Bernhardo Ehts/ loco prærogatiuæ: Saluo iure cuiuscunque: simulque in duas partes æqualiter per Deputatos, bonis quibusdam diuisis, separatimque in scriptis redactis, & iidem Commissariis exhibitis, desuper

sta: um,

statum, per puerum fors mittitur, iussu Commissariorum.

Eodem die, Procurator Actorum petit diem ad diuidendum reliqua bona indiuisa, præcedente oculari inspectione, de super præfixus dies 24. Martij. Inter ea vigesimo quarto Martij, exhibetur rursus Commissio Ducis, vt Commissarij in realem possessionem Actores suæ quotæ immittant. Quod quoque statim factum, in præsentia Rei, eoque de attentatis protestante, vigesimo sexto Aprilis decernitur noua citatio contra Reum, ad videndum procedi, & produci testes. 18. Martij Actor instat, vt testes examinentur, & in diuisione procedatur.

25. Maij testes producuntur, & iuratum. Eodē die Commissarij decernunt: quod quilibet decimas percipere debeat in ea parte, quæ per sortē sibi obtigit. 13. Iunij committitur ad inquirendum super iurisdictione in Eths. Deinde dantur documenta. 18. Iunij Richaldus petit suam partem sibi assignari. 4. Octobr. pro demonstrando iure & agnatione, exhibentur documenta. Et Procurator Richaldi rursus instat pro subdiuisione. 18. tandē Octobris, Procuratore Rei solum inhærente Appellationi, & nihil aliud faciente, sigilla & maius acceptantur pro confessatis, & mittitur, quoad reliqua bona fors.

Ex quibus apparet manifeste, nullitates perperam, & mala fide ex actis collectas esse. Sane appellatione interposita, Iudicem à quo, instante Appellato, † & in causa sine vitio attentatorum & nullitatis procedere posse, donec ipsi in hibeatur, in ordinat. tit. 29. §. pen. part. 2. disponitur. Et sic, cum Commissarij in hac causa, appellatione ob in iunctam responsionem ad libellum, friuole interposita, ad vltiora processerint, lis in contumaciam pro contestata habita censetur: quemadmodum alias quoque in Camera † lis pro contestata habetur si celebretur actus, qui post litis cōtestationē celebrari solet, facit Ordin. Cameræ de Anno 7. tit. de citat. folio 85. §. Vm̄d als obgesagt. Atque cum Reus communia inter se bona confessus sit, & in diuisionem semel consenserint, vt acta corā Deputatis aperte demonstrant, tanquam in confessum, ad executionem Commissarij rite procedere potuerunt. In confessum enim † non sunt aliæ partes iudicis, quam condemnatio, iur. vulg. Cum neque vicium nullitatis, propter confessionem apud acta tollatur, sed saluetur: Et imputet sibi Reus, q̄ contracta acta, id est, die Verfolg. coram Commissariis non exceperit, & defensionales in euentum non exhibuerit.

Quod vero Commissarij actis istis fidem adhibuerint, & illorum intuitu ad executionem processerint, inique, si cōtrarium probaretur, & ne utiquam nulliter factum dici posset: ideoque appellandum fuisse. Nam probationes † non sunt de substantiali ordine processus, sed de iustitia: sine illis enim sententia valet: lege, prolatum. C. de sentent. l. 3. §. ideoque de test. Neui Zan. in sylv. nupt. lib. 5. in fin. Et probationes † Iudici arbitrariæ sunt: illisque fidē

adhibere potest, vel non, Menoch. de arbitr. iud. quest. lib. 2. cent. 1. casu 90.

Omittit, quod in Ducatu Iuliacensi, ex consuetudine, transactione inter partes interposita semel, talis summarius processus seruetur: cuius consuetudinis probationem, quatenus opus, offerunt.

Concludit, ex officio causam pro conclusa accipiendam, vt & litem pro contestata: atque pronuntiandū definitiue: non nulliter, sed bene processum & sententiatum: condemnando impetratē in expensis. Idque eo maxime, quod ipse impetrans in Replicis petit definitiue super nullitate pronunciarī, quam putat notoriam ex actis. Si autem placet Dominis, saltem à citatione absolui, non refragabitur.

D.L. Nō videt, quomodo habeat se causa Principalis: Imo & ipse Actor Iohan. tantū super nullitate agit. Putat, processum Commissariorum esse validum, & per allegatas nullitates infringi non posse, inæqualitas quotarum non impedit, quia magis equitatem concernit. Concludit, litem pro contestata, & causam pro conclusa acceptandam esse, & porro non nulliter processum.

Aliud.

D.Bq. Cum Referente: præsupposito, Commissionem Ducis Iuliaz, non ad lites, sed summarium processum extraiudicalem pro continuanda diuisione emanatam, vt est in confesso, in secundo articulo grauaminum. Item, quod Appellatio ab iniuncta responsione, & sic in puncto competentia, deserta hic pronuntiata. Neque inhibitiō vquam obtenta, vt taceam nunc allegatas consuetudines. Nō videt, quomodo nullitas aliqua ex eo, quod in diuisione conuentionali, & cōmissione magistratus loci ad vltiora deinde processum est, inferri recte possit: præsertim Procuratore nostri Actoris vbiq; citato, & præsentē. Et licet semper protestatus de non immittendo fuerit, tamen propter desertionem appellationis, illud non releuat. Nec etiam tali casu solennia iuris aut substantialia iudicij, suo iudicio fuerunt obseruanda (quod etiam res magni præiudicij foret) sicut alias in iudiciali diuisione, vel processu de super instituto, & vbi aduersarius recusat diuidere. Vnde cessant omnia argumenta, quæ in contrarium, tãquam ad causam summariam adducuntur. Sibi itaque Actor imputet, quod vel iura sua, debito loco & tempore non deduxit, vel d. appellationem quoque deseruit.

Satis quoq; responsum est ad id, quod præcipitantiæ inculpati sunt Commissarij. Si denique cōnormius in aliquo læsus esset, ad beneficium appellationis, & supplementum æqualitatis, confugere potuisset. Nō autem diuisio ipsa, sub prætextu nullitatis propterea retractanda veniret, vt diximus in causa Heyden contra Heyden. Placet ergo altera sententia Domini Referentis, vt scilicet absolutoria feratur: Compensatis expensis.

D.Q. cum Referente: cum ex deductis per Correferentem non solum defectus, quoad personas iudi-

iudicium, sed etiam nullitas, quoad processum, & obscuritas in meritis ipsis in actis presentibus reperitur. Tunc quoque & benigniorem, ab utroque partibus etiam expetitam viam malit ingredi, & pronunciare cum Correferente. *Compensatis expensis.*

Sententia.

Et allem vorbringen nach / ic. das Appellant von aufgangener Ladung zu absolvieren und zu erledigen sehe / als wir ihne hiemit auch darvon absolvieren und erledigen. *Compensatis expensis.*

V O T U M L V I I .

In causa H. contra N.

S V M M A R I A .

- 1 Pactum usurarium, contractui licito adiectum, eundem non viciat, sed viciatur. & n. 3.
- 2 Mutuum licet esse debeat gratuitum, tamen hypothecatio non viciatur, sed salva permanet.
- 4 Prior qui est tempore in sorte, intelligitur etiam prior in usuris.
- 5 Interesse debentur à tempore mora, tam lucri cessantis, quam damni emergentis, etiam in mutuo. num. 6.
- 7 Interusurij ratio ex personarum qualitate haberi solet.
- 8 De usuris siue interusurij qualiter & in quantum pacisci possit.

Summariè in prima instantia processum. Cita enim Creditores per edictum à senatu Argentinenfi, ut quilibet de suo iure doceret: Actores igitur nostri, ex ordinis beneficio, hypothecaria, siue quasi Seruiana egerunt. §. 1. item *Seruiana. instit. de action. l. 2. 3. qui pot. in pign. hab.* Et probavit quidem ius suum, per instrumentum, siue obligationem, quod videlicet mutuauerint Marstallero & Volmaro, sociis, 2500. fl. die 24. Ianuarii, Anno 60 Et cum ita creditores ius suum deduxissent & submisissent, Iudex tandem pronunciat contractum nostrorum Actorum, tanquam illegitimum, & constitutionibus Imperii contrarium, cassandum.

Quaestio itaque hic est, an bene iudicatum? Nam cum mutuum per se contractus licitus sit, videndum, an per stipulationem usurarum contractus hic viciatur: Et ut breuibus se expediat, refert se ad observationem *Gail. 4. & 5. lib. 2. vbi pulchre tractat,*

- 1 pactum usurarium, † contractui licito adiectum, eundem non viciare, sed viciari. *vt ibid.*
- 2 Iam, licet mutuum esse debeat gratuitum, † interim tamen non viciatur hypothecatio, sed salva manet: *lege, diuersis temporibus. C. qui pot. in pign. hab.* Contractum per se subsistere.

Quia vero Actor etiam petit se praeferi ceteris, posteriorem hypothecam habentibus: in hoc non possumus aliquid commode pronunciare: Quia sunt aliae causae hic pendentes, in quibus non est adhuc conclusum, iisque praedecidere non possumus: Quare simpliciter reformare sententiam: *Compensatis expensis. Reliqua omnia, als interesse omittit.*

D.G. Sentit etiam, quod ob pactum usurarium † adiectum, non vicietur principalis contractus & hypotheca, vt Dominus Referens: Ideo pronuncianum, male iudicatum, bene appellatum, vnd das Vermög der Recht / gedachter Appellans den chirographariis creditoribus, & posterioribus hypothecariis zu praeferenen sey.

Ego, Cum Dominis Referentibus: Ita tamen, vt in genere permaneamus, nō faciendo differentiam inter creditores hypothecarios quia de eo non sententiatum, nec ob hoc appellatum.

D.L. Cum Referentibus, vt alii.

D.Bq. Quatenus stipulara sunt usurae, earumque hypotheca, eatenus cum dominis bene iudicatum censet: Secus, quoad contractum ipsum mutui, & hypothecam eiusdem, idque tam ratione interesse, à tempore mora, quam ratione sortis: cum vtrunque sit petitum. Qui enim † prior est tempore, in sorte, intelligitur etiam prior in usuris, textus, glossa & Bartol. *in lege, Lucius. qui pot. in pign. hab.* A tempore autem mora, † debetur interestesse, tam lucri cessantis, quam damni emergentis, etiam in mutuo, glossa, *in cap. conquestus. verb. de feudo. ibi Abbas numero sexto, de usur. Molin. in tractat. de usur. numero trigesimo secundo, Gail. d. obseru. 5. numero 15.* Praesertim quando constat, non de simplici mora, † sed de dolo, vel malitia debitoris, vel de

longa & nimia frustratione. Quia tunc ex qualitate † personarum solet haberi ratio interusurij, 7 id est, aliquid Iudicis arbitrio, nomine eius quod interest, adiudicari, etiam si aliter non probetur de specifico interesse. Idem Molin. *numer. 520. Imo numero 510. asserit, quod concedens vltimum pecuniae suae, † quam non tenetur mutuare, nec differre 8 possit pacisci de interusurio, quod sibi abest, & debitori adest, vsque ad summam congruam. Quin tum ad mercenarios attinet, nil nobis liquet, cum acta integra non sint relata, pronunciarer, das die Urtheil voriger Instanz zu reformieren / als wir sie hiemit auch reformieren / nemlich der Gestalt / das so viel gedachte Hauptsummen / vnd dero gebürliche Interesse, von Anno 72. anzurechnen belangend / vbel geurtheilt / wol davon appellirt / vñ gedachte Appellanten / vor denen gläubigern / so jüngere Pfandverschreibung von Balthaser Marstallers / vnd Hansen Volmars Gütern entricht vnd bezalt werden sollen. Sonsten aber wol geurtheilt vbel davon appellirt. *Compensatis expensis.**

Sententiatum: male iudicatum, bene appellatum, & quod Appellans hypothecariis posterioribus & Chirographariis, sit praefereendus. *Compensatis expensis.*

V O T U M L V I I I .

In causa B. contra B.

S V M M A R I A .

- 1 Trium in discutiendis meritis sententia, hic ponderanda sunt capita. & qua. & n. 2. 6.
- 3 Iudex à quo, iniurias & contentiones à communi litigantium culpa subinde exortas, mutua compensatione componere potest.

4 Index

4 Iudex certis ex causis, omiſſis probationibus, ad ſententiam procedere poteſt.

5 Probationes permittuntur arbitrio iudicis, maxime ſummi Principis, vel Regis, qui ſolemnitatibus proceſſus non eſt deuinctus.

FORMALIA iuſta, nullitas nulla. Appellati Tutores non dederunt tutorium: Sed non putat opus eſſe, quia pro iſtis pronunciat: Nec partes cōtradixerunt, & pro his habuerunt; & ita nominarunt. Imo & Iudex à quo, in quodam producto, ſub numero 37. illos tutores appellat; vt proinde de iſorum deputatōe & officio nullum ſit dubium. Graua mina putat eſſe tantum priorum repetitionem, ideo vult reuocare, & definitiue pronunciare.

Quoad actiōem, putat imploratum officium iudicis, vt partes ad tranſactionis fidē compellat, damna reſarcire faciat, & iniurias, cōtentioneſque vtrinque exortas, pro ſua auctoritate componat, vt patet ex ſingulis petitionibus, paſſim articulis annexis. Et ſummario ipſo proceſſu, in diſcutiendis meritis ſententiæ, tria ponderanda capita:

1 Primum eorum, ꝛ quæ contra tranſactionem commiſſa fuerant: hæc ſolummodo ex tranſactione diſcernenda: Quæ cum alterius vicibus, tam Actore, quam Reo perpetrata ſint, vt ex iſporum et confeſſionibus, in prima & hac inſtantia factis, & ex aliis circumſtantiis conſpicuum eſt, ſuo voto aliter decidi, quam ſecundum normam tranſactionis non potuerunt. Neque ex hoc vllum graua men ab Appellante deductum eſſe reperit niſi quod nulliter & ſummario proceſſum: Quorum alterum ſic ſe non habere, alterum vero partib. volentibus, & vltro, abſque vlla petitione aut reſeruatione, ad probandum ſubmittentibus factum eſſe, acta teſtantur: vt proinde, quoad hoc primum caput, reformare ſententiam nequeat.

2 Secundum ꝛ caput continet leues quaſdam turbationes, iniurias & contentioneſ, extra tranſactionem ſubinde exortas. Quæ cum à prædictis aliqua ex parte dependeant, & à comuni litigantium culpa acciderint, Iudex à quo, ꝛ eaſdem, partim compensatione mutua, quæ in delictis perinde, vt in cōtraſtibus, locum habet,

3 ꝛ eaſdem, partim compensatione mutua, quæ in delictis perinde, vt in cōtraſtibus, locum habet, l. ſi duo. de dolo malo. leg. viro. ſolut. matrim. l. apud Celſum ꝛ. Marcellus. de except. doli. partim ex officio ſuſtulit & ſedauit. Quo ipſo, ſecundum præſentis negocij qualitatem, & litem, inter fratres iſtos motam, iuſtiſſimi Iudicis officio functus eſt: Et recte fecit, quod hoc caſu vltiores probationes hinc inde illatas, quibus animi cōiuncti potius exacerbati, quam placati fuiſſent, partibus hoc non petentibus, iniunxerit. Siquidem

4 certis ex cauſis Iudex, ꝛ omiſſis probationibus, ad ſententiam procedere poteſt: Vant. de nullit. ex defect. proceſſ. nu. trigefimo nono. Et probationes permittuntur ꝛ arbitrio Iudicis. Menoch. lib. primo, cent. x. de arbitr. num. ſecundo, & tertio. Maxime ſummi Principis, vel Regis, qui ſolemnitatibus pro-

ceſſus non eſt deuinctus, Gail. obſeruat. 75. numero decimo, libro 1 Boſſius in prax. de Principe. num. 70. Imprimis in terminis noſtris, vbi verſamur in rebus modici præiudicij: gloſſa & Dd. in Clement. ſepe. de verb. ſignif.

Concludit & in hac parte bene iudicatu: quia publice expedit, ꝛ vt calumniis obuietur.

Tertium caput, ꝛ præcipuum habet dubium & graua men, quod concernit damna, &c. Sed neque in hoc partes grauatas eſſe cenſet. Neque enim Iudex præcluſit illis viam probandi damna, neque eorum cognitionem denegauit: neque etiam Appellans vnquam in prima inſtantia, ad eorum deductionem obtulit: Sed ſuit iſtis adhuc integrum, etiam poſt latam hanc ſententiam, ea probare, etiam abſque appellatione hac interpoſita. Quod cum facere neglexerint, ſibi potius, quam Iudici, hoc imputeretur.

Præterea ex ſingulis circumſtantiis, quas proculdubio Iudex à quo, optime perpendit, præſumptiue conſtat, quomodo appellatio friuole interpoſita, ita etiam damna modice petita, & ex æquo damna vtrinque inſtauranda, ita vterque, aut abſoluendus, aut condemnandus veniat: Vt non immerito obiici poſſit Appellanti: Dolo petis, quod mox reſtituturus es. Cū nobis de ſubſtantia damni non conſtet, & de quãtitate damni cognitio fieri non poſſit, quando ſubſtantia eſt incerta, Bartol. in l. certi. ꝛ. quoniam. numero 4. & Alex. ibid. nu. 3. ſi cert. pet.

Ex his concludit, priorem ſententiã confirmandam, & pronuncian dum, bene iudicatum, male appellatum, partibusque iniungatur, vt tranſactioni ſtetur. Cum expenſis.

D. I. Concludit cum D. Reſerente: quia non videt, grauatam eſſe Appellantē, & damna poſſe in puncto liquidationis reparari: Quod fieri Iudex in ſententia reſeruauit. Cum expenſis.

D. Bq. Si ex meritis cauſæ ſingula conſiderat, variæ occurrunt querelæ, quibus ante ſententiã cauſæ cognitio præcedere debuifſet, & ex officio, probatio iniungi deberet. Quia vero non ſatis audita partes, & ſubito ad ſententiam properatum, male proceſſum opinatur, lege prolata. Codic. de ſent. & interloc. om. iudic.

Quoad iniquitatem, nō videt, quomodo inter alia probari poſſit vel tranſactio, vel ſententiã, ratione molendini: cum ad vnius, vel ad alterius molendinum accedere ſit facultatis; niſi ex priuilegio, vel pacto, vel ſimili cauſa, inde liceat, vt Villalob. in commun. opin. verb. Dominus. nu. decimo quarto. Boer. decif. 125. numero 4. 5. Nat. conſi. 106. numero nono, libro primo. De quibus tamen circumſtantiis nobis non liquet. Et licet tam partes, quam Iudex tranſactioni inhæreat, quatenus tamen conuentum, vel non, quod principaliter hic controvertitur, altiorem hic requirit indaginem, adeo vt difficile ſit, confirmare ſententiam. Quia etiam in graua minibus, & actis Camera, plura continentur capita, nondum ſatis à nobis percepta: quorum nonnulla ſine

dubio nõ amplius litigiosa, mallet iudicare, male processum & actum, vñnd wo die Partheien einander Spruch vñd Forderung nicht erlassen werden/vt fiat in Camera. *Compensatis expensis.*

D.G. Acta non plene edita, putat causam hic retinendam, & iniungendum, vt procedatur in puncto grauaminum, exceptionibus non obstantibus.

Sententia.

In communi forma concepta: reiectis grauaminibus, causa pro conclusa acceptata, & pronũciatum, male appellatum, bene iudicatum. *Cum expensis.*

V O T V M LIX.

In causa C. contra L.

S V M M A R I A.

- 1 Submissioes duæ in hac causa reprehenduntur & n. 2.
- 3 Facti narratio qua.
- 4 Ad hereditatis petitionem fit transitus ex testamento, & 6. 7.
- 5 Præsumptio est pro coniugio, & filiatione.
- 7 Dicitio pluralis in vna persona verificari non potest Limitatur num. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 20.
- 8 Spurius omnibus aliis parentibus, præterquam patri Clerico, succedere potest, tam inter viuos, quam ex vltima voluntate, si ei expresse relinquatur: Nec obstat l. generaliter. §. c. i. aut. C. de instit. & substit. num. 9. Ratio huius. num. 10. Sicut nec consil. 138. part. 1. Grau. nu. 11.
- 12 Masculi vniuersaliter, & foemina filia in re certa heredes à patre instituta, & omnes inuicem substituta sorores fratribus videntur substituta, tam de mente testatoris, quam etiam legis.
- 19 Spurij ex aliorum testamentis, & ab intestato accipere possunt.
- 20 Pluralis numerus verificatur singulari, quod etiam obinet in fideicommissis.

V O T V M Domini Re. feceris, Bq. In hac causa duæ reprehenduntur submissioes. Primo ¶ admissio articuloꝝ ad probandum. 2 Secundo: ¶ in puncto supplicationis, pro inhibitione & sequestratione.

Quoad primum, proponitur, tantum priora esse articulata: quod verum est, quoad genealogiam: & omnem controuersiam esse sitam super testamento. Sed consideratis meritis causæ, & quod hic iuxta clausulam, & substitutionem, in d. testamento appositam, de successione proximiorum tantum agitur, priori suæ sententiæ adheret: nimirum, d. articulos tantum superfluos & irrelevantes, & non admittendos, sed in causa definitiue pronũciandum esse. Factum autem, (vt vel ex vtroque libello, indeque tam de genere actionis eiusque probatione, quã de elisione, patet) breuiter sic se habet.

- 3 Initio actum ab intestato, ¶ interdicitur quorum bonorum, pro immisione scilicet eorum bonorum. Sed exceptum ex testamento, de proximitate gradus, quod fatetur Actores: Et verba testamenti sonant pro Rea, quod sit filia fratris

Testatricis. Replicatur per actores, se etiam ex testamento non preferendos. Atque ita fit transitus ad petitionem hereditatis ex testamento. Primo: ¶ quia legitimi sunt, licet remotiores: Et idem testatricem voluisse, dicendo: jhre nestste Blutsverwandte/nequaquam vero de Rea intellexisse, vt quæ illegitime nata sit: quod tamen in prima instantia probatum non est. Quin testes in hoc conueniunt, quod Curt Kepper/ suam Elsam secum duxerit in Dñnebrück/ vbi vna cohabitauerint, se inuicem, vti cõiuges, tractarint, quod vicini omnes habuerint ac reputarint pro coniugibus.

Deinde, quod ipsimet vna cum matre, hoc idem dixerint, & se ita nominauerint: Eũq; propter homicidium iterum descendente, d. Elsa subsecuta sit.

De testatrice quoq; deponũt, quod & ipsa d. Elsam für jhr Schwägerin gehalten / fact. 169.

Præsumptionem esse ¶ pro coniugio, & filiatione, Bertrand. conf. 26. vol. 2. part. 2. Secundum fundamentum Actorum: ¶ quia Rea in certis bonis instituta, quibus merito debet esse cõtenta, vt patet ex testamento.

Tertio: ¶ quod dicitio pluralis, in persona sua, tanquã vnica, verificari non potest. Quæ omnia, potissima Actorum sunt fundamenta.

Et quamuis in fine libelli Appellationis, nimirũ à 53. articulo, de nullitate processus Actorum, & sententiæ, quædam etiam subiiciantur: ad illa tamen facile responderi possit, nec quicquam obstat, cum merita sint notoria.

Quod igitur ad primum fundamentum, videlicet genealogiam, frustra ad probandum admitteretur, cum non releuet, vel certe, attentis prioribus actis, & dicitis testium & confessione Actorum, de proximitate Reæ, omnino superfluum foret. At posito dictam Annam, naturalem tantum, & extra matrimonium natam esse.

Imo dato etiam, 31. artic. grauaminum, de clericatu, verum esse, ac probari sufficienter posse, ita quod matrimonium inter d. Elsam & Clericum illum, nullum fuerit, nihil tam Actoribus proderit: Cum iuris sit manifesti, quod omnibus aliis parentibus, ¶ præterquam patri Clerico, spurius succedere possit, tam inter viuos, quã ex vltima voluntate, si ei expresse relinquatur, vt per Guil. Bened. in cap. Raynurius. verb. Et uxorem. Acta. in quinta decisio. numero 130. & in verb. si absque liberis. numero 74. Et facit gloss. sing. in auth. quib. mod. natural. eff. sui. Roland. consil. 87. à numero 16. vsque ad fin. Bermondus in tractat. de publ. concubinariis. Gail. obseruat. 88. lib. 2.

Nec obstat ¶ lex generaliter. §. cum autem. Cod. de 9 institut. & substit. quia procedit ¶ in conditione tacita, quando lex supplet voluntatem defuncti: Secus in expressa, vt hic. Berous consil. 112. vol. 2. Nec obstat Grauet. ¶ consil. 138. part. 1. quia loquitur tantum de successione ab intestato, secundum iura agnationis & cognationis. Natta consil. 421. num. 7. tom. 3.

Facit

Facit maxime huc postrema clausula substitutionis; quod post institutionem & substitutionem singulis in sua quota factam, sequitur adhuc alia generalis institutio, quoad reliqua bona: Et quidem copulatiua vtriusque; ex dict. hæredibus, cum simili substitutione, vt præcedens,

Addit, quod testatrix nõ plus legauit aliis cõfanguineis, quib. nihil alias reliquit, quam vt ad instantiam ipsorum singulis soluantur 2. fl. ab executoribus. Vide Ceph. *consil.* 166. libro 2.

Sic ergo ad primam Elisionem dupliciter est responsum: Tum quod non obstat, spuriam vel naturalem esse Ream, de quo tamen non liquet: Tum quod præmortuo vno ex cohæredibus, superstes, secundum verisimilem mētem Testatrix, alteri prædefuncto succedere possit ac debeat, excluso substituto, de quo & Franc. Marc. *consilio decimo tertio.*

Secundum argumētum, quod Rea in certis bonis sit instituta: Ergo quoad substitutiones proximiorum exclusiua esse debet: facile refellitur. Quia negatur consequentia, nec reperitur iure cautum: Imo si masculi vniuersaliter, † & feminae filia in re certa hæredes à patre sint institutæ, & omnes substitutæ inuicem: Tunc sorores videntur fratribus substitutæ, tam de mente testatoris, quam etiam legis. Bald. *in l. in testam.* 7. n. 12. C. de testam. milit. Bart. *in l. fin. n. 2. ad Trebell.*

Tertium argumentum, de plurali dictione, an meine neesse Erben: infirmum est: Licet enim secundum rationem recti sermonis, quandoque vel etiam regulariter hoc procedere possit, Bart. *in l. qui quartam. §. si quis vnam. de leg. i.* Bartol. *dict. l. fin. ad Trebell. Clar. quaest. 76. in fin. de testament. Ruin. consil. 68. numero duodecimo, volum. 2. Mantica de coniectur. libr. 4. tit. 7. numer. 15.* Nostro tamen casu † aliud de mente testatrix, ex coniecturis prædictis colligi potest: quia hoc totum ex interpretatione voluntatis pendet, & superest hic perloia quæ ex verisimili mente potest excludere alias personas, Mantica *lib. 11. tit. 4. num. 16.*

Et certum est, pluralem locutionem in testamenti, † verificari etiam in vno, & pluralitatem sæpe comprehendere etiam singularitatem, secundum subiectam materiam, vt in Apostill. ad Bartol. *in dict. lege finali in princip. lit. A.* Intelligi enim † potest pluralis ille numerus conditionaliter, ac si dictum esset: si plures tunc extant eiusdem gradus. Quia illa qualitas proximiorum iungitur verbis, futurum tractum denotatibus: Ergo intelligitur secundum tempus illius verbi, Alex. *consil.* 109. nu. 4. §. lib. 7.

Neque ob id videtur exclusus numerus singularis, quæ tunc temporis in vna persona extitit.

Hinc facit, quod substitutio, † si decesserit sine filio, cum filio vno tantum verificetur *l. i. de*

condict. & demonstrat. Item, † si vxori fundi proprietatis legatur, si liber os habuerit, nato filio, statim legatum cedit *l. cum vxori. Cod. quando dies legat.*

ced. Item, † si substituit proximiores suos, & extat soror & filius sororis: Tunc soror sola, exclu-

so filio sororis præmortuæ, succedit, & non ambo æqualiter. Bald. *consilio* 488. 3. part. Idque propter verbum, Meos, positum in substitutione, quod refertur ad tēpus mortis Testatoris: alias æqualiter admitterentur: Apost. *ad Bart. in l. si cognatis. de reb. dub. Mantica. tit. 12.* Ripa *in l. ex facto. §. si quis rogatus. n. 51. ad Trebell.*

Ex his concludit, pronuntiandum, bene iudicatum, male appellatum: Compensatis expensis, propter quædam dubia iuris. Et vult præmittere interlocutoriam, vt lis cõtestetur, vel in sententia habeatur pro contestata.

D. H. Correferens: Grauamina non admittit, quia priora. Quo ad litis contestationem, est indifferens. Causam principalem claram & liquidam. Spuriis relictum, ad fiscum deuoluitur, Paleot. *c. 43. de spur. & machis.* Sed ex aliorum testamentis, † & ab intestato, accipere possunt: Ideo non releuat hic, licet fuisset pater clericus. Pluralem numerum † verificari singulari *l. si plures liberi. de verb. significat.* Sic in fideicommissis: Alciat. *conf. 64. n. 18.* Pronuntiandum, vt Referens. In expensas mallet condemnare: Sed non repugnat.

D. I. vt Dn. Referentes, cum Expensis. Ego & G. similiter, compensatis expensis.

V O T V M L X.

In causa N. contra S.

S V M M A R I A.

1 Agitur in hoc casu, de iure municipali, de iure retractus, quo fratres & sorores, eorumque filij admittuntur ad redimendum.

2 Condictio hæc est ex lege municipali in rem scripta, & perinde sequitur possessorem atque actio vera realis.

3 Bonis cedere quilibet potest, saluo iure tertij, qui ius aliquod in re habet.

4 Verbum emptionis & venditionis latissime patet, omnemque alienationem complecti videtur. Limitatur. n. 5. 6.

7 Mora purgatio, à lege vel statuto, tempore effluxo, non admittitur.

8 Retrahendi tempus certum per statutum, si non est præfinitum, tempus anni & diei esse intelligitur.

9 In retractu vt quis bona fide vtatur, iuramentum plerumque defertur.

10 Retractus locum habet, quando cessionarius habet causam onerosam, vt scilicet as alienum soluat.

11 Cessio generalis dationi insolutum accommodatio est specifica.

12 Statutum loquens de vno, non intelligitur de altero.

V O T V M Referētis, Domini L. formalia iusta, sic & procuratoria. Actum ex iure municipali, † de iure retractus: quo fratres & sorores, eorumque filii, admittuntur ad redimendum. Sed tale statutum valere, & vbique locorum fere obtinere. Tiraq. *de retract. in prefat. Gail. obseruat. 19. lib. 2. tex. in 6. constitut. de in integr. rest.* Estque hæc condictio ex lege Municipali in rem scripta, † perinde quæ possessorem sequitur, atque actio vera

xx 2

vera

vera realis, leg. 3. §. est autem. ad exhib. cum similit. & frequentius annalis est.

An probata?

Quod sic, & non negatur cognatio. Reus dicit d. domum nō Rūsten & hæredibus, quia bonis cesserunt, sed à curatoribus creditorum d. Rūsten emisse. Quandoquidem ergo d. curatores, creditorum domum ipsi vendiderint, existimat, ius retractus locum non habere.

Sed vtut sit, ita non videt, quomodo cessio vxoris & liberorum, genere propinquo, aditum ad retractum præcludere possit, cum is rem ipsam respiciat: Quilibet bonis cedere potest, † saluo iure tertii, qui ius aliquod habet in re. *Dd in l. 1. C. qui bon. ced. poss.* prout Actor noster iure municipali habet, nec reperit, Actor denunciatum esse: eoq; minus præiudicari potest. Quin & hæredes Rūsten pœnitere potuisset.

Necdum etiam distracta domo, hoc ius actori competere potuit. Quamprimum enim vendita fuit, actor se statim opposuisset, & cessio est facta ab hæredibus, vt in vsum creditorum domus distraheretur, in verb. *verkauffen sollen vnd mögen* vt habet articulus 8. grauaminum. Non obstat, quod venditionis & emptionis verbū † latissime pateat, vt quod omnem alienationem completi videtur: *l. statu liberi. in fin. de statu lib. l. sicut. §. venditionis. quib. mod. pig. vel hypoth. sol.* quia nostro casu accipi de venditione, † proprie & stricte sumpta, non etiam de cæteris alienationibus.

Hæc namq; † cōsuetudo seu statutum loquitur de precio venditionis restituendo, in verb. *An dem Kauff/in massen der beschē/sehen.* Item, habetur *von kauffen vnd verkauffen l. fin. ibi gloss. & Barr. Cod. de prad. decur. lib. 11.* Tiraq. in verb. *à vend. gloss. 2. §. 1. num. 1.* Præterea falsum esse, quod Reus dicit, quod d. domus nicht als à curatoribus dem Rūsten verkaufft/ vt *Verkauffbrieff oder Notul* satis demonstrat.

Porro adfert Reus, infra tēpus à statuto præfinitum, actorem non retraxisse: adeoque eo elapso, eum non audiendum.

Nam à lege, † vel statuto, tēpore effluxo, non admittitur moræ purgatio *l. si. C. de don. ab ord. fac.* Sed apparet, per statutum, certum retrahendi tempus † præfinitum non esse, quo casu tempus anni & diei esse intelligitur, *Bald. c. 1. §. si Titius. nu. 2. si de feud. fuer. controu.* Tiraq. & Gail. vt supra.

Ex actis vero ad oculum patet, venditionem 17. Nouembr. Anno 81. factam. Eandem Actorem 2. Martii Anno 82. oppugnasse. Quin & infra 14. dies se impugnasse, quod Reus in prima instantia præterit.

Vltimo, plane in fraudem & æmulationē Rei, primi emptoris, Actorem impugnare venditionem: nusquam tamen hoc ostendit. Vt tamen omnis cauillatio euitetur, † possit iuramentum deferri, quod bona fide retractu vtatur, quod plerunque ex statuto requiritur: Gail. obseruat. *17. lib. 2.* Concludit itaque, grauaminibus reiectis, causam pro conclusa acceptandam. Idque eo ma-

gis, quod appellans artic. 32. fateatur, *Doff d. t. se Argumenta in erster Zustanz also eynkommen.* Et pronuntiandum, bene pronuntiatum, male appellatum.

Aliud in eadem causa.

Quæstio principalis est: An facta cessio creditoribus, ob æs alienum, locum habeat ius protimiseos, vigore statuti, ac si mera venditio præcessisset, idque propter æquipollentiam? Ego, omittis, quæ passim à Doctoribus ad eam quæstionem faciendam, pro & contra cumulantur, præsertim per Baldum, Math. de Afflict. & Tiraquel. simpliciter cum D. Referente concludo. Moueor præcipue, quod nostra cessio facta est, vt bona vendantur, & de precio satisfiat creditoribus. Quem modum ipse Appellans in octauo grauamine asserit. Inde sequitur, cessationem non esse idem cum venditione, nec in substantia, nec in effectu. Sicque eam cessationem non congruere, nec sufficere ad formam statuti, vt pro venditione vera haberi possit. Deinde sumus in casu, quo cessationarius habeat causam. o nerofam, vt scilicet æs alienum soluat, † quo casu locum habet retractus, vt per Tiraqu. *de retract. municipal. §. 1. glossa 14. nume. 114. iuncta gloss. 2. §. 25. numero tertio, in fin.* Idque tanto magis, cum generalis cessio † hic facta sit, & non specifica, quæ dationi insolutum est accommodatio. Differt enim ea à vera venditione. Ideoque statutum, † loquens de vno, non intelligitur de altero, per allegata à Tiraquel. *in dicto §. 1. glossa 14. numero 18.* Tandem considero generalem Theoricam, causam videlicet esse separatam ab effectu.

V O T V M L X I.

In causa T. contra T.

S V M M A R I A.

- 1 Exceptiones, cur in hoc casu reicienda, & silentio prætereunda, & num. 2.
- 3 Appellatione deserta, prior sententia, si appareat iusticia, confirmari potest.
- 4 Grauamina neq; releuant, neq; aliter, nisi ex actis prioribus, tanquam interlocutoria, & non ex nouis causis, regulariter probari possunt.
- 5 Realis præstatio dicitur, cum præstanda sit occasione Rei & census.
- 6 In hac causa qualiter fuerit processum, ad primum decretum.
- 7 Reus, in hoc casu, neglecta interposita appellatione, ac noua proposita exceptione suspicionis; Item neglecta causa grauaminis, iurisdictionem priorum iudicum realiter, & de nouo prorogauit. & numero 8.
- 9 Rei contumacia ex processu liquet.
- 10 Contumax inter reliquas contumacia penas, patitur etiam immisionem ex primo decreto.
- 11 Contumax non auditur, nisi refusus expensis, & nisi cauerit.
- 12 Contumax licet expense post annum refundantur, & sic purgata contumacia, veniat, audiendus est.

13 Expen-

- 13 *Expensarum refuso quid operetur.*
 14 *Requisita primi decreti qua, & numero 15. 16. 17. 18. 19.*
 18 *Iudex, elapso termino, pronunciare debet aliquē contumacem, & non amplius audiendum.*
 20 *Effectus primi decreti in actione personali quis; Et quis in reali, nu. 21.*
 22 *In possessionem missus in actione personali, non efficitur possessor, sed nudus tentator; Nec lucratur fructus, sed cum debito compensat, nisi iudex expresse ita disponat. num. 23.*
 24 *In possessionem missus in reali actione statim efficitur verus possessor, & post annum, non ante fructus lucratur. Canonistarum opinio hac de re qua numero 25.*
 26 *Requisita secundi decreti qua.*
 27 *Queritur primo, An, in hac causa dicta sententia, à qua, tertia instantia, de 6. Maij. Anno 74. habeatur pro secundo decreto. Resp. per distinctionem. n. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36.*
 28 *Queritur secundo, an secundum recte fuerit interpositum. Respondetur cum distinctione. num. 40. 41. 42. 43. 50. 51. 52.*
 36 *In actione reali, vbi queritur de iure dominij vel quasi, secundum aliquos, non interponitur secundum decretum, sed fertur solum sententia declaratoria dominij, & num. 37.*
 38 *Reus veniens infra annum, auditur de possessione, & post annum de proprietate.*
 39 *Missus in reali actione in possessionem ex primo decreto, lucratur fructus post annum, & non ante.*
 44 *Reus qualiter computet annum in hoc casu.*
 45 *Reum non releuat, quod iudex tertia instantia, & ipsemet actor passi sint, mera sua contumacia purgationem taxando & acceptando expensas, antelatum secundum decretum. Rationes eius qua, nu. 46. 47.*
 48 *Contra contumacem omnia remedia cumulari possunt, nec vnum propter aliud excluditur.*
 49 *Contumax, contra processum iam factum, non est audiendus, idque non propter contumaciam, sed propter lapsum termini assignati.*
 51 *In actione reali non est opus secundo decreto, secus vero est in actione personali.*
 53 *Contumacia vera adimit beneficium appellationis.*

D. Referens Bq. Submissum in puncto Appellantiem non grauatum: constat de contumacia non respondentis: Inde defendi posse immisionem ex primo & secundo decreto. Quia vero lis contestata ante exceptiones, † etiam petuntur reici exceptiones, tanquam serius producta. Grauiamibus responsum: quibus priora quoque contineri ponitur. Putat, exceptiones silentio prætereundas, † præsertim, quia opponens verus contumax dici non possit, cū semper per Procuratorem comparuerit. Et in causa definitiue pronuntiandum esse.

3 Sicut etiam, appellatione deserta, † prior confirmari possit sententia, si appareat iusticia, Mynf. obs. 60. cent. 2.

4 Neque enim grauamina releuat, † neque aliter, nisi ex aliis prioribus, tanquam interlocuto-

ria, & non ex nouis causis, regulariter probari possunt, Vestr. lib. 3. c. 10. Marant. num. 147. Sicut 18. & 21. artic. vbi habetur, quod infra annū post remissionem factam, nimirum 25. Augusti ad libellum responsum, sicq; cōtumacia purgata sit, videlicet 21. Iunii, Anno 71. Quæ tamen remissio, tempus à tot reiteratis decretis, (nimirum 25. Septembr. Anno 67. Item 3. & 16. Iunii. & 8. Iulij Anno 68.) interim lapsum minime purgat. Et quia ibi, Dortmundæ, pronuntiatum, causam non deuolutam; perinde habetur, ac si nūquam fuisset appellatum, & decreta iudicum M. effectum suum realiter consecuta sint: argumentum eorum, quæ de appellationis desertione dicuntur. Grauet. cap. 6. lib. 1. nu. 6. Bellam. decis. 202. Et per cōsequens, annus ille bis vel ter præterierat.

Quibus accedit dict. iudicū declaratio, in tertia instantia, vltimo Decembris, Anno 73. ratione refusionis expensarum facta, quod nimirum Reus fuit contumax, à 22. Decembr. Anno 67. Quæ ipsius procuratori placuit, vt in actis fol. 43. Atq; ita propria confessione contumacia deprehenditur.

Accedēdo ad causam principalem, actum putat, quasi negatoria, & sic Reali actione: quod nimirum Actor ex prædio suo Emphyteutico, siue Hofgut/ non teneatur quicquid soluere, vltra antiquum canonem, atque ita ius habeat in re. Realis enim † præstatio dicitur, cum præstanta sit occasione Rei & census. Vt Iacob. Ven. tractat. de annua. præstat. c. 1. Anchor. c. peruenit. de cēs. in fin. Idem Venent. p. 2. q. 2. 3. 4. vt & Reus ipse in actis tertiæ instantiæ fol. 9. & 10. actum reali, in eaq; se fundasse actorem asserit: ex quo vtile dominium prætendit, quod sit est Hofgut. Imo & tertio articulo grauaminum fatetur, quod actor tam reales, quam personales actiones cumularit.

Vel posset etiam dici, esse actum conditione ex l. 1. c. ex quib. caus. colon. censit. & c. lib. 11. & sic personali actione. Verum alteram actori vtiliorem existimat. Qua proposita actione, videndum de processu, & sic de immiffione ex 1. & 2. decreto, de quib. principaliter iam disceptatur: Et in ipso limine occurrit, † quod Reus, non obstantibus friuolis suis exceptionibus, qui per interlocutoriam 25. Septembr. Anno 67. latam, respondere iussus, parere noluerit, in continenti appellando: Quam tamen appellationem Iudex per aliud decretum 27. Nouembris Anno eodem, citato Reo, tanquam ab interlocutoria facta reiecit, concessis iterum 14. diebus ad respondendum: quod & eidem Reo in scriptis significatum: sed ab eo non appellatum, vt debuerat, & ita appellatio ista censetur deserta, & sententia in rem iudicatam transiit, Zabarell. in Clemen. 1. col. 3. vers. ex hac gloss. de dol. & contumac. Mynf. obs. 49. cent. 2. Marant. num. 410.

Postea citatus iterum ad 13. Maij Anno 68. prætendit causas, cur Iudex nō potuerit amplius procedere. Verum 3. Iunij. Anno eodem, accusata eius cōtumacia, dicit, quod ante 40. Annos d-

prædium locatum fuerit parentibus, pro certo canone: quibus defunctis, ipsum actorem de facto occupasse: Ideo se non teneri respondere, ante d. prædii restitutionem, offerendo, sich auff actoris Handlung eynzulassen/ si materiae suæ satisfiat, alias protestatur de appellando.

7 Vnde inferitur, quod neglecta † interposita appellatione, ac noua proposita exceptione suspicionis: Item, quod † neglecta causa grauaminis, iurisdictionem priorum iudicum realiter, & de nouo prorogauit. Iudex ergo pronunciat, & procedit amplius, vt in actis & prothocollo.

9 Ex quo processu liquet, † Reum semper fuisse contumacem, in respondendo ad libellum. Quare implorato per actorem officio Iudicis, pro immissione ex primo decreto, l. vnica. si quis ius dicenti non obtemp. Guid. Pap. de primo & 2. decreto. ad fin. rite processum videtur. Ex quo nimirum omnia requisita, de quibus infra, interueniunt. Inter reliquas enim † contumaciæ pœnas,

10 hæc vna est, quod patiat immisionem ex primo decreto. leg. Fulcinius. ibi Doctores quib. in caus. in

11 poss. eatur. Nec enim auditur, † nisi refusus expensis. Marant. d. loco. nu. 14. Vestr. titulo de dolo & contum. nu. 16. Et nisi cauerit. Vestr. nu. 20. Et licet

12 expensę post annum refundantur, † & contumacia sic purgata, veniat deinceps audiendus contumax. Id tamen sine præiudicio prioris pœnæ, id est, immissionis ex primo decreto, intelligendū est. Et refusio aliud non operatur, † nisi vt in

13 eo statu, quo causa reperitur, is audiatur. l. sancimus. C. de iud. ibi Dd. Menoch. de arb. iud. q. l. 1. q. 26. n. 7.

14 Sunt autem requisita primi decreti: † 1. quod Reus citatus fuerit perēptorie. 2. † Quod ad instantiam partis, &c. Vide Specul. de primo decreto,

15 in princip. vers. sequitur videre. 3. Iudex † summam negotium examinet, & Actor summam, vel semiplene doceat de iure suo, dictis loc. Marant. num. 12. Quæ tria omnia hic concurrunt, ex quo

Reus peremptorie citatus fuit, Actor contumaciam eius accusauit, singulis iuridicis: & de iure suo, per exhibitum documentum, sigillatum originale docuerit, & forte etiam per testes, ad obrentas literas compassus examinatos, licet in actis Rotulus non extet.

17 Pro quarto requisito, † declaratus est à Iudice contumax, 8. Iulij Anno 68. vt & 16. Iunij, eodem in effectu, vbi ad petitionem Actoris reiciuntur in contumaciam, Rei nomine exhibita, nisi prius satisfaciatur decreto 1. de 3. Iunii eiusdem.

18 Debet enim Iudex, † elapso termino, pronunciare illum contumacē, & non amplius audiendum, Rebuff. tract. de contumac. articulo primo. num. 13. & articulo 3. numer. 3.

19 Et licet pro quinto, † nonnulli etiam iuramentum Calumniæ exigant, Socin. Specul. Iohann. Andr. quos citat A sin. in prax. §. 4. c. 3. in 7. limit. n. 7. Nostro tamē casu, forte propter dictas probationes, neque exactū neq; necesse fuit, & ita omitti potest. Vnde recte ad primū decretum processum etiam nulla litis contestatione præcedente, vt Specul. d. §. sequitur. nu. 1.

Effectus autē primi † decreti in actione personalis est, quod Actor solummodo commodum possessionis corporalis acquirat, & Reus amittat, in pœnam suæ contumaciæ: in reali autem † plenam acquirat. Quod in actione † personalis missus in possessionem, non efficiatur possessor, sed nudus tentator, scilicet causa custodia. Marant. num. 12. Ideo non lucratur fructus, sed † eos cum debito compensat, nisi Iudex expresse ita disposuerit. At in actione Reali, † vbi quæritur de dominio, vel quasi, missus statim efficitur verus possessor, & post annum, non ante, fructus lucratur, Guid. Pap. de primo decret. vers. sequitur videre. Marant. numero 12. Specul. de primo decret. §. iam de effectu, præsertim numero 6. & 9. Alex. l. 3. §. finali. num. 9. de acquir. possess. Bart. ibid. Abb. cap. quoniam frequenter. §. in aliis. nu. 21. vt lit. non contest. Licet Canonistæ dicant, † vt per Specul. quod in reali, demum anno lapso, quis possideat, & tunc incipiat vsucapere, quasi loco secundi decreti citandus. Quod & Papæ placet, tit. de primo decret. ante fin. vers. in reali vero. Licet Speculatori prior opinio magis placeat. In proposito ergo Actor noster immisus ex primo decreto, consecutus possessionem vel quasi, iuris libertatis, de non augendo Canone.

Quoad processum † ad secundum decretum, breuitatis causa repetit, quo in 3. & 4. instantia, in actis reperiuntur. Quæritur modo, primo: † An dicta sententia, à qua, tertiæ instantiæ, de 6. Maij, Anno 74. habeatur pro secundo decreto: Et secundo, † An illud recte fuerit interpositum.

Quoad primum, quod nimirū in reali †, possessio non incommutabiliter, id est, irreuocabiliter traditur per primum decretum, vt cunque quis vere dicatur possidere: ita quod demum anno lapso † incipiat possidere, & vsucapere, quasi secundo decreto interposito, & tantum operetur in realibus transcursus anni, quantum in personalibus secundum decretum. Specul. d. loc. §. iam de effectu. numero 9. Licet aliter sentiat. † Et de secundo decreto. §. videndum restat. nu. 20.

Addit, quod pro actione mixta haberi possit, † cum agi videatur etiam pro personalium præstatione & liberatione: vt apparet ex libello. Quo casu idē iuris est, quod in simplicibus personalibus actionibus. Spec. d. §. videndum. numer. 5. in fin. Sed, hoc etiam si verum esset, † eatenus tantum procederet, quantum de personalibus præstationibus agitur. Eatenus enim sequitur actionem naturam personalium, circa immisiones, Abb. d. §. in aliis. c. quoniam frequenter. nu. 10.

Item, † quod forte ad cautelam impetratum secundum decretum, vt fortius præscriberet, quod fieri potest, Spec. d. §. restat. num. 21. Quibus attentis, iudices dictam possessionem ex primo decreto acquisitam, † propter lapsum anni, & ad factam implorationem & submissionem per aliud decretum confirmare voluerunt, quomodocunque appelletur, vt vix tamen haberet secun-

36 secundi decreti. Quamuis enim ¶ in actione reali, ubi quaeritur de iure dominii, vel quasi, secundum aliquos, non interponatur secundum decretum, sed feratur sententia solum declaratoria dominii, Papiens. supra d. loc. n. 17. vers. denique. Alii tamē diuersum volunt, vt Marant. d. loc. numer. 12. in fin. vbi dicit, communem esse. Hinc infert, quod cum Reus post annū, per decretum etiam exclusus sit à possessione, vel quasi, & tamen de proprietate audiendus sit, iuxta decretum, quod iudices institutam actionem magis pro reali, quam pro personali habuisse videantur. Et ¶ quia in realibus communiter non solet secundum decretū interponi, nullos reperit effectus, 37 qui huc facerent, nisi quod Reus, ¶ veniens intra annum auditor de possessione, & post annum, de proprietate. Guid. §. sed quaeritur. per l. 2. in fin. C. vbi in rem act.

38 Deinde, ¶ quod missus in reali in possessionem ex primo decreto, lucratur fructus post annum, & non ante, Papiens. num. 18. Specul. de primo decret. §. restat. num. 13.

Quoad secundam quaestionem: An iuste fuerit interpositum, sciendum, ¶ quod duo ad hoc necessaria. Guid. vers. sequitur videre. Primo contumacia perseverans. 2. temporis interuallum.

41 Et de hoc satis patet in ¶ actis, videlicet à 25. Sept. Anno 67. vel saltem ab 8. Iulii, Anno 68. vsque ad 6. Maii, Anno 74. & sic per sex annos, cum dimidio: vel computado à tempore oblationis expensarum ¶, nimirum 17. Decembris anno 73. per quinque annos, vel computando à die reponitionis ¶, id est 21. Iunii anno 71. per triennium fere, quod tempus est in arbitrio Iudicis, & de æquitate, integer annus à die primi decreti debet esse elapsus: Marant. numero 12. Specul. de 2. decret. §. in v. a. numero 2. Abbas, d. §. in aliis. numero 44.

42 Sed Reus computat ¶ annum à tempore remissionis ad primum iudicem, nempe à 21. Augusti Anno 70. Idq; male, vt supra dictū, cum tempus illo casu continuum fuerit: maxime cum appellationem non fuit prosecutus Reus. Neque obstat artic. 25. Replicatorius in Camera, nu. 45 12. vbi Reus vrget, quod Iudex ¶ tertiæ instantiæ, & ipsemet Actor, passi sint, meræ contumaciæ purgationem taxando, & acceptado expensas, ante latum secundum decretum. Respondet, quod intelligatur ¶ hoc secundum subiectam materiam, id est, quatenus Reus voluit audiri, & sibi responderi ad exceptionalem suam materiam: 21. Iunii, Anno 71. in tertia instantia exhibitam.

Sed ex actis apparet, quod Actores, vel ipsi Iudices à prima ¶ & d. inmissione & iure quaesito recedere noluerūt, sed voluerūt Reū cōtumacē, qui passus est primū decretū, pati etiā refectio- nem expensarum: Ratio: Quia contra contumacem ¶ omnia remedia possunt cumulari, nec vnum excluditur propter aliud. Alberic. numero 6. vers. item quaeritur. & l. 1. §. num. 19. qui nō audien-

dum contumacem cōtra processum iam factū m dicit. Idq; ¶ non propter contumaciā, sed pro- 49 pter lapsum termini assignati, de quo & Menoch de arbitr. iud. quest. lib. 1. q. 36. num. 5.

Secundo ¶ requiritur causæ cognitio plena, 50 quæ versatur circa debitum, vel rem litigiosam, quod tamen desiderari hic forte possit. Sed re- spondet, illud procedere in actione ¶ persona, 51 secus in reali, vbi secundo decreto opus non est.

Accedit, ¶ quod etiam satis videtur constare, de iure Actoris per d. instrumentum, quod sufficit, per Marant. d. numero 12. Et ita per prædicta sententiam tertiæ instantiæ, sicut etiam confirmatoriam in quarta latā, per omnia saluari posse existimat.

Quia ergo grauamina, vt supra dictum, priora tantum continent, & tota disputatio, tam quoad sortem, quam quoad ius, altio-rem discussione non requirunt, concludit ea, tanquam irreleuantia, non esse admittēda, sed definitiue pronuncian- dum, in proximis instantiis bene iudicatum, male appellatum cum Expensis, posset Appellans etiā fiscali propter temeritatē puniri.

D. L. Existimat Appellatē fuisse verum contumacem, prout ab Appellato accusatur: inde eum non esse audiendum, nec subsistere appellationem: Ideo pronuncian- dum, bene iudicatum, male appellatum, nec appellatē grauatum esse. Compensatis expensis.

Ego. Non tam ad effectum excludendæ ap- pellationis sufficere commissam contumaciam, nisi non respondendo libello, quam ad effectum faciendæ immissionis ex primo decreto, puto, quia existentem veram cōtumaciam ¶ quæ ad- 52 mit beneficium appellationis, colligo. Reus veniens post annum offerendo cautionē, non auditur, lege. si fundi. §. postea de damno infect. Odofred. in tract. de primo & secundo decreto. numero 13. Tancred. in praxi. vers. de contumacibus. Et puto, Actio- nem apud priores Iudices institutam fuisse tanquam personalem, & secundum naturam personalis processus, ad 1. & 2. decretum, ex causis, quas Dominus Referens assignauit. Ad quod maxime facit, quod tradit Guid. Pap. in tract. de 1. & 2. decreto. §. in reali actione.

Ego conclusi simpliciter cum Dom. Ref. quia aduerti, Reum perseverasse in mediocri contumacia, & in causa principali fouere malam causam, & male fundatum, ideo quaerere subterfugia, & protelationem litis. Vtq; litium inanium sit finis, in primis vero quod in prioribus instantiis satis curiose & prouide per Iudices processum sit, nec sit, quod ratione processus iuste Reus conqueri possit. Et licet non admodum secundum naturam Realis actionis sententiarum vel decretum, præsertim quoad secundum: tamen in hoc cum Domino Referente sentio, & sum contentus cum his, quæ pro conciliatione hac, ab eo sunt deducta.

Concludo per omnia cum ipso.