

Imperio in feudū possideat, non posse, &c. c. 1. de alien. feud. per Frid. Sed quandoquidem prouent<sup>9</sup>, seu receptoriam, & 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 eidem constitutioni possit, extra dubium constituit l. de quibus, in si. 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; immediate cohæret, emptiones reddituum ad ratam decem sextu denarii esse receptissimas, sibi peculiariter & priuatim esse notum: quam consuetudinem in Leodiensium morès facillè potuisse etiam prorepere, verisimile esse, arg. dict. l. in quibus, in princ. & l. 1. C. que sit longa consuetudo. Quam opinionem præsumit, quia in duab<sup>9</sup> prioribus instantiis, in ipsa Leodiensi prouincia agitat<sup>9</sup>, nil hoc nomine sit exceptum, imò eiusdem 107  
 prouinciæ Iudices coram quibus causa bis acta (qui omnes territorii leges & consuetudines in peccatoris 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 alci iudicii non bona fide subiit adhuc existeret, non euaderet: attamè cum sententiæ iam ferendæ executio in modernū Episcopum, qui alicuius fraudis aut suspicionis conscientia nequit argui, pœna ista eum mulctandū, æquitatis ratio admittere non videtur, qui peccauit, si ipse moriatur, diuinis præditum literis, & ex suo delicto vnumquemque pœna subiici, non autem alterius ciriminis successorem constitui, æquitati consentaneum est, l. crimen. de pœn. Quod 108  
 denique pœnæ & personam non egredi, sed eandem comitari debeant, est constitutum l. Sancim<sup>9</sup>. C. eod. In omnibus itaque cum Referente concludit. 109

D. N. Vult quantitatem empti redditus ad vicissimam reducere, etiam expressè, non petente parte, sicut etiam factum in causa Mandesloe contra 110  
 Stockleben. Non ipsum mouet consuetudo, ea 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 compenlandas.

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

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, quod res hypothecata fuerit feudum, tamen non releuat: Nam dato ex abundantia, quod hypotheca nulla esset, tamen tenetur Appellans actione personali.

De pœna temerè litigantis, licet hæres & successor non teneatur l. 1. de priuat. delict. Tamen limitatur, quod 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. Gail. de pace. pub. c. 20. lib. 1. n. 51. At pœna ea est arbi. raria, & pecuniaia. Quod eo magis 112  
 statui potest, quia successor temerè litigantis, non cessit liti, sed ratam habuit, & adhuc habebit. Undè in eadem mala fide hærebit, & particeps erit. Sed quia libentius sentit cum Dominis, qui volunt ratam deducendam esse ad vicissimum denarium, hic etiam cessabit. Quæ sententia reformanda. Nam Episcopum esse sub Imperio, & non 113  
 exceptum esse consuetudine, de qua non constat. Compensatis expensis vtriusque instantiæ: Quia facienda reformatione sententiæ, tunc litis expensæ compenlantur: Gail. c. 10. lib. 1.

Sententia.

In causa quondam Domini Gerhardi, Episcopi Leodiensis, nunc Laurentij Wildhelmi, tanquam Domini litis, Appellantis ex vna, contra quondam Annam de la Venne Viduam Mathiæ Henrici, & consortes in actis nominatos, appellatos ex altera partibus. g. auaminib<sup>9</sup>. Octob. Anno 74. & additionalib<sup>9</sup>. 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, quod pro singulis centenariis, quinque salte floreni annui compenlandi. In reliquo verò bene iudicatum; malè appellatum. Expensas, in hoc Imperiali Camera Iudicio factas, ex causis nos mouentibus, compenlantes.

VOTVM IV.

In causa Nobilis L. von H.

Contra

Nobilem L. von H.

SUMMARI.

- 1 Citationes, in appellationibus ad altiore in 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 sit processum vel appellatum, iudicari debet, vt actus sustineatur vt magis valeat, quam pereat.
- 4 Iudex procedendo ad vltiora, regulariter tacite objectionem reieciisse videtur.
- 5 Sententia declaratoria, & subsecuta 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. 8. 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 iudicata sortita, executionem habet paratam.
- 17 Cardo huius appellationis ex quibus dependet.
- 18 Verbum, Collatio, in materia familia herciscunda, 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 bonorum 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 adatur.
- 37 Immisio fit vbi res sunt sitæ.
- 38 Iudex propria autoritate vel inspectione executione expedire potest, vel duos bonos aestimatores mittere. Vel partes eligere possunt aestimatores vel arbitratore. *ibi.*
- 39 Quod iam est, magis fieri non potest.
- 40 Diuisio inter adultos retractari non potest, nisi probata vltra dimidiam iuste aestimationis.

**S**ubmissum 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, Exceptio-num, & 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 & Procuratoris 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 absolu- & decisiuè, sed potius cum suspensione ad altiorem indaginem & consultationem sit facta, id quod ostendunt verba: *Es were dann / daß man mit Recht was sönt 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 impetrati fuerint. Prou 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 *Errechtigt nicht soll gegeben seyn*) desertio malè præ tenditur: nam acta priora diuersum habent: videlicet Libertum se purgasse iudicialiter, dicendo, se cum appellatione simul deposuisse quosdam nummos, quos Iudex receperit, & contentus fuerit, eique sententiæ 23. Maij factis factum esse; reprehenditur ex eo, quod postmodum Iudex, recepta appellatione, pro declaratione sententiæ lata Veneris post Vocem Incunditatis Anno 60. Acta remisit Iurisperito, quod testatur decretum 24. Maij, iuncta ipsa sententia declaratoria 15. Decemb. cod. Anno publicata, vbi Iurisperitus rescribit, sibi pro declaratione d. sententiæ à Iudice & partibus acta esse remissa. Nisi enim appellans tunc, pro more Iudicij, & vigore præcedentis decreti, 23. Maij Iudici debitos nummos numerasset, nec appellatione 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 enict. 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. sit. qualiter sent. null. defend. possit n. 27.* Et licet in dubio pronuntiandum, appellatione 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. cons. 37.*

num. 18. 19. lib. 2. Vant. 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.

Tercio obiectum est, sententiam declaratoriam, et subsecutam confirmatoriam, esse nullas, quia non lectæ & publicatæ sint sub nomine Iudicis, & verbis, non primæ, sed tertiæ personæ, iurisperitorum videlicet, quorum consilio Iudex vsus est, tunc enim non rite & in scriptis lata præsumitur, 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. Vant. iam d. loco n. 70. per plura. Id tamen et intelligitur & limitatur in nonnullis casibus, vt si partes tacite vel expresse consentiant, taliter ferri sententiæ arg. leg. videamus. S. si tamen cantam. de in litem iurand. leg. fin. in fi. de temp. appell. l. si constante. C. de donat. ante nupt. Qui consensus 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, vt inquit l. 2. de iuris. om. iud. Vel si consuetudo et loci id ferat. Item in causis, in quibus libellus et non est necessarius, vt per Specul. de sententiis. 9. *si iuxta propositionis. n. 12.* Item, vbi non et tam sententiæ, quam declaratoria sententiæ fertur & publicatur, prout est nostro in casu: Tunc enim locum habere, quod dicitur: Declarationem et fieri non oportere cum solennitate requisita in ipso actu Principali, leg. heredes palam. & 2. ibid. Bartol. de testam. Si cut enim et declaratio testameti dubii potest fieri coram duobus testibus. Bartol. leg. prima. C. de Codicill. & in dict. S. 2. Ita et in sententiæ et interpretatione tantæ solennitates non requiruntur, quæ in ipsa sententiæ. Bartol. in leg. ab executore. nu. 8. de Appell. per dict. leg. heredes. S. 2. de testib. Et puto, nos iam non esse in casu prohibitiæ interpretationis sententiæ, vbi ea, vel mutatur, vel augetur, vel restringitur, vt notatur per Bartol. & Dd. in dict. leg. ab executore. de Appellat. sed in nudis terminis declarationis, vbi nihil noui fit, vbi ibid. Bart. & Iason post alios in l. quicquid. de verb. obligat. Cui etiam accedit, quod ex actis colligitur, nostram declarationem expresse partium consensu esse subsecutam. Quod vero talis declaratio dubii & obscuri, per Iudicem, præsertim ordinarium, vt nostro casu factum, cum consilio & consensu partium recte fiat, refert etiam Gail. vobseru. 116. lib. 1. n. 1.

Quarto, nullam et esse sententiam declaratoriam ex capite, quod sit contra sententiam priorem, & sic sententia contra sententiæ lata, l. prima. C. quando pronoc. non est necess. Franc. cap. dilecto. quæst. 1. 4. de appellat. Felin. c. inter monasterium. de re iud. Sed si recte prior cum sequenti sententiæ confertur, id vix elici poterit. Licet enim in priori, dictio, conferre, intelli possit, prout appellans accipit: tamen etiam in altero significato sumi potest: Sicq; hæc in parte dubius est eius intellectus, qui recte interpretationem admittit per supra allegata.

Quinto obicitur, secundam sententiæ interpretationem esse nullam: cum declaratio non nisi

semel fieri possit, l. si in dict. l. quicquid astringenda de verb. oblig. Quia Iudex declarans verba ambigua sententiæ 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, iteratâ interpretatione, vel contrariatâ primæ factam non esse: missua enim D. Echtiij aliud non habet, nisi quod se offert ad declarandam sententiam, si id exigatur: sicque ad declarandum oblatio potius, quam ipsa interpretatio sit, prout in ea missua ex priori sententiæ reperitur, conferre esse idem, quod Einbringen. Secus autem apparet ex sequenti declaratione, quod ipsemet appellans ita intelligit & fatetur, quod nunc præcipuum est inter eius grauamina.

Tandem allegatur appellatum esse sub executione, quod fieri non debet, vt est communis conclusio Dd. notatur in leg. ab executione. quorum appell. non recip. d. l. ab executore. de Appell. Sic etiam a decreto et executionis non appellatur. Bald. in dict. l. ab executione. Spec. tit. de appell. S. in quibus. versic. & scias Alexand. consilio 18. colum. pen. in fi. versic. fortius duo. volum. 6. & consil. 9. colum. 2. versic. quid autem 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. numer. 30. de re iud. Marant. verb. Executio sententiæ. numero 55. Hic vero, quia ex ea pronuntiatione siue decreto de exequendo nouum grauamen a prima sententiæ siue pronuntiatione illatum esse dicitur, quo casu etiam permissa est appellatio Spec. ibid. tohann. Andr. in tit. de execut. sent. S. 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, ipsaq; duo simul coincidisse probat copia Executorialium, inserta actis primæ instantiæ huius causæ ubi 13. & 17. Aprilis Anno 70. An vero hic simis in casu permissio Appellationis, vel non, erit in causa decisionem discutiendum. Hoc loco officere puto admonuisse, nullitates ex primis instantiis obiectas; iurisditionem Cameræ non remouari.

Actionis genus primordialiter in hac causa institutum, anxie nobis inuestigandum opus esse non puto, cum sententiæ super ea pronuntiatæ, vim rei iudicatæ sortita sit, quæ executionem paratam habet: quæ finem contouersiæ imponit, & pro veritate habetur iuribus vulg. Si tamen vtile videbitur, certam sedem & statum contouersiæ definiri vel ostendi, tunc ex actis satis conspicuum esse puto. ab initio, siue in primo causæ processu actum vel familiæ heriscunda, vel de doli actione. Cum enim dolus incidit in contractum bonæ fidei, vel causam ei contractui dat, recte agitur hæc 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 diuidendo, *Ioh. Fab. ibid.* vel actum vtili cōditione ex l. 2. de rescind. vend. Quod magis hoc casu placeat. 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 latis datum sit. Rationibus hoc probat *Pimellius 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. Schurff cōsi. 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 conuenientiam 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 transit in rem iudicatam, collatio & diuisionis 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, equalitasque constituatur. Quod itaq; tali casu realis bonorum, sicque iterata diuisionis, & non pecuniarum suppletio fieri debeat, asserit Appellās noster. *pe. rex. in l. incerti. C. famil. hercisc. l. heredes. §. in familia. D. rod.* Verbum enim, ¶ collatio in casu familiaris hereditatis, aliter non intelligi quam in medium latis, & communicatio bonorū defuncti, notatur in l. 15. de collat. bon. *Bart. ibid. in rubr. Argo & las. eod. tit. in rubr.* Nam quod erat proprium, dicitur ibi in medium collatum, id est, communioni subiectum: Et ¶ infusio siue coadunatio rerum conferentis in res communes, seu cum rebus communibus diuidentis, vt not. in l. si soror. C. de collat. *Alberic. de Rosat. in diēo 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 diuisionis, *Ioh. Fab. in d. l. maiorib. Sequitur Molin. de contract. usur. & comm. n. 182.*

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

alia ratione, probat text. in d. l. 2. & l. si voluntate. in si. C. de rescind. vend. c. cum dilecti. de empr. & vend. Datur enim ¶ electio cōuento, an consentiat rescissioni diuisionis, vt alia fiat, an vero velit supplere, quod iusto precio deest. Idque in materia d. l. 2. expeditum est, per eum. *tex. & d. l. si voluntate. in si. communiter sentiant Dd.* Quia emptor vltra dimidium deceptus, potest petere, vt restituatur id, quod vltra verum precium dedit, vel, vt totus contractus rescindatur, sicque petitur vtrumque; alternatim: Sed in arbitrio rei conuenti est, alterum eligere. *Refert Oldend. in class. 4. act. 1. cap. 6. n. 7.* Et licet hoc loco discipetur inter Dd. An sola res distracta sit in obligatione, supplementum verò pretii in facultate solendi, prout est opinio glossæ, quam sequuntur plurimi; An vero & res & precium sit in obligatione, vt communiter tenent *Canonista in d. c. cum dilecti. de empr. & vend.* tamen eam altercatione minimi, vel nullius momenti esse, comprobatur *Pimell. 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) cuius veritas ex verbis agentium non mutatur, *l. sicut. C. ad l. Cornel. de fals.* Nec enim ad actorem spectat, formare sententiam, cum Iudicis & agentis diuersa sint officia, *l. deo* inquit *Bar. in d. l. 2. numer. 16.* hic varie peti posse, vno modo, vt libellas concludat alternatiue: Alio vero, quod solimmodo petatur res restitui, & hoc veniat iure actionis, sed per officium Iudicis dari conuento facultatem retinendi rem, & suppleendi iustum pretium: & *Bald. ibid. n. 19.* Quamuis autē sententiæ nostræ tenor innuat, simpliciter ad rem ipsam, siue portionem iustam hereditatis obtinendam, casu nostro actum & petum: id quod iam præcipuum 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 petitur, 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 actuale 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 delegauiero, vel fundum, aut rem aliam dederero 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 de commissis. §. 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 aliis habere debet, est *text. in leg. prima, §. aut enim re. dict. de collat. bon.* E: sunt iuxta hanc distinctionem etiam intelligendi supra allegati textus, *in leg. in verti. l. donatio. l. heredes. §. in familia;* qui in genere & indefinite dicunt, rationem habendam rerû, 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. plerunque in fin. de iure dot. notatur in l. stipulationum quadam. §. qui il. l. d. leg. si stipuler. ibique Zas. de verb. obligat.* Et ubi 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. sup. citatis locis.* Patet ex eo, quod dum *Id. cõmuniter tradit, dict. l. 2.* procedere in diuisione bonorum, per id non obscure significat, etiam vigore eius legis, conuento competere electionem, Ideoq; *Et 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 (prout hoc casu dicta sententiã innuit) tunc id intelligendum, vt vel recedatur à diuisione, vel pactio iustificetur seu suppleatur, & id, quod est immoderata factum, reducatur ad modum, vt *leg. placuit. de vsur.* Ideo inquit, si fratres diuidant ad breuia, & fortis infelicitate emergit intollerabilis deceptio, debet ea in melius reformari, *per dict. leg. maioribus. & leg. 2. §. primo, in fin. ibi, vel æstimatio rerû, vel diuisio celebretur. C. quando. & quibus quarta pars deb. lib. decimo.* Idque nostro casu tanto magis attendi potest: Primo, ꝑ cum ipsi litigantes (vt ex actis notorie patet) inter se 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. diuidit.* Vel nisi fiat per modos & rationes, de quibus supra, & quæ in aliis iuris partibus explicatur.

28 Deinde & ob hoc, ꝑ quod versatur hic in materia dubiæ interpretationis sententiæ: quo loco 29 statur: regulæ quod obscuritas ꝑ ad iuris intellectum referri debet, & amplectenda est opinio, quæ minus lædit ius commune.

Tertio, ꝑ quod præsumptio est pro sententiã, eiusq; declaratione, præsertim ubi partes expresse elegerunt declarationem iurisconsulti, cuius consilio prior sententiã facta est: prout & alias in ambiguis maxime spectatur sententiã 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. §. sequitur. de verb. oblig. leg. si plures. §. 2. in fin. de pos.*

Concurrat cum supra dictis etiam magna difficultas nouæ diuisionis. Vt inueniunt circumstantiæ, quia & personæ & res diuidendæ, per hoc maioribus rixis inuolueretur, quarum difficultatû quædam in Exceptionibus. 7. Sep. emb. Anno 73. productis enumerantur, id q; impossibilitati æquiparatur. Si in 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 sententiã nostræ declaratiõ, 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 action. & si familia. nu. trigesimo, de offic. iud. institut.* vbi dicit in diuisione rerum corporalium, quæ commodam non recipiunt 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 unum textum contra maleuolos cohæredes notat, qui (vt inquit) propter vnius minimam portam vel alterius maximam, volunt diuidere hereditatem minutatim, cum potius per vniuersitatem fieri debeat, q; Itali vocant in g.osso, id est, per assignationem aliquarum rerum integrarum, vel rerum æstimationem. Hinc *Ferrariensis. in form. libelli pro hereditate, vel regulari. §. primo, nu. trigesimo quinto,* dicit, in diuisione hæreditatis latissimum esse iudicis officium: quia si viderit commodius esse, poterit vni assignare vnam rem in solidum, & alii aliam, vel vni fundum (inquit) & alii pecuniã, vel alia similia facere, quæ vtilitati ipsorum heredum viderit expedire, *per leg. item Labeo. §. primo, & l. heredes. §. pen. & alia iura ibid. alleg. famul. hercis.*

Si igitur declaratio sententiæ, à qua appellatû 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, & faciendæ collatio & suppletio, priusquam ad diuisionem procedatur: vel primo diuidendum, & deinde meliorationum & aliarum rerum habenda ratio.

Huic questioni non parum lucis adfert resolutio præcedentiū. Ex eis. n. omnino hæc dependere facile colligitur, quæ & ibidem dilucide quasi decisa videtur. Dum autem hic de modo & forma diuisionis, eiusuē 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 textus in dict. leg. maioribus.* ) in melius reformatio facienda est. Simul autem & vna cum actu diuisionis, etiam æstimationem rerum, & reductio ad æqualitatem, supplementationemque eius, quod alteri deest, sicq; cõsultum ex re & occasione commodissime debere mihi videtur, vbi etiam simul computatio meliorationum, deteriorationum, alienatorum & receptorum succurret. Sufficit enim sententiam conlequi effectum, vtut 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. legitimus, numero quinto, de legit. iur.* Sic etiam nostro casu, forma & modus reformandæ & redlicendæ diuisionis, commodius tradi nõ potest, quam per Iudices & magistratus loci, ex præscripto declaratæ sententiæ, & ex re nata, vel, vt occasio tulerit, qui in diuisione suo arbitrio rem licitare possunt, etiam nullam partem interrogando, *Bartol. l. ad officium. C. Commun. diuid. & l. cum Aquiliana. de transact.*

37 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 desit: ratioque postea meliorationum receptorum & alienatorum habeatur, me mouet supra adducta argumeta. Si enim reductio in melius dicto modo facienda, videlicet, vt quisq; seruet eam partem, quam ex prima diuisione accepit, ita tamen, vt adæquatio per omnia fiat, frustra iam quæri videtur, an primo partes sint faciende, cum prius factæ non mutentur, & quod † iam est,

39 magis fieri non possit. *§. sic itaque discretis. Instiuit. 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. zu conferieren vnd einzubringen / vñnd folgens / wie sich gebürt / vñder sich als Gebrüder iusthellschuldiz 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 sortitam: Quoad declarationem, pronuntiat vt referens, quam etiam omnes interpretes in *l. 3. C. de transact. 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 petitū, apparet ex *Brischen / 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 jnnhabender Güter. Tertio*, quod dicto modo æstimatione facta, *einer 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 declaratoriæ in melius reformari 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 vltra dimidiam iustæ æstimationis læsione. licet ad supplementum æqualitatis agi possit. Nam deidentes ad æqualitatem sunt reducendi, sicut si erratum in ratione vel calculo: Quo argumento vtitur *Bartol. vt per Socin. consilio quadragesimo octauo numero quadragesimo secundo, volum. 1.* Sententia autem & iuramentum præsupponunt errorem. Cū autem in proposito non vltra, sed infra dimidiū 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.

SVMARIA.

- 1 Formalia Appellationis, & procuratoris carent de facto.
- 2 Appellationis formalia, propter Appellantis paupertatem, simplicitatem, & veritatem erga Magistratum iustificata.
- 3 Consensu partium prorogatio fieri potest.
- 4 Leges varia remedia pro pensionibus seu redditibus annuis exigendis subministrant, vt 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, continentur 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 praedio.
- 20 Res ex quo est mea, esse dicitur & libera.
- 21 Agens confessoria quoties est depellendus, aedeunda 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 fauorabilior.
- 29 Instrumenti nuda detentio sufficientem dominij causam non praebet.
- 30 Agens ex donatione siue cessione, debet de ea fidem facere.
- 31 Actor si non est competens iudicium stabiliri nequit.
- 32 Dictum, de instrumento, tribuente priuilegium 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 & quod duplex.
- 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 ibi. n. 42.
- 43 Quodlibet praedium praesumitur liberum à seruitute.
- 44 Partem qui non habet, nec totum habere potest.
- 45 Iura non ferunt, vt duo pluraue specialia circa idem simul concurrunt.
- 46 Extranea sunt inhabilia, propter inhabilitatem & defectum iuris vel dominij alienantis & transfereatis.
- 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 legitima.
- 50 Praesumptio cedit veritati.
- 51 Titulus vitiosus & inualidus etiam ex quacunque possessione nimmè conualidari potest.
- 52 Coniectura alia quam donationis, vbi dari potest, tunc ea non praesumitur.
- 53 Donatio ex praesumptione fundata, nonnumquam salax 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 ritulum.
- 58 Obligatio oritur ex praestatione decem annorum. Quod tamen pluribus modis limitatur, ibi. n. 59. & seq.
- 60 Praiudicium graue dicitur, vbi veritur 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 probatione. Et iniquum est, si illiquidum vincat liquidum ibi. n. 68.
- 69 Miserabilis persona agens, quando habet priuilegium eligendi forum, Secus vero si constet de similitudine &c.
- 70 Priuilegiati duo cum diuersis, diuersis respectibus a-