

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
Gũlden/vna cum expensis vtriusque instantia.

Sententia preamb.

In Sachen D. Johann Grünbergers / a's An-
walden vnd Herrn des Kriegs/von wegen Mat-
thes Bernharden / genannt Weiffenfels/ Appellan-
ten/wider/ Antonium Frumman/ Appellaten/ ist zu
Recht erkannt: schwere gedachter Appellat durch sich
selbsten/ oder durch seinen vollmãchtigen Anwalden/
in drey Monaten/ so ihme von Amptswegen darzu an-
gesetzt/ ein Eyd zu Gott vnd auff das heylig Euange-
lium, das er lieber 300. fl. Rheinisch von dem seinen
verlieren/ oder so viel entperen/ dann die in actis ange-
zogene Schmach vnnnd Schãden dulden oder leiden
wolt/ das solches gehòrt werden / vnd darauff ergehen
soll/ was recht ist.

Definitiuã post prestitum iuramentum.

In der Appellation Sachen D. Johann Grün-
bergers/ als Anwaldẽ vnd Herrn des Kriegs/ von
wegen Matthes Bernharden/ genannt Weiffenfels/
Appellanten / eins wider Anthoni Frumman Appel-
laten/ anders Theils/ seynd die den 5. Sept. An. 8cc.
N. cõnformene grauamina nit/ sonder die Sach-
von Amptis wegen für beschloffen angenommen/
darauff vnd allem Fürbringen / auch erstattẽ Eyd
nach zu Recht erkannt/ das die B. theil voriger In-
stans zu reformiren sey/ als wir die hiemit reformiren/
nemlich der Gestalt / das gemeldter D. Grünberger
gedachtem Appellaten zugefügter Schmach vnnnd
Schãden halben / 300. fl. Rheinisch/ darzu die Ge-
richts Kosten / in beyden Instantien auffgelauffen /
nach rechtlicher Ermãssigung zu entrichten vnnnd zu
bezahlen schuldig/ als wir ihn auch darzu condemniren
vnd verdammen.

V O T V M XXIII.

In causa L. contra Episcopum L.

S V M M A R I A .

- 1 Mandata sub & obreptiie impetrata sunt nulla, ne-
que tenent, neque in consideratione esse debent, et-
iam si iuri fuerint consentanea.
- 2 Mandata auocatoria, per quæ causæ à iudicibus ordi-
nariis auocantur, sunt odiosa, & cum aliqua iudi-
cis ordinarij 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, quæ 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 vilo modo valet, quod inde secu-
rum est.
- 7 In iudicijs mitius quàm in contractibus agitur.
- 8 Præceptum iudicis, cui per rerum naturam pareri
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 pronocauerit, 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, ut cun-
que aliquandiu celata fuerit.
- 14 Legatione pro ciuitate si quis functus est, æquissimum
est, vt restituatur siue procuratorem habuerit, siue
non.
- 15 Aduocato carere, est carere magna parte defensionis
debita.
- 16 Is qui præsidi obrepserit, nihil agit. & n. 28.
- 17 Is, qui veritatem precibus non adiecit, subscriptione
vri non potest.
- 18 Ex initio falsi commissi, iusta possessio non paratur.
- 19 In iudicijs maximè initium spectandum est.
- 20 Res scelere quaesita, etiam heredi, qui tamen plerum-
que fraudis & doli, per defunctum commissi, nescius
est, auferenda.
- 21 Mandata extrã 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, quæ 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 causa co-
gnitione, concedi debent.
- 31 Mandatarius ex mandato semel suscepto non tantum
de dolo & culpa leui, sed etiam leuissima tene-
tur.
- 32 Poenæ condemnatio recte fit, etiam si calumnie se sit a-
ctum; Et sola contumacia attenditur in poenâ nu.
33.
- 34 Poenâ 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 sex 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 sum perfectum esse sunt adsecuta.
- 42 Per gratiam non debet vni concedi, quod alteri auferatur.
- 44 Remedium extraordinarium, praesertim in preiudicium alterius quaesitum, non habet locum, quando ordinariam competit.
- 45 Fides mala & supina negligentia dolo aequiparatur.
- 46 Negligentia arguitur in eo, qui cum remediis opportunis ad actum vri posset, & id non facit.
- 47 Ignorantia affectata non longe abest à 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 praesupponit citationem.
- 57 Citatio in mandato corrumpit, quando stat in falso praesupposito iurisdictionis, ex causa detentatae iustitiae.
- 59 Exceptio sub & obreptionis non tantum principale, sed & arctius mandatum cassat, & subsequetas sententias.
- 60 Exceptio sub & obreptionis opponi potest ad impediendam executionem, ne quis lucretur ex mendacio.
- 63 Contumacia nunquam ita puniri potest, vt quis causa cadat, sed est arbitraria.
- 64 Contumacia purgari potest per distinctionem.
- 65 Causa est effiata occasio, qua deficiente, desiccat quoque occasione natum.
- 66 Occasio denotat causam remotiorem, accessoriam & mediatam.
- 67 Lesto est proxima causa restitutionis. & non minoris etas.
- 68 Condicio siue causa, si tempore acquisito adsit, licet ea postea deesset sufficit. & num. 69.
- 70 Hereditas 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 poena pro tempore futuro.

Observandum, 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 causae 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 Mynsingeri decisione 62. cent. 2. petunt; se oblata etiam cautione de iudicio sisti, iudicatio soluendo, & expensas retardati processus, aduersus declarationem poenae restitui, & iuri esse conformes: c. i. de dolo & contum. l. sancimus. ibi Bald. C. de iud. ordin. tit. 46. part. 3. in articulis, 65. vsque 71. Secundo: Idque tanto facilius permitendum, cum arctius mandatum contineat clausulam, adducendi causas, & c. vtroque puncto. E. his subnecti 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 sit restitutionis mentio, sed magis ad absolutionem & cassationem tendit: ita vt videri possit in artic. 69. perfunctorie tantum restitutione petita esse. Atque in sola petitione absolutionis, propter sub- & obreptionem, tanquam posteriori, & postremo loco dictis exceptionibus annexae Reos conqueuissent, & a priori illa in d. artic. 69. velut obiter facta, ipsos resiliisse, per Dd. l. pacta nouissima. C. de pact. vbi las. n. 3. Henning. Cod. consil. 109. de praescriptione pignoris primo.

Atque inde est, quod ipse Dominus Referens in sententia 14. Iunii lata, suo voto nullam volebat restitutionis expressam mentionem fieri, sed simplicissime inhærere sententiae 20. Decemb. latae. Neq; enim id solum, quod nuncium per negocia remotum 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 praedicialiter acceptati termini, adferebantur. Tra eius sententiae, pro tunc propositis, ipsum nondum pergeat. Vtrum tamen quia sententia aliter lata est, & Reus restitutio expresse denegata, tam ratione executionis, quam poenae iam declaratae. Et tres mentes ad parendum, in vtroq; puncto iniuncti, cum comminatione 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, artic. 67. negat vsquam in reru natura esse, id quod exequi petitur: & quinque proximae sequentibus articulis asserunt, aliam quidem latam sententiam, sed illam transactione locipitam esse, atque insuper eidem, 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, s. 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 Traractensi 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 referendas nunciõ ordinario, vrbis Aquensis consignauerint, sperantes, quod ante terminum exhiberi poterant, sed mora nunciõ factũ, quo minus in termino produci potuerunt. Et adducunt, Actorem falso instrumento vsu esse, & sententiã ab ipso, ad circumueniendum Iudicẽ, confictam esse. Item quod si præcise cogerebantur, mandatis executis obtemperare. Tunc Actor idem bis conseruaretur, nimirum & rem & precium: neque posse se tradere rem, de qua nulla vnquam sententia lata fuit, & ad officiu 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 notitiam Reorum tunc demum perueniret, cum Iohann. Schiurff. 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 executorialia per Actorem sub- & obreptitiue 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 à 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 quãtum ad iurisdictionem attinet, hæcenus 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 rer. 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 adiuisse, 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; & quãdoque 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. n. 5. col. 342.* Citatorum mandata duo sunt: quorum alterum, scilicet Scabinorum, 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 procliuor est, quod restitutio non videtur principaliter, sed velut incidenter, & quatenus opus est, peti maxime cum inter Scabinos & Episcopum, tanta sit coniunctio & rationis paritas, vt quicquid tandem decernatur, diuerso iure censi non possint, sed vnius victoria vel casus, alteri quoque in hac causa prodesse, vel non, debet.

His ita præmissis, ex actis & facto quæritur, Primo, an vltiores 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 executorialium 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 translaturus esse oportuit. Putat, officii nostri esse, admissis dictis exhibitis, de veritate præcum 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 pronuntiare. Quod equidem, saluo aliorum iudicio, facere malit: Ex rationibus sequentibus.

- 1 Certum enim, quod mandata, ꝛ sub- & obreptitiae impetrata, nulla sint, si non ipso iure, certe ope exceptionis, quæ hic opponitur. Quodque subreptitiae impetrata, neq; teneant, neq; in consideratione esse debeant, etiam si iuri fuerint consentanea, & sanctus sit ille, qui impetrauit, maxime si fuerint auocatoria mandata, ꝛ 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, in gnomina coniungetur *l. et si illi Dd. C. si contra uos vel*
- 2 *reg. publ. vbi Bald. ait, mendacium, ꝛ nocere priuilegio, & not. 1. in l. prescriptione numer. 33. C. eod. Hippol. de Marsil. sing. 284. in princip. & singul. 431. numer. 1. Castrod. 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
- 3 mandata, ꝛ 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 obreptitiae erant impetrata, iubet Pontifex omnia irrita decerni, quæ tale mandatum & literas subsecuta fuerant. Cum qui bus iuribus concordant *c. cum dilecta. c. ad audientiam. c. postulasi. c. super literis. eod. tit. de rescript. cum similibus Grauatius 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 ꝛ corrupto antecedenti, & fundamento necessario quoque corrumpitur consequens: *Mysing. consilio 6. numero 32.* Et optime pro hac sententia mihi facere videtur textus in *l. fin. ff. de constit. pecun. Ind. probatur, quod quâdo mendacium, ꝛ vel falsa persuasio dat causam contractui, non valet vilo 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 ꝛ 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- & obreptitiae impetrata, nulla esse, neque illis Actorem ad suum compendium vti posse: Quia citati asserunt in exceptionibus, eius tenoris & efficacis sententiam, qualem iussi sunt exequi, nullam latam fuisse, vel;**

in rerum natura non extitisse, neque etiam bona in quæ petiti 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, ꝛ eai per rerum naturam pareri non potest, nullius esse momenti: Et à tali sententia line causa appellari, *l. fin. quæ sent. sine appell. rescind. vbi glossa notat, in hoc, iuris & naturæ impossibilitatem æq; riparari: Et faciunt, quæ notant Bald. & Ang. in d. l. si decesserit: Felin. in cap. 1. accipimus. num. 2. de test. & Castrenf. in d. l. si decesserit.* Vbi notat: Si Iudex ignorans, ꝛ aliquid præceperit, quod sit impossibile, valere quidem præceptum mero iure: tamen 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 probabantur articuli, siue exceptiones, vniuersum processum cassum & irritum pronuntiare, nec vlla ratione attendere vel considerare, quæ ad reproductionem sub- & obreptitiae 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 sententia me deterret, quod auctoritas sententiarum latarum prius per nos, quam de causa peracta & supposititia latina sententia, supplicationi adiuncta, plene factis informati essemus. Prius quoque, quam de falsitate, & suppositione falsæ sententiæ, aliisque sub- & obreptionis speciebus, tam pręgnanter Rei excepissent: Quia non tantum iudicari executio ꝛ solet suspēdi, 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 obstat: eo quod videtur ea, in rem iudicatam abiisse: quia nulla reuissio contra illam, per Reos, intra legitimum tempus petitum est: Quia respondeo etiam illos, qui non ꝛ pronocauerunt, et si in instrumentis falsis conuictos se probare possunt, ex integro de causa audiēdos 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 mentis improbitatem, ita castigatur, vt penitus cedere debeat impetratis, eadem illius atq; principaliter ratio sit, per quos ad illa deuenit, vt dicit text. in *d. l. cum lex.* Et sane si quis aliter statuat, cōsequetur, quod Actori contra manifestas iuris scripti;

& æquū

& 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,

12 si quid ꝑ intermediō tempore à circumuentione factum sit, sed in odium circumuentionis retrahi iuris dispositionem & effectum; ad initium & tempus ipsius circumuentionis. Et merito sane:

13 Neq; enim ꝑ cuiquam prodesse debet mentiendi improbitas, utcumq; aliquandiu celata fuerit, argum. l. in confirmando. ibi. vel antea celata. de confir. 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 grauebitur, se Comitē ei fore. Quia & illa de iure verius esse putat, vt restitui possint. Primo, per textum 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 Mysing. obseru. 62. cent. 2. de nuncio, tardius adferente processus; At tento eo, quod Rei in postremis exceptionibus asserant, se iurciurando velle probare, quod ita tempestiue literas & exceptiones tradiderint (vel vt ipsi loquuntur, consignauerint nuncio) vt 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 vt breuiter dicam: si quis ꝑ legatione pro ciuitate functus est, æquissimum est, eum restitui, & sæpissime constitutum est, eum adiuuari debere, siue habuit procuratorem, siue non, per textum rotundum, in l. 26. §. quoties. vers. & sæpissime. eod. tit. de cuius conciliatione cum l. & Reipubl. & l. 1. C. & ff. eod. non putat huius loci, vel operæ precium esse, vt anxie disputetur, cum supra dictum sit, Reos etiam grauissimis occupationibus posthabitis (vt ne quid de morbo Aduocati dieatur) 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 vtique nuncius ex Leodio huc peruenire potuisset, consignauerit. Quod si non esset, ponderaret pro restitutione, & sane concederet illam, saltem ad probandam, propter allegatum lethalem Ad-

uocati morbum: Quia carere Aduocato, ꝑ est carere magna parte defensionis debet: 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 caularum patronus, de Westerd, 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 expeditæ: 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, præstito quoque termino satisfecerunt: Bald. in l. 1. §. huius studij. in principio. 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 ob stare. Primo: quod ea ratione videtur Actoris ius quæsitum auferri. Secundo: Quia videtur, quod restitutio, veluti extraordinarium remedium, non habeat locum, propter ordinatum, 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 vtique non esset, si admitteremus in casu præsentis Actoris ex sententiis, vigore reproductorum obreptitæ impetratorum mandatorum latis, decem Marcas auri, præter litis expensas, posse lucrari, Et addo superioribus, aperti iuris esse, eū ꝑ qui præiudici obrepserit, nil agere: Quæ verba Emphaticè habent. Item, eum, ꝑ qui veritatem precibus non adiecit, subscriptione vt non possit. Imo si quis eo nomine accusatus fuerit, eum quoq; temeratoris, hoc est, vt glossa interpretatur, falsarii poenā luere debere. l. si quis obrepserit præiudici. ad l. Corn. de fals. Et si ex initio falsi ꝑ commissi, iusta possessio non paratur, vt est textus expressus, in l. ex initio. vbi glossa 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 iudicis ꝑ vero maxime initium spectandum 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 disponitur, rem scelere quæsitam, & etiam hæredi, qui tamen plerumque 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 quæri 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 & mandata non debent operari, vel extendi, *argum. d. c. fin. de prebend. & 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 addo *Bal. in auth. hodie, col. 1. c. de appell. decis. Capell. Tholo. num. 101. fol. 491.* Hoc vero mirum, 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, infamix, aut alterius rei, quæ non recipit interesse, aut æstimationem pecuniariam. Quo casu restitutio statim, etiã absque vltiore discussione concedi potest, *Salyc. in d. auth. hodie.*

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. Tholo. 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 patrocinari, cum Iudex non suppleat ea, & quæ sunt facti, nisi nota sint ipsi, tanquam Iudici, vt puta, quia scripta in attestationibus, *per text. in c. bonæ memoria, ibi gloss. la. 1. & Joh. And. in addit. de postul. prælar.* Præterea hoc non est perpetuum, quod quando cunque, 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 *nor. Bal. in d. auth. hodie, procuratorem* & ita demum in mala fide esse censi, si cum potuit denunciare domino, vt appellaret, & non denunciavit, vnde, ducto argumento per locum à contrario sensu, non male arguetur, Doctorem *Wildhelmum*, qui tēpestiue suis principalibus, vt ipse profitetur, acceptatū terminum denunciavit, 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, *l. si quis obrepsit, ad l. Cor. de fals.* Quod ad nimirū, ipsum nil egisse, nemo sane dixerit, si propter vigorem mandatorum, receperit terminum, & elapsim, 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 debuerit. Illud enim appositum iuris est, quod omnes dilationes & prorogationes sint accidendæ, seu abbreviandæ, & magis odiosæ, quã fauorabiles, 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, quã 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 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 dimouet generalis illa clausula *faciendi omnia, quæ possit principalis;*

cipalis, si preſto eſſet. Reſpond. enim, quod nec ipſe principalis, vlla de cauſa probabili prorogationem petere poſſet. Cōcluſiue igitur putat, Actōri, ad tam prāgnātes exceptiones iuiungendū eſſe, vt agat in ſpecie. Et ſi nihil contra ſub & obreptionem, & allegatam falſitatem, ſiue peruerſitatem ſententię adduxerit, illico pronuncandū 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 Actōrem, cum præfixione certi termini: *Wiß die beide Puncten zuſammen nemmen/* 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 cōdemnatio ¶ recte ſit, etiam ſi calumnioſe ſit actū, *Duar. lib. 1. amniuerſ. 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 *voc. & c. Cū ſola ¶ contumacia artē datur in pœna, d. l. 1. Nō obſtat, quod pœna diuidatur inter magiſtratum, & partem, tamē mulcta eſt, ¶ & non priuatū ius, ſed magiſtratum reſpicit* *Oldend. d. loc. ſi quis ius ducit. in claſſib.* Nec obſtat, Camerā non fuiſſe fundatā, propter ſub & obreptionē. Reſpondet: Continet Mādatū duo, ¶ reſpectiue, partitionem, aut cauſæ allegationem. Dato, non potuiſſe pareri, cauſæ tamē allegari potuiſſent: At hoc omiſſim, merito declaratio faciendā, *l. ſi quis ex aliena ſſ. de iud. Marant. part. 6. de citat. nu. 39.* Et hoc loco etiam locū habet lex, quia ius quaſitum parti, non ex cauſa eius, ſed ex contumacia Rei, *Oldend. claſſ. 1. act. 2.* Inde colligit, grauiorē cōmiſſiſſe contumaciā Reos, ¶ in non parēdo Iudicis præcepto, in executione quā vel faltē in eo, quod non produxerūt cauſas, vel prorogationē non petierunt.

Vtramq; ſententiam, tanquam iuſte latam, vbiq; defendi poſſe putat. Ideo nō caſſandum, nec reſtituendum. Primo, ¶ 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, ¶ quod legitime factū, non facile retractari, *c. quod ſemel de reg. iur. l. in ambiguis. ibi Dec. de reg. iur. n. 2. Bel-* 38 *lamer. concl. 742. n. 10. prope finem.* Tertio Princeps ¶ nō poſſet alicui auferre ius ſuū: Ergo nec per indirectum, & via reſtitutionis. Quarto: ¶ Nemini licet conſilium mutare, in præiudiciū alterius, *l. post mortem, de adopt. maxime hoc in Principe, l. 1. 2. ne ſiſc. rem, quam vendit. euinc. lib. 11.* Quinto: ¶ Licet 41

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. ſin. vbi Bald. & Salyc. C. de ſent. paſſ. quem allegat Bellam. concluſ. 742. numero 9. verſicul. 7. & concluſion. 743. n. 6.* At punctus pœnæ commiſſæ, nec dum dependentiam à cauſa mandati executionis nullam habet, ſed de per ſe habet robur & effectum, & per ſententias eſt conſecutus: Ergo per reſtitutionem etiam cauſæ principalis, reſcindi non poſſet. Sexto: ¶ Quia non debet vni concedi per gratiam, quod alteri auferatur, *l. ſin. Cod. de ſtat. & imagin. argum. l. aſidue, C. de pignorib.* Septimo: ¶ 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 poſſet locum dare reſtitutioni. Octauo: ¶ Quod extraordinariū remedium, 44 præſertim in præiudiciū alterius quaſitum, locum non habet, quando ordinariū competit. *Fran. c. ex ratione, de appell.* Sed poſſet cōſequi à procuratore, quæ quidē actio cōpetit domino, quādo etiā leuiſſima culpa exiſtit, *D. 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, quæſo, dubitare poſſet, culpa vel negligentia potius, q̄ bona fide, omiſſam prorogationis petitionē: cū nulla præſumptio eſſe poſſit, Doctorem Wildhelmi, vti præceos & ſtyli peritum, ignoſcere, ex purificatione termini maximum damnum partis, niſi petat prorogationem, ſecuturum fore, quod præcauere debuiffet, & potuiſſet? Mala ¶ igitur fides, & lupina 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 poſſet. Negligentia ¶ enim arguitur in eo, qui cum remediis oportunitis ad actum vti potuiſſet. id non fecit. *Socin Sen. conf. 273. lib. 2.* Niſi forte affectatā ¶ 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 ¶ 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, 48

proba-

probatio eius rei ipsi incumbat, gl. c. *quamuis* de reg. iur. Gail. d. loco numero 18. præsertim si negligentia in omittendo; habeat factum aliquod adiunctum puta, contemptum Iudicis. *Grauet. dist. consil.* Et concludunt Doctores in genere: quod teneantur ꝑ procuratores tam de neglectis, quã 49 &c. l. *si tibi* Cod. de testam. tut. Soc. in d. con. 2 numero 4. 5. volumin. i. 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 Reiesius 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. i. in fin. vt lit. non contest. vbi elegans glossa in verb. *procuratores. Graue. d. conf. 132. nu. 131.* Concludit petitam restitutionem in puncto pœnæ denegandam; & prioribus sententiis in hærendum. 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. causis. *lacob. de Beluis. c. domino guerram. hic finit. lex in vsu 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 confirmandâ 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 vtum cassatio, vel restitutio, processus & sententias complectatur declaratorias & denegatorias? pro parte negatiua facit doctrina d. *Bellamere. vt supra, quæ fundata in l. final. Cod. de sent. pass.* Faretur negligentiam per procuratorem commissam; quæ separata Iudicis animaduersione veniat corrigenda: Inde vero non sequi, pœnam ipsam; obreptio mādato insertam; inuolubiliter tenere: Primo, propter æquitatem; l. & post edictum, de iud. *Bellam. decision. 745.* Et poterat mora ꝑ purgari duplici causa, l. *et si post tres, si quis post caut. ibi Alex. Iaf. Bart. in l. si insulam, de verb oblig.* Quia ꝑ ius partis non fuerit la-

sum. Secundo: 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, in nixum esse falsæ causæ, ideo non subsistit, & pœna erat in suspensio, ordinationis, vel arbitraria. ꝑ Quarto: Contumaciam procuratoris pœna mandati non potuisse puniri: Quia ꝑ contumacia præsupponit citationem; num. 1. 6. Sed nostro casu, citatio in ꝑ mādato corrui, quia stat in falso præsupposito iurisdictionis, ex causa denegatæ iustitiæ. Non obstat d. l. *si quis ex aliena.* quia non competit hoc casu iurisdictionio generaliter sed ex speciali causâ, quæ si falsa est, corruunt omnia subsecuta. 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 deficientem fundamento iurisdictionis: ideo postquam fuit oppositum non de lapsio termino curandum erat sed de viribus mandati, vnde dependet vis termini. Sexto: ꝑ Exceptio sub, & obreptionis, non tantum principale; sed & arctius mandatum cassat, & subsecutas sententias, & quicquid factum est, occasione mandati, c. *constitutis. de rescrip. is c. fin. de præbend.* Septimo: ꝑ Ea exceptio opponi potest, ad impediendam executionem; ne quis lucraretur ex mendacio, & alteri iniquam 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 arbitr. iud. quæst. 280. Gail. lib. 1. obseru. 60. numero 6. Zaf. l. contumacia. de re iudic.* Plurimum interest; verum 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. i. 4. de dolo & conu.*

Ad cōtraria respondet: Doctrinam *Bellamere* loqui de actibus; iure subsistentibus. Item, loqui de eontractibus & 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 ex actis & in puncto exceptionum deductas, eius sententiam amplector: ita; vt actori specialiter ad eas agēdi, terminus præfigatur: An vero simul

comprehendi & includi debeat, vel possit, & sic exceptiones sub & obreptionis, postmodum obiectæ etiam quoad pœnam contumaciæ, effectum habeat? Quo loco præcipue negocij difficultas iam consilii. 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 proximam, restitutionis denegatoriam, rite latas & validas esse. Hinc infero: causas, quæ prius pro excusanda contumaciâ 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. l. 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 obliquũ, tacite, vel expresse, ita vt cassato mādato arctiori, eius effectus trahi non possit ad declarationem 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, accessoriam & 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 dicitur) diuersitatem. Bal. in l. non dubium, num. 23. C. de ll. per text. in lita stipulatus, de ver. obligat. in princ. Alex. conf. 4. n. 8. & 9. l. 1. & conf. 32. n. 7. l. 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 extinguitur gl. in l. si cum mulier, §. 1. verb. utilis, de act. rer. amotar. & gl. in l. 1. verb. te filio, C. de pact. Dyn. 6. privilegiũ, n. 4. de reg. iur. in 6. ponit exemplam in minore, qui in integrũ restitui petit, qui licet probet se minorem, non restituitur, nisi probet de læsione: quia læsio ¶ est proxima causa restitutionis, sicut hic est Contumaciâ, non Mandatum.

Quarto: Cui accedit, quod eo tẽpore, quo cõmissa est cõtumaciâ, iudicis præceptũ vigeat, efficax & validum erat, & sic causa, quæ Reos ar-

etabat ad obtemperandum existebat. 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 requisiti causa adit, licet post ea ea cesserit.

Quinto: ¶ causæ existentia, si per eam alicuius queratur, 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 honorũ 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 contumaciâ transit in specificum & peculiare delictum: Quia tunc pœna pro ea semel imposita nõ cessat, etiam si postea contumaciâ desinat. Felin. in c. ex literis. n. 10. dicit: Si contumaciâ transit in specificum delictum, tunc pœnam pro ipso impositam intelligi perpetuam, ibid. & Panorm. extra. de consti.

Octauo: Præsertim vbi contumaciâ fuisset 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 queritur eo tempore quo quis natus est: Secus, vbi est tempus successiuum, vt in tutela, quæ consistit in successione temporis, & requirit totam tempus pubertatis. Primo enim casu momentaneæ contumaciæ, & eius multatæ, non cessat eius effectus: Panorm. in d. c. ex literis. n. 10. ibi: Si autem pœna erat momentanea, quia cõdemnauit in pœna, seu multauit, tunc est perpetua. & ibidem Felin. in specie idque maxime, quando impletus est effectus, vt volunt iura, & supra attingi.

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. iurisd. circa finem, ibi: cessante ¶ contumaciâ, 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 cõtumaciâ 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 integrũ, & materia attentatorum, vt quando attentata reuocantur, bonitate causæ nõ atenta, Pan. inc. bona memoria. ibi & alij. de apph. Deci.

Decimo: Tandem ex his, quæ antea allegata sunt aliisq; nonnullis rationibus & iuribus, etiam vltu receptum in hoc iudicio arbitror: quod commissi, & declarata iam pœna contumaciæ, ob non factam, nec doctam partitionem, in termino ad hoc destinato, licet postmodum simul, cum causalibus (vt solet fieri) obijciatur 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 commissi & declarata, fiscoque & parti soluta, non reuocatur. Ita vt vix auditum, fiscum, vel partem, tali casu cassati mandati, restituisse Reo pœnam contumaciæ, 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 tr. hor.

Inde concludo: Quoad punctum pœnæ simplicis mandati, prioribus sententiis inhærdum: 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 faciendâ, vel paritio, ad emanatas arctiores executoriales, pro sufficienti acceptanda. Quia & ego vnũ ex his fieri debere puto. Postremum tamen accommodatus erit si nullo ex actis confiterit, 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 cessatione opus, cum mandato satis factum sit, & paritum mandato, quantum fieri potuit. Saluis dominorum votis.

Aliud.

In puncto declarationis vere dubitari posse, Vtramque enim sententiam, absque metu reuisionis, defendi posse: Malit tamẽ æquiores, veriores & benigniores illâ amplecti, vt processus & pœna cassentur. Nullũ enim ius parti queri potuit: Nisi contra iuris regulas dicamus, obmendacium, aliquem lucrum sentire debere. Omnia ergo q̄ ex dolo veniunt, cassanda, l. i. de act. tut. l. 2. verb. coactus. 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. Wildhelmum, ratione negligentiz, vult punire in quinquaginta aureos, ex officio, vel nach Ermessung mulctandum.

Sententia.

In Sachen. It. D. Wildhelmen der Br̄thel
Den 4. Junij &c. ergangen in puncto des declarativen Pœnals, s̄urgewanter Einred vnderh̄n-

der/nachmal ein Gnũgen zu thun/zu allem Ubert̄fluß. Und daß in puncto arctiorum executorialium D. Brenstin/Was sich auff vltiores exceptiones den 28. Nouemb. An. 77. einformten, in specie zu handeln geb̄hrt/ allenthalben Zeit drey Woch̄en von Amptswegen angefest/ mit dem Anhang wo sic solchem also respectiue nicht nachkommen werden/das es als dann bey der ertelten Br̄thel endlich bleiben vnd di. Sach gedachts Puncten halben/ s̄ur beschloffen angenommen seyn soll.

VOTVM XXV.

In causa DD. contra Cœnobium D.

SUMMARI.

- 1 Libellus seu v̄tamina quãdo causam appellationis parũ concernunt, vel illa iustificanti statim sunt reijcienda: licet in principali iustã causam habeat. n. 2.
- 3 Litigantiũ animus & intentio ex petitione & litis cõtestatione rectissime colligitur.
- 4 Litigantium ius, etiam appellationis causa decisa, adhuc in incerto versatur.
- 5 Appellationis causa 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 fracta & p̄uis quando comperat.
- 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 Br̄trãq̄ vnuũ Anweisung n. 13. Vel secundum Anz. n. s̄d et n. num. 14.
- 16 Rei vindicatio 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 quæ. 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 prævalent negantibus.
- 25 Testibus deponentibus extare memoriam facilius creditur. Item deponentibus de propria scientia, quam auditu. nume. 26. Item potius creditur his qui de sensu & dissipantia deponunt. num. 27.
- 28 Probationes in specie, prævalent 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.