

Decimo: Tandem ex his, quæ antea allegata sunt aliisq; nonnullis rationibus & iuribus, etiam vlt 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 inhæredum: Sed in puncto arctioris mandati præfigendum ex officio terminum Actori, vt in specie agat ad exceptiones sub & obreptionis, sub comminatione conclusiois, in eo puncto. 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 accommodatius erit si nullo ex actis confiterit, executionem factam, quatenus per possibilitatem fieri potuit. Et sic in puncto 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 quæ 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 etc. In D. Wildhelmen der Bruchel den 4. Junij &c. ergangen in puncto der declarierten Pœnals, fürgerwanter Einred vnderhün-

der/nachmal ein Gnügen zu thun/zu allem Ubertaus. Und daß in puncto arctiorum executorialium D. Brenstin/Was sich auff vltiores exceptiones den 28. Nouemb. An. 77. einformten, in specie zu handeln gebürt/ allenthalben Zeit drey Wochen von Amptswegen angefest/ mit dem Anhang wo sic solchem also respectiue nicht nachkommen werden/das es als dann bey der ertelten Bruchel endlich bleiben vnd die Sach gedachtes Puncten halben/ für beschloffen angenommen seyn soll.

VOTVM XXV.

In causa DD. contra Cœnobium D.

SUMMARI.

- 1 Libellus seu vltamina quado causam appellationis parũ concernunt, vel illa iustificanti statim sunt reijcienda: licet in principali iusta causam habeat. n. 2.
- 3 Litigantiũ animus & intentio ex petitione & litis contestatione rectissime colligitur.
- 4 Litigantium ius, etiam appellationis causa decisa, adhuc in incerto versatur.
- 5 Appellationis 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 & pavis 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 B. utraq; vnu d Anweisung n. 13. Vel secundum Aug. n. sã et n. num 14.
- 16 Rei vindicatio non competit super re incorporali.
- 17 Iura piscandi sunt seruitutes reales.
- 18 Prescriptio 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 prescribens non habeat titulum, prescribitur. & numero 68.
- 22 Ius piscandi in hoc nostro casu dupliciter in Cramoue consideratur.
- 23 Ius negatiuum quando possit prescribi.
- 24 Testes affirmantes preualent 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, preualent probationibus in genere.
- 29 Testi in specie deponenti, magis creditur, quam qui in genere deponit.
- 30 Libelli mutatio non permittitur post litem contestatam.
- 31 Longi temporis requisita, vt bona fides articulari & probari debet.
- 32 Temporis cursus solus, absque titulo vero vel putativo, ad prescribendum non sufficit.

- 33 *Consuetudo vel prescriptio, nisi suos debitos habeat Comites, non inducitur. Nec titulum pro suo, in genere allegatum sufficere putatur. numero 34.*
- 35 *Prescriptio longissimi temporis contra Ecclesiam allegatur, & proponitur in illam non in modum exceptionis vel defensionis, sed actionis.*
- 36 *In prescriptione 40. Annorum, contra Ecclesiam, requiritur etiam bona fides, nisi quis habeat presumptionem cum titulo.*
- 37 *In prescriptione contra Ecclesiam quando procedit, quod dicitur, titulum requiri.*
- 38 *In prescriptione tanti temporis, cuius iniri memoria non extat in contrarium, bona fides & longissimum tempus non sufficiunt, nisi allegetur & probetur talis prescriptio.*
- 39 *De prescriptionis effectu, an scilicet actio ex ea competat, ut constat, videndum erit de bona fide.*
- 40 *Prescriptioni bonae fidei ut locus sit, oportet allegare titulum.*
- 41 *Bona fides ex titulo aliquo elici vel presumi non potest, sed debet allegari & probari.*
- 42 *Mala fides, si constat de antiquiore possessione presumitur in possidente.*
- 43 *Presumptio iuris qualibet ex facto insurgens allegari debet, prout & bona fides, & maxime si contra Ecclesiam tendat.*
- 44 *Bona fides ubi desideratur, etiam si prescriptio subsistat, tamen nullam tribuit actionem, sed exceptionem.*
- 45 *Iurisdictio etiam propter causa continentiam fundatur.*
- 46 *In actis quod non inuenitur non interuenisse dicitur.*
- 47 *Acta tota nisi describantur, non presumitur pro rectitudine processus & eius iustitia.*
- 48 *Iudex propter non conscripta acta, in causa tam graui in expensas litis, & interesse parti, vel multa fisco applicandam, condemnandus venit.*
- 49 *Contra Contumaciter emanentem triplici via proceditur.*
- 50 *Citatus, si ob breuitatem termini comparere non posset, excusatur.*
- 51 *Lis in prima instantia non contestata, neque in contumaciam pro contestata acceptata, tunc de causa ista nec cognitio fieri, nec probatio institui, nec sententia ferri potest. Sin secus fieret, processus redderetur nullus. nu. 52.*
- 53 *Sententia contra ordinem iudicium lata, nulla dicenda erit: Et dicitur causa sine cognitione prolata. num. 54.*
- 55 *Iudex super nullitate, & ipsis meritis causa principalis pronunciare, id est, sententiam nullam, & partem non fouentem iustitiam, condemnare potest.*
- 56 *In appellationis puncto & causa principali, licet fuisse contestatam sufficit, licet super articulis dependentibus & emergentibus quibusdam non contestetur.*
- 57 *Articuli si dependent a principali, & non sunt separandi, sufficit litis contestationem coram iudice, qui de principali cognouit, fieri.*
- 58 *Iurisdictio inde prorogari videtur, si aduersa pars non contradicit, sed simpliciter respondet, & patitur insuper testes examinari.*
- 59 *Conclusio est postremus actus iudicij.*
- 60 *Litis contestatio inducitur per responsiones.*
- 61 *Actor est is, qui prius prouocauit.*
- 62 *Libellus ineptus quibus modis sustinendus est.*
- 63 *Possessio ubi non, ibi nec & alia existere possunt.*
- 64 *Principis assertioni non creditur, in prauidicium*
- 66 *Prescriptionis requisita ad centum annos. (tertj.)*
- 67 *Bona fides de iure Canonico requiritur & non titulus.*
- 68 *Prescriptio 100 annorum contra Romanam Ecclesiam requiritur, alias 40. anni sufficiunt.*
- 69 *Probatio & allegatio tituli in hoc casu necessaria est, vel oportet tempus inmemoriale probari.*
- 70 *Bona fides in dubio presumitur, nisi contrarium probetur.*
- 71 *Aequitas & ratio suadet, interpretationem faciendam, ut appellatio teneat ne hoc beneficium appellanti auferatur.*
- 72 *Circa iurisdictionem in hoc casu fundandam, triplex iudicandi via consideranda venit. & numero 73. 74. & 75.*
- 76 *Iudex causa appellationis regulariter non cognoscit, nisi de eo, de quo cognouit iudex causa principalis.*
- 77 *Appellatio non deuoluit nisi id quod deductum in iudicio pendere reperitur.*
- 78 *Iudicis officium in appellatione est, tantum pronunciare bene, vel male iudicatum.*
- 79 *Appellatio naturam litis non mutat.*
- 80 *Libellus qualis est in causa principali, talis est in causa appellationis.*
- 81 *Iudex pronunciando, bene vel male appellatum, simul etiam condemnare potest non condemnatum, si natura litis & causa hoc ipsum ex oscar.*
- 82 *Iudex appellationis succedit iudici primo, ita ut omnia, quae primus iudex facere potuit, & debuit, impse potest & debet.*
- 83 *Iudex in his, quae sibi, ut iudici manifeste constaret, propriam sententiam id est ius litigantibus reddere potest.*
- 84 *Actio finium regundorum inter arbitria connumeratur.*
- 85 *Iudici ut supplere possit quando dicatur notum esse.*
- 86 *Appellatio a definitiua tripl. em operatur effectum, & deuoluit coram causam principalem, n. 87. & 88.*
- 89 *Medium in hac appellationis causa, per quod peruenitur ad eum finem, non est curandum.*
- 90 *Iudex in dubio debet pronunciare, quod appellatio causam deuoluat.*
- 91 *Iudicium finium regundorum cur duplex.*
- 92 *In actione hac huius casus dua extremitates terminum sine finium inuestiganda, & q. n. 93. & 94.*
- 95 *De confessione appellatorum in hoc casu dupliciter constat & num. 96.*
- 97 *Sancitas quorum est equalis, eorum celebratur equalis festiuitas.*
- 98 *Alterum latus versus Dobertin habet aliquid difficultatis, & hoc loco duo occurrunt. ut numero 97. & 98.*

- 99 Presumptio libertatis, que iuris est, dicitur liquida probatio, & sufficiens.
- 100 Afferens seruitutem ex prescriptione, eam probare debet.
- 101 Seruitus vsus, vel vsusfructus, cum sit mixta, & causam habeat discontinuam, non minori, quam immemoriali tempore prescribi potest: ad quod quasi possessio requiritur.
- 102 Ad prescriptionem seruitutis vsus vel vsusfructus, requiritur quasi possessio, qua consistit in scientia & patientia domini, contra quem prescribitur.
- 103 In prescriptione vsus vel vsusfr. discontinuam habentis causam, prospiciendam est de qualitate actus, an iure seruitutis, vel alio modo contingerit.
- 104 Iudex debet esse discretus, vt vel ex varijs circumstantijs, iure approbatis, presumat, possessionem tanquam ex iure suo existere, vel coget probari, quod dominus patiebatur eum vti iure suo sciens.
- 105 Que iure familiaritatis, vel facultatis fiunt quasi possessionem nunquam inducunt sic neque prescriptionem efficiunt.
- 106 Mala fides presumitur per solum vsum in rebus alienis, nisi aliquid, ex quo bona fides colligi possit, probetur.
- 107 Ex permissione simplici, vel actu mere facultatis, quantocumque tempore, non oritur aliquod ius, vel prescriptio, contra permitteutes.
- 108 Presumitur in dubio vsus familiaritatis, & non possessionis.
- 109 Iudex circa modum in iudicando primo videat, quis possideat, & quantum: deinde videat circa proprietatem, & vnicuique adsignet, quod suum est, & terminos figat.
- 110 Possessionis vetustas est attendenda, dum de iure alterius non constat.
- 111 Sententia limites libelli. & qua in iudicium deducta sunt excedere non debet.
- 112 Nullitas & iniustitia euidentis & perspicua, sententiam nullam reddit.
- 113 Finis negotij alterius causa exordium fieri non debet.
- 114 Litem ex litis prima materia surgere nefas est.
- 115 Lites ex litibus non sunt serenda, nec modus litium est multiplicandus: Imo earum materia & fomes rescindenda, num. 116. Bonique officio iudicis incumbit, vt lites minuat & pro virili dirimat. numero 117. atque subditos laboribus, molestijsq; expensarum leuet. num. 118.
- 119 Litium finem esse conuenit.
- 120 Prator, quos iurisdictione sua componere potest, ad arma & rixas procedere non paritur.
- 121 Iurisdictionis defectus sententiam nullam solet efficere.
- 122 Iudicatum non potest dici ab eo, qui iudicandi ius non habet.
- 123 Clausularum salutarium (ius & iustitiam administrari. Item omni meliori modo.) vis, virtus & effectus quis, & num. 124.
- 125 Iudici quoties ex actis Rei veritas eliquet, illi permittitur, vt tam in iure, quam in facto suppleat.
- 126 Libellus quacunque tantum ratione interpretari po-

- test, vt sustineatur, est elaborandum, etiamsi verba prorsus forent improprianda & maxime quoties de causa iustitia apparet. numero 127.
- 128 Actum quemlibet interpretatione inuare contentit.
- 129 Libelli tota vis, licet in conclusione vel petitione, tanquam in cardine versetur, & ex eis actio regulariter sit metienda, tamen clausularum salutarium subnixi admiculis, potius ius partis ex actis resultans, pra oculis habere quam libelli petitionem superstitiosam alligari debemus.
- 130 Camera est summi Principis consistorium: Et potius rem ipsam introspicere, quam iuris scripti solennibus adhaerescere debet. num. 131.
- 132 Reconuentio in secunda instantia non habet locum: Quod tamen limitatione temperatur, nisi scilicet iurisdictionem partes prorogarint, numero 133.
- 134 Iudex appellationis ex quo succedit iudici a quo, cum omnibus pertinentijs & qualitatibus debet succedere, vt sic subrogatum naturam subrogati redeat.
- 135 Consensus tacitus in iudicijs idem, quod expressus, operari solet.
- 136 Respondendo nude quasi excipitur, nihil excipi videtur vbi nihil de ipso docetur.
- 137 Iuris solennitatibus sublaris, sola probationes solent respici.
- 138 Litis contestatio potest omitti, & actus, qui mediate eam sequitur, litis contestationis vim obtinet.

**D.** Referens T. Formalia iusta: Appellatum à dic scientia. Idque liquidum esse ex actis. Superfluū esse disputare, an causa sit appellabilis, quia constat, ex *l. si quis in tantam.* actum, quod Iudicium mixtum est, & petitorij habet: Rosfred. in rub. de consuet. nu. 71.

De iurisdictione, an & quatenus fūdāta: Monēt, quod in prima instantia, merita causae non tractata, nec actio instituta intuitu eorum sed ex *l. si quis in tantam.* actū. Quod Doberti in defensionalibus expresse fatetur, & sententia satis declarat. Sed iuxta intentaram actionem d. *l. si quis.* formata est: à qua huc appellatum fuit. Eoque D. non solum in libelli sui petitione, sed & circa litis contestationem respexit. Id quod ab aduersa parte quoque factum est: Vt forte recte diceat, libellum, † seu grauamina, statim reicienda fuisse: quod illa causam appellationis parum concernerent vel illam iustificarent. refert se ad *l. per hanc. C. de tempor. appell. Et ibi Dd. & Salic. numero 3. Gail. obseru. 118. nu. 78* Bene enim fieri potest, † vt appellans in principali iustam causam habeat, & nihilominus in processu d. *l. si quis* recte fuerit condemnatus.

Aut igitur in terminis causae appellationis nos continebimus, & dubium non est, nos fundatos: Aut circa causae principalis merita pronuntiabimus, & tunc aut solum, aut vna cum causa appellationis. Illud vix licebit, vt solum pronūciemus, quoniam causae appellationis renunciatum esse non reperitur: de hoc vero dubium est: quia de nulla constat prorogatione. In quo me ad petitionem

tiones, & litis cōtestationes refero. Hæc vero circa iurisdictionis prorogationem principaliter in consideratione haberi debent: Cum inde animus & intentio litigantium rectissime colligatur, indeque dicatur, vltra petita non pronunciandum: cum nil vltra quoque in iudicium deductum censeatur: Idque etiam, quia partes in suis articulis, acta prioris instantiæ, & processum eius deducunt præcipue: & D. nullitatem illius instantiæ, admodum vrget, quod factum non fuisset, si recedere ab illa voluissent. Et licet merita quoque ibi principalia tangantur, adde insuper probationes institutæ sint, & styli sit, vt desuper in Camera pronuncietur, quando de illis constat. Idque hic maxime fieri debeat, vt scilicet ius partiū definiatur, ne frustra diutius sumptibus, vexentur. Præcipue verò, quod decisa etiam causa appellatiōis, partiū ius adhuc in incerto versetur, non tam quod factum, quam quid in hisce terminis recte fieri debeat, videndum est: Cum non obscure appareat, Appellantem, qui in prima instantia fuit Reus, eundem etiam hic haberi, qui in prima instantia. Et, quæ de meritis causæ principalis proposuit, ad huc finem referre voluisse, vt eluderet intencionem aduersarii, & sic potius defendere voluisse: cum nullibi constet, quod in principali causa pronunciari peti- tum. Illud etiam si appareret, tamen quoniam appellatorum maxime interest, et limites causæ appellatiōis non egredi, certe sine illorum expresso consensu, & prorogatione illud minime licere, vt sic locum habere non putem, quod supra dictum. ne scrupulosius illa assumantur. Prout & nullitates non attendendæ: Quia hoc in suis terminis locum habet. Ac circa iurisdictionem, & si quid simile, nullitatem hic committere forte consultum non erit. Et possunt Domini recordari, quam illud sedulo, in multo minoribus terminis, in causa *Galtensstein* cōtra *Walstein* fuerit attentum. Ex quibus facilis etiam responsio patet, ad id, quod de clausula salutari dici potest, de cuius virtute *Gail. obseru. 108. libro 1. n. 7.* Et sic à fortiori, si licet supplere, magis circa ea, quæ deducta sunt, in pronunciando sequendum. Et si aliud quoque vrgeri videatur: Quia illud verum existimat, circa illa, quæ in iudicium deducta sunt, aut illis cohærent, & vbi iurisdictionem fundatam habemus, vt maxime circa ea, quæ in seruandæ ac decidendæ causæ meritis necessaria sunt, officium suum exercere latius queat, sicque aliquo subsistente: alias dicendum, Actus agentium, et vltra intencionem non operari & non entis, nullas esse qualitates. Aliter enim hoc quoque absurdum sequetur, quod cumulatio permittatur actionum, in vno eodemque libello, quarum vnâ ad aliam, non solum est præiudicialis, sed & per diuersa merita, ad diuersos insuper tendunt fines. Existimat igitur, in causa Principali, pronunciari vix posse: prout illa quoque nullas, vt dictum, habet petitiones, vt actio aliqua formari, vel quid in iudicium deductum

fit, aut super quo pronuciandum intelligi possit. Cui accedere potest, quod de *Werder & Dresfinger* infra dicitur. Quia vero Domini tunc temporis non obstare hoc putarunt, & rati, procedendum in referendo. Ideo in hoc etiam vult suam sententiam aperire.

Et quidem, quoad acta primæ instantiæ, vnde sententia à qua confirmanda vel infirmanda venit, putat, statim apparere, illa mutila & manca, & nullum processum habitum, nec vllam actionem institutam: vt nimirum sit, quod Camera pro completionem Actorum nihil decreuerit, cum *Kaden* fecerit mentionem. De nullitate igitur processus illius notorie statim, citra controuersiam constare putat: nec desuper immorandum, & licet nullitas in hoc iudicio maxime obstare non soleat, quo minus in causa pronuncietur, & dato, omne illud dissimulandum sit, quod *Vant. de nullit. ex defect. process. numero 5. 6. 7.* tradit: Et attento insuper, quod nihil illorum in hac instantia emendatum sit: Tamen hoc fieri solet, quoties de meritis constat: modo apparet ex appellatorum confessione, ex l. si quis in tantum actum, cuius requisita, & quid in illo probandum, ex d. l. & *Rosfred. dict. loco.* Ac vero de illis, vt nec aliqua Appellantis, vel Rei defensione, nihil habetur. Et licet ibi etiam *Wertråg* sint: Tamen causam non instruunt: nec sententiam, quæ lata est, concludenter inferunt: Dato etiam, quod de validitate ipsorum constaret. Nullitatem non attendo, et si iura partium clara sint: *Mynsing. cent. 1.* Et licet in hac instantia, causa, vel ius piscationis, latius deductum sit: Tamen illud omne, causam Principalem magis, quam appellatiōem informat, vt supra quoque dictum.

Constat vero, causam appellatiōis longe aliam esse, à causa Principali: cum illa in excessu consistat: hæc vero ius piscationis concernat, & constat, inter alia ad d. l. si quis requiri, vt de possessione doceatur: & constat, dictam actionem, ratione excessus, qui intuitu deß *Schmalzugs* factus est, institutam: At vero, quod in possessione deß *Schmalzugs* fuerit, in prima instantia nil docet. Sed nec de inuasiōe, aut debitis suis circumstantiis & qualitatibus doctum, vel hic, vel alibi. Nec etiam concludenter illud assertum, maxime, quod de *N. N.* ponitur. Dato etiam, quod de d. actibus recte constaret, tamen dubitari posset, an inuasiō recte inferri posset, quo verbo d. l. vtitur: Et non requiri dolum, vult *glossa*: Tamen putat, requiri latam culpam. Sed dici posset, quod de violentia constet, ex *Vertrag* sententiis vnd *Anweisung*: Item ex scripto ad *Cramon*: Ita vt princeps merito, veritatem facti, sit secutus. Sed non putat, eam causam pro summaria haberi posse, sed requirere indaginem altiorē: Transactionem non receptam sed contradictam, ideo per eam possessionem non datam. *Die vbrigen Schreiben sein* in effectum nicht kommen: quia in propria causa factæ. Et constat, d. constitutionem et non habere locum, quando quis habet iustam, defendendipossessionem, causam, sed quando habet ani-

animam, alienam rem inuadendi. *Bartol. d. loc. num. 17. & Ang. §. fin. institut. vi bon. rapt.* Et habet iniquitatem sententiam, etiam ratione def. Schmaljugis/ 9 estque poena † maior delicto, in priuatione totali: quod nō fieri debet. Et cum Cramon partiummet confessione, illius partis def. Sees/ & Appellatorum fundos coniungit, dominium non habeat, in estimationem Rei, vel possessionis, non amissionem, debuit condemnari, *d. l. si quis.*

Quantum igitur ad causam appellationis, id est, *l. si quis, at in eorum putat, nulliter pronunciant dum esse.* Si tamen Domini illam causam, ex hic deducitis, quoad merita, rectius informatam putabunt. Atque ideo circa illa, non obstante nullitate, pronunciare volunt, non refragabitur, vt dicatur, male iudicatum. Quemadmodum causa Appellationis, ad Principalem, fuit praeiudicialis. Et quidem multo vberius illa, pro parte Appellatorum, fuit decisa, si iudex à quo, bene pronunciaffet, & sententia hic confirmaretur. Eodem modo, cum dicitur, male iudicatum, illa causa Principalis in liberis terminis consistit. Et quia vero vt ex actis constat illa inter partes controuertitur, & ius vtriusque partis in hac instantia, vt cunque deductum est, ita vt definiti illa aliquo modo queat. Si quidem illa igitur, quae supra de nostra iurisdictione, quoad causam Principalem, annotata sunt, Dominis non obstantibus, quo minus in hac quoque pronuncient, sic se resoluunt: Primo de actione videndum; eo casu difficile erit videre de genere actionis: Cum petitiones, † quae articulis annexae sunt, respiciat causam Appellationis, & nulla expresse reperitur, quae causam Principalem, id est, ius piscationis concernat. Vix etiam appareat, quis Actor vel Reus cum Cramon illic Rei partes sustinuerit, & quae ab illo hic proponuntur: pro defensione magis, respectu causae appellationis, quam in modum agendi, deducta videri possunt. In quo tamen, vt certius aliquid dici queat, videndum prius, quid maxime versetur in controuersia, ac super quibus pronuciari possit.

Præcipua vero sunt, *Watenjug Schmaljug, Wader/ & Breshing.* De prioribus duobus citra serupulum pronuciari potest. De posterioribus, serupulus est, vt *infra dicitur.* Et quantum ad *Wadertius*, quidem illud piscandi non controuertitur, in se quidem: Nam partium confessione, *So habet Cramon vnd Doberthi auff der See mit dem Wadert zu Fischen.* Et Cramon, vt ex 22. 23. defensionali patet, nihil vltra, quoad hoc ius piscandi, affectat, *dann so weit sein Land gehet.* Idque quod ex aduerso simpliciter non negatur, vt in defensionali 4. apparet. Qui etiam ex responsione ad 8. 9. 10. positionalem, amplius etiam confiteri, scilicet, *dass Cramo auch eins Theils auff Holz See zuziehen hab.* *Controuertitur vero hoc ius, numero, loco, & excessu.*

11 Quoad numerum, † licet illud ex documentis primi Rotuli dubium esse queat, an sint 12. vel 24. quia tamen obscurum, nec contrarium doctū est: quin etiam quod sint 24. *Watenjug* extat cor-

fessio ad 8. 9. & 10. positionalem, quae & postea ex aduerso fuit accepta: & appellatorum articuli, quibus contrarium probare conati, sunt reiecti. Et parum etiam videtur referre, quot fuerint, cum constet, non controuerti, *dass Cramon an se nem Land nicht solt mit Wadert zuziehen haben.* 12

Quoad locum, † duplex respectus haberi potest, scilicet, vel iuxta *Vertrag*: vt ex responsione ad 22. defensionalem, & *Anweisung* vel secundum *Augenschein.* Quod ad *Vertrag* attinet, † sit ibi mentio, qualiter d. *See* in tres partes diuidi debeat, prout etiam distinctis nominibus notatur: Et qualiter in praeiudicium *Cramons* illae partes sint ampliatae. Quae vero de dictis, *Vertrag vnd Anweisung* sit sententia sua, *supra dixit.* Deinde ex dictis testium nihil inferri potest certi, quo vel diuersitas nominum, vel eiusmodi limites, quales quidem appellati designant, probentur. Et dato, quod de distinctis nominibus constaret, tamen ex illis eiusmodi diuisio d. *Sees* necessario non infertur. 13

Quoad *Augenschein* / † vel locum nihil habet controuersiae: quia vtrunque datus *Augenschein* in hoc concordant. Ex quibus idcirco hoc ipsa diffiniendum erit; In quo etiam hoc notandum, (non attentis testium dictis, qui nihil certi deponunt) quod etiam vtrunque constet, † eiusmodi terminos, proprietatem quoque dicti *Sees* & ius piscationis, partiummet consensu & confessione inferant. Videantur ad hoc, responsio *Cramons* ad primum defensionalem. Item, articuli contradefensionales 3. 4. 5. 7. 23. 24. Cui etiam concordant, testium quorundam dicta, vt quarti, ad 24. contradefens. item, ad primum defens. Et patet ex interrogatorio 2. ad 1. defensionalem, & pulchre ex instrumento: secundi articuli. Et quod Cramon non vltra affectat *eygenthumlich* / quam, *So viel an seinem Feld steht* est interrogatorium generale 32. in secundo Rotulo. 14

Concluderet igitur, iuxta *Augenschein* / in hoc pronuciandum scilicet, *dass Cramon auff seiner Seiten def. Sees/ oder so weit der See sich an sein Land strecket (aber nicht mit der Breshing) Bermög Augenscheins/ wie breuchlich/ vnd von Alters herkommen/ vnd weiters nicht/ auff def. Klosters Antheil/ mit den Wadert zuziehen.* Quoad *Schmaljug* / constat, illud præcipuum esse, quod in tota causa controuertitur. Quo casu rursus difficile, genus actionis confluere. Et quidem si eam partem dicti *Sees* respiciamus, *so ans Wiserntsch Feld stößt.* Quia Cramon ibi turbatus non est, & in suo illud libere vsurpare potest: nec ex aduerso, quoad hanc partem, aliquid controuertitur, (nisi forte per expressum, *de quo supra*) idcirco non videt, qualis in hisce terminis actio dari possit? Sed dicendum, hoc extra controuersiam esse.

Si vero alteram partem, quae ad monasterium pertinet, in consideratione habeamus: Tum, quia Cramon turbationem nullam narrat, quin imo ipse hoc nomine accusatus fuerit: ideo nullum interdictum ei dari potest. Deinde, quia super iu-

per iure piscandi, sicque de re incorporali, contro-  
 16 uersa est. Ideo nec ꝑ rei uindicatio quadrabit.  
 Quia uero ibi proprietates ad appellatos pertinet,  
 hicque ius, siue seruitus asseritur, confessoria dari  
 poterit.

Non obstat, quod de turbatione nihil allega-  
 tur, & quod imo Cramon in possessione eius iuris  
 sit. Nam per appellatorum contradictionem, qui  
 sibi etiam hoc expresse dicunt competere, quod  
 que ibi piscati sint, satis Cramon turbari uide-  
 tur. *l. sicuti. §. sciendum. si seruit. uendic. 2. §. singul. in-  
 17 tell. lib. 1. capitul. 11.* Huiusmodi iura, ꝑ quale etiam  
 est piscandi, seruitutes esse, & quidem reales, asse-  
 rit, quo se remittit. Ad hanc probandam, Cramon  
 18 præscriptione ꝑ temporis immemorialis nititur.  
 Cæterum, ea præscriptio non solum exceptionem  
 tribuit, sed & actionem leg. si quis emptiones.  
*Cod. de præscript. 30. annor. Myns. obseruat. 30. centur. 1.*  
 19 Et locum ꝑ habet etiam contra Ecclesiam. Re-  
 20 quisita ꝑ huius præscriptionis sunt apud *Myns. obs.  
 53. cent. 4.*

21 Verfamur uero in iure, ꝑ uel seruitute, causam  
 discontinuam habente, cui tempore immemoria-  
 li præscribitur, *Fab. C. de pact. num. 16.* Licet præ-  
 scribens non haberet titulum, *Dd. in c. peruenit. de  
 cens. c. si diligenti. de præscript.* Et quidem in tali iure,  
 quod exerceri non potest, nisi ab habente ius, uel  
 qui per eiusmodi actum illud sibi acquirere uel-  
 22 lit. Cæterum hoc ius ꝑ dupliciter à Cramone con-  
 sideratur. Primo, quod scilicet in parte des. Klo-  
 sters Sehe den Schmalzug sine impedimento ha-  
 beat. Deinde quod exclusiue, scilicet solus, &  
 quod das Kloster illud exercere non possit. Quoad  
 prius, satis constat, quod Cramon non de sua tan-  
 tum parte, sed de toto Sehe loquatur: ut ex 3. po-  
 sitionali, & 17. contradefensionali, satis potest co-  
 stare. Et in hoc militatur.

Quoad posterius, quia ius negatiuum concer-  
 23 nit, & illud ꝑ non præscribitur, nec etiam consue-  
 tudine acquiritur, nec etiam tempore immemoria-  
 li, nisi præcesserit prohibitio, & patientia ad-  
 uersarii: *Chass. tit. de forest. §. 2. numero 16.* Ita quod  
 prohibitioni quis acquiescat: & tunc poterit  
 per longissimum tempus præscribi. *Videndum de  
 priore.*

24 Sunt autem requisita ꝑ immemorialis præscri-  
 ptionis, illa, quæ habentur apud *Myns. §. 4. loco.*  
 Et uidetur etiam *Faber supra allegato loco* exigere  
 bonam fidem, de iure Canonico. Sed quia non  
 obiectum hoc, ideo non inhaeret. Ponit uero Cra-  
 mon in artic. 3. 4. posit. Quod den Schmalzug vl-  
 tramemorialiter, super toto lacu exercuerit, &  
 quod ab habitantibus nunquam aliter auditum.  
 Ita fere in 19. & 20. contra defens. Et quod scienti-  
 bus & tacentibus, nec contradicentibus, illud  
 factum sit, est addit. artic. 6. Cæterum hosce arti-  
 culos plerique Actoris testes, ad eosdem, & desu-  
 per formata interrogatoria, ueros dicunt, ut ex  
 protocollo patet. Unde simul etiam patet, quod  
 Cramon, & maiores, non solum ipsi dictum Se-  
 he mit dem Schmalzug gebraucht sondern auch den

andern also verheyrat. Et licet non omnes testes  
 de 40. Annis deponant, nec Annos habeant 54.  
 tamen fere concordant, quod à Maioribus suis i-  
 ta audiuerint, & quod Cramans Better den Sehe  
 gefisset vnd auch andern verheyratet, nonnulli ex-  
 presse dicunt. Quorum quidam sunt 80. Anno-  
 rum. De toto autem Sehe uidentur satis con-  
 stanter & concludenter deponere. Et licet quid-  
 dam confundant usum piscandi, mit dem Maden  
 vnd Schmalzug: Tamen maioris partis depo-  
 sitio, de Schmalzug in terminis, & expresse so-  
 nat. Et etiam de communi opinione in specie nihil  
 interrogati sint, nec deposuerint: putat tamen æ-  
 quiualens, ex ipsorum dictis concorditer qua-  
 si elucere, & uel inde patere, quod nunquam à  
 monasterio reclamatum fuerit. Unde etiam pu-  
 tat, quartum requisitum constare, quod scilicet  
 contrarium non obseruatum fuerit, in quo se re-  
 fert ad *glossam fin. c. 1. de præsc. in 6. & Balb. de præsc. 2.  
 part. 3. part. pr. num. 24.* ubi communis dicitur. Vbi  
 nihil refert, quod testes quidam dicunt, das  
 des. halben Streit getwest: Quia quod Cramon quiete  
 exercuerit hoc ius, omnes concordant quasi. Pu-  
 tat igitur, Actionem hætenus probatam esse.

*An elisa?*

Hoc loco primo in genere attēdit, acta, primæ  
 instantiæ, hæcque cum ipsorum meritis, ea esse re-  
 ferenda: ubi sunt, Bertrags sententia de Anno 51.  
 Deselch vnd Anweisung. Quoad Bertrag non pu-  
 tat esse transactionem, nec subsistere. Et dato quod  
 subsistat etiam, tamen ad effectum non fuit dedu-  
 cta. Id quod ex actis illius instantiæ, & tenore sen-  
 tentiæ, Anno 51. satis apparet.

Quoad sententiam, de Anno 51. ut de nullitate  
 taceatur, & detur, firmam esse, & æquam, tamen  
 nihil decidi, sed decidendum, præcipio. Quoad  
 Deselch: quia prædictis innituntur, illaque uel nō  
 tenent, uel nihil disponunt: idcirco nullum hæ-  
 bent effectum.

Quoad Anweisung deducta est illa quidem ad  
 effectum, ita quod Commissarii diuiserint den Se-  
 he: Sed Cramon non acquieuit, quin expresse con-  
 tra protestatus est. Et hoc ipsum ex litera D. des.  
 Klosters selbs Schreiben / satis liquet, ut ex poste-  
 rioribus, quod proinde causam nouæ liti & sen-  
 tiæ à qua, dedit. Putat igitur, hoc nihil obstat.  
 Huc etiam repetit, quæ de temporis immemoria-  
 lis probatione alibi (in causa Drechtsets contra Et-  
 wangen per D. N.) annotata fuerit: quæ si hic ob-  
 seruentur, dicendum, Actionem non probatam.  
 Specialiter uero circa elisionem attendendo, spe-  
 ctat tenore articulorum, seu fundamentum quib-  
 us Cramon d. Schmalzug sibi asserit. Vbi quatuor  
 versantur. Primo, quod piscatus sit auff dem Wüßer-  
 see. Secundo: quod quiete. Tertio, immemorialiter.  
 Quarto, auff des Klosters Seiten. Primū sine du-  
 bio affirmatiue sonat: Secundum uero negatiue,  
 scilicet, turbatum non esse: quod ipsemet in gene-  
 rali interrogatorio ponit. Tertium similiter negati-  
 uè sonat. Nam oportet, quod testes deponen-  
 tes dicant, extare memoriam. Quartum, habet  
 in se

in se speciem, auff des Klosters Scitten: dicit modo  
 24 do testes † affirmantes, præualere negatibus. De-  
 25 inde facilius probari † & credi testibus, deponen-  
 26 tibus extare memoriam: Item, † facilius credi te-  
 27 stibus, qui de propria scientia, quam auditu, depo-  
 28 nunt. Creditur etiam potius † his qui de dissensa  
 & dispatientia deponunt. Deinde, probatio-  
 28 nes † in specie, præualere probationibus in gene-  
 29 re. Et testi † in specie deponenti, magis credi, quã  
 qui in genere deponit. Huc etiam repetit, quod con-  
 ster, d. See/ tria diuersa habuisse nomina. Item,  
 quod testes Actoris plerique de hac diuersitate  
 nominum nihil sciuerint. Item, quod plerique de  
 tempore tantum Cramonis deposuerint. Si mo-  
 do rotulum Reorum intueamur, apparebit, testes  
 deponere, extare memoriam: & hoc ex certa sci-  
 entia. Apparebit etiam de turbatione, dissensa &  
 dispatientia in specie, ac certis locis deponere, al-  
 legata simul turbatione in specie. Et illi iuuantur  
 etiam per Bertrag/ quem ipsemet Actor allegat.  
 Vnde colligi potest, quod Anno trigesimo, etiam  
 ratione Schmalsugs/ controuersia fuerit: & vel ex  
 eo solo dispatientia probari posset Nam omnino  
 putat, d. Bertrag/ non solum ius nisi dem Waderi  
 zuziehen/ sed & Schmalsugs/ causam dedisse. Hic  
 etiam attendi illud potest, quod in literis primi  
 Rotuli habetur, Das dem Kloster nicht alien die  
 Wadengug/ sed etiam alle andere Fischerey/ nihil li-  
 bi seruando, nisi quod precario permitteretur,  
 quod vel solum dicta testium Actoris eneuat.  
 Nam si precario, vel Cramon, vel illi quibus Ber-  
 trayat/ piscati sunt, nihil illis ad præscribendam  
 sufficit. Accedit, quod dicta testium Actoris, non  
 sunt concludentia, & idcirco propter prædicta, &  
 ad vitandam contrarietatem, iuxta Reorum tes-  
 tium dicta interpretanda: qui quoad Wufferin/  
 siue Dorffpaf/ nihil contradicunt, vt sic ad illam  
 tantum sint restringenda. Et licet vnus atque al-  
 ter Actoris testes non in specie de Klosterholz de-  
 ponant, tamen numero ab aliis vincuntur, & for-  
 te pronunciarum poterit. Quoad illam partem des  
 Wufferischen Felds/ quæ versus Klosterholz spectat  
 Cramoni ius piscationis esse in seinem Land: quod  
 & supra quoque dictum, Rei ipsimet confessi sunt, in  
 responsione, ad 8. 9. 10. position. scilicet, das Cra-  
 mon auch ein Theils auff dem Holz See zuziehen  
 hab. Concludit, Actionem esse elisam, & Reos ab-  
 soluendos. Illam tamen partem, qua dicta See/ &  
 altera parte, doch bey der Drefnis das Wufferinisch  
 Feld berürt / daselbst mit dem Schmalsug/ zuzischen/  
 Cramoni adimere non posset: & hoc fit etiam in  
 sententia exprimendum. Et putat, non simpliciter  
 absoluendos Reos, sed simul etiam ius piscandi  
 mit dem Schmalsug/ vt in posterum lites euiten-  
 tur; distincte describendum.

Quod ad ius negatiuum attinet, non proba-  
 tum, & sic nulla elisione esse opus: quia testes lo-  
 quantur tantum de tempore Cramonis, & de prio-  
 ri tempore nil doctum, sed potius, quod tum das  
 Kloster gefischt/ nec acquieuerunt prohibitioni  
 Cramonis.

Quoad Werder & Prefsnis: dato etiam, quod  
 non obstat, quod supra dictum: Tamẽ hic aliud ef-  
 fe: Quia additionales post litis contestationem,  
 data in modum defensionis: Nec priora acta eius  
 vllam faciant mentionem: Ideo non potuit de-  
 uolui. Sed mutatio † libelli non permittitur post  
 30 litem contestatam: Ergo minus, noui aliquid in-  
 ducere. Non obstat, quod responsum, quia non  
 habet effectum litis contestationis. Maxime,  
 quod ad Werder/ iurisdictionem minime funda-  
 tam, eo, quod in libello appellationis, vt nec actis  
 primæ instantiæ, aut sententia aliqua facta non  
 fuerit mentio. Licet postea in articulis contrade-  
 fensionalibus, ius dicti Werders deduxerit: Ta-  
 men illud etiam post litis contestationem, & in  
 modum potius defendendi, seu elidendi defen-  
 siones Reorum, factum est. Si tamen Domini pro-  
 nunciare quoque super hoc velint, putat breui-  
 ter, Rei vindicatione, illaque vtili, actum esse: re-  
 ferendo se ad 11. 12. 13. 14. contradefension. articul.  
 & generalia interrogatoria 21. 22. 23. 24. Et ad ad-  
 ditionales, vbi verbum, eigenthumblich zustendig/  
 vt sic dominium, non possessio controuertatur,  
 Et hoc Actorem intendere, vt dominium habe-  
 at, & Reos elidat, & vt nec ipse possessione denicia-  
 tur: Et sic non ad ius, sed & ad rem agat. Duplicẽ  
 considerationem des Werders haberi posse, in to-  
 tum, & ad partem: vt Cramoni ea pais cedat, quæ  
 ex suo latere est, & contra.

Si itaque ad partem Werders respiciamus, pu-  
 tat, habere fundatam intentionem in suo latere:  
 Quoad alterum, non videt, quod Cramon ali-  
 quo titulo tutetur: non simpliciter sibi pertinere  
 ait, & in præscriptione se fundat, quod scilicet illo  
 sic vsus sit, & quidem immemorialiter (quo ipso  
 probatur dominium) putat tamen, si illam etiam  
 non probet, causa non cadere, sed alia præscri-  
 ptionum genera sibi prodesse posse. Requisita  
 immemorialis temporis non probata, nec articu-  
 lata. Et vt aliquid probatum foret, tamẽ per Reo-  
 rum testes elisum. Quoad longum † tempus, de-  
 31 sunt requisita, vt bona fides. Balb. de præscript. 1. part.  
 3. part. princip. nam. 4. Quæ articulati, & probari deb-  
 et. De titulo, nihil docetur, sed contrarium po-  
 tius, ex Rotulo, & supra dictis apparet. Ideo hæc  
 præscriptio non probata. Et de præsumptione titu-  
 li hic non multum disputandum, quia nullus  
 allegatus, & solus cursus temporis, † absque titu-  
 32 lo vero, vel putatio, non sufficit. Nec etiam consu-  
 etudo, vel † præscriptio inducitur, nisi habeat  
 33 suos debitos comites. Balb. 2. part. 3. part. princip. ver-  
 ficul. decimo quæro. Nec putat, † hic titulum pro suo, 34  
 in genere sufficere, l. finali, pro suo.

Quoad longissimi temporis probationem, hic  
 recordari † oportet, contra Ecclesiarum præscri-  
 35 ptionem allegari; proponi item illam, in modum  
 non exceptionis, vel defensionis, sed actionis. Et  
 quidem in tali, † 40. annorum, contra Ecclesiam, 36  
 requiri etiam bonam fidem, est Balb. in 1. part. ver-  
 ficul. quarto principaliter quæro numero 6. item 2. part. 3.  
 part. princip. versicul. sexto quæro. vbi etiam dicit, illud  
 A a 2 verum

verum, hisi quis habeat presumptionem: sed tum etiam titulum requiri. Et obseruato discrimine, an per modum actionis, vel exceptionis, propofita præscriptio, scilicet pro tituli dominio: quia illic titulus requiritur, hic vero non. Et quod dicitur, † in præscriptione contra Ecclesiam, titulum requiri, verum est, dummodo ius commune non resistat, seu, præsumptio iuris non sit contra præscribentem: tunc enim bona fides, † & longissimum tempus, non sufficerent, nisi allegetur, & probeatur præscriptio tanti temporis, cuius initii memoria non extat in contrarium. *Balb. 2. part. 3. part. princip. versicul. sexto quæro, numer. 11.* Ut igitur de effectu præscriptionis, † an scilicet actio ex ea competat: constet, videndum erit de bona fide, & dictum supra, illam hic nullo titulo fundatam. Al legare tamen † oportet titulum, vt præscriptioni bonæ fidei locus sit, alioquin cadit causa. *Balb. in repet. l. Celsus, de vsur. num. 4.*

Sed non allegatum, nec probatum: vix enim putat, titulum pro suo, generaliter hic sufficere. Quanquam nec illud quoque expresse dicat, sed simpliciter allegat Actor, quod d. Werder in iustandig. Et postea dicit de possessione, vt idem sit, ac si dicat, hoc meum est, quia ego & maiores tanto tempore possedimus & vsurpauimus. Id vero non est titulum allegare, sed causam præscribendi. Bona vero † fides ex aliquo titulo elici vel præsumi non potest. Nec de scientia & patientia dictum, sed contrarium ex testium dictis apparet. Et ex transactione, & partium confessione, & sic similiter confessum, & constat, quod d. Werder mitten in Wüserinischer See lig. Imo plures testes dicunt, daß er mehrertheils im Wüsten vnd Holz See lig. Accedunt etiam testes, qui dimidiam partem d. Werders/ad Kloster spectare dicunt. Nonnulli etiam totum tribuunt. Ex quibus constat, etiam Reos d. Werder vsos esse: & simul quod dimidia pars d. Werders/defi Klosters faerit, nec simpliciter illud asseritur, sed cum suis circumstantiis, & testis vnus atque alter recordatur, & vidit, & ipsemet. Holz davon geführt. Cui accedunt testes, deponentes, daß das Kloster mit dem Cramon defi Holz halben streittig gewesen. Sed modo dici solet, quod præsumatur mala fides, † si constat de antiquiore possessione. *Balb. d. loc. n. 10.* maxime is antiquior possessor suæ possessionis iustum habet titulum, vt supra dictum. Et quod antiquiores fuerint Rei, ex testibus, eorumque dictis apparet. Quin etiam debuit bona fides allegari: prout & quælibet præsumptio iuris, insurgens † ex facto. *Balb. d. loco, num. 8.* maxime, si contra Ecclesiam tendat. Nec implicite etiam, sed expresse, vide *Balb. num. 4.* hoc requisitum sua sententia definit. Dato etiam, quod de tempore requisito constaret: tamen hac ratione naturaliter interrupta est, *Balb. 3. parte 6. part. prim. num. 3.*

44 Quoniam igitur, vt putat, bona † fides desideratur, dato etiam, quod præscriptio nihilominus subsisteret, tamē hoc nullam tribueret actionem, sed exceptionem. Hinc itaque, & quia Rei, contra

quos præscribendum est, titulum ipsi habent, vt supra dictum, & fuerunt in antiquiore possessione, & agatur de re Ecclesie, vbi Rei in super pro se præsumptionem habent, quæ Cramoni aduersatur, & is nec titulum, nec bonam fidem allegarit, nec probarit, Reos, quoad dimidiam partem d. Werders/absoluendos. Quoad Wressing/ repetit actionem, vt supra de Schmaljug: scilicet confessionariam probatam, sed non elisam: *Expensas vult compensare.*

*Sequitur votum Dn. Correferentis, D. S. in eadem causa.*

Mandata sufficiunt: Formalia iusta: appellatum à die notitiæ. Non obstat, quod Notarius fuerit Pontificius, & sic illegalis: quia de re vide *Rolandin. Rudolph. Bonon. in summa artis notariæ. tit. de causa efficiens. fol. 1030.*

Iurisdictio an fundata? Tria controuertuntur, nempe ius piscandi, quod comprehendit den Schmal vnd Madenjog, das Werder vnd Wressing. Quoad Schmaljug vnd Madenjog/ putat, satis fundatam, cum per interpositam appellationem sint deuoluta. Quoad reliqua duo, res dubio non caret, cum illa in prima instantia non deducta, nec probata, & vtrinque hic, post litis contestationem mota demum. Ratione der Wressing/ quia ad 6. contra defensiolem articulum respondetur, quod lis pendeat, putat super sedendum: si vero domini etiam desuper pronunciantum putarint, in eum euentum etiam suam aperit sententiam. Ratione defi Werders/ iurisdictione † maxime fundata erit, propter causæ continentiam, l. nulli, de iud. l. si duo, de iure iur. *Alex. conf. 65. num. 8.* etiam si partes diuersos Iudices habeant. *Aluar. c. 1. de prohib. feud. alien. per Frid.* Accedit, quod Rei responderint ad articulos, sine protestatione, & tacite ad miserint ad probandum, sic protogarunt iurisdictionem, c. cordi, de appellat. in 6. Præterea etiam Iudex prior per immissionem in Werder/ Cramon maxime grauarit, idque eo magis, quod ante in cognitionem non venit; tamen in eo executio facta. Facit etiam clausula salutaris, *Guid. consilio 4. num. 3. 29.* Deinde videmus fieri in possessorio inducto, & in super lite contestata, tamen pronunciantum in petitorio, quando causa deinde super hoc instruitur; vt factum in causa Drechsel contra Estwangen. Hinc putat (licet prædicta tantum locum in causis simplicis querelæ habere videantur, tamen quia hæc causa talis, quod vix appellationis, sed simplicis querelæ est) iurisdictionem, casu, quo non super nullitate, sed meritis causæ pronunciantum foret, satis fundatam.

Nullitates plures apparent: Prima, quod id quod non † inuenitur in actis, non internenisse dicitur. *Gail. lib. 1. obs. 134. num. 15.* Nec enim præsumitur pro † rectitudine processus, & eius iustitia, nisi acta tota describantur, *Myns. resp. 28. num. 33. Idem obs. 11. centur. 1.* Et iudex, propter non conscrip. acta, in † causa tam graui, in expensas litis, & in expensis parti,

parti, vel multam, sisco applicandam, condemnandus venit, *cap. quoniam contra, in fin. de transact. Gail. d. obs. 134.* vbi dicit, ita in Camera obseruari, nu. 14. *Myns. d. obs. 11. cent. 1.* Citatio aut ad totam causam facta, vel non. Si non, processus vltorius factus, nullus est. *Vant. de nullit. sent. ex defect. processus, n. 27.* Si autem legitime citatus, illa citatio Cramonem ad totam causam arctauit, & sic fuit peremptoria. (ideo apponitur verbum, *peremptorie*, alias non valet citatio. *Vant. de nullit. ex defect. citat. n. 102.*) An vero Cramon contumax exiterit, vel non? de hoc non praesumitur, *Vant. d. tit. n. 12.* Id quod nec ex actis constet, nec de contrario doceri potest. *Vant. d. loco.* Si vero emanisset contumaciter, & triplici via contra ipsum procedi potuisset, vt in *ordinatione Camera.* Et quia forsitan tertiam elegerunt viam (scilicet principalis causae) merito Iudex à quo, distinctionem *l. properandum, §. si vero Reus, glo. ibid. ordin. Camerae* seruare debuisset, *Menoch. de arbitrar. iud. quest. lib. 2. cent. 3. cas. 280. n. 8. Grauer. conf. 103. n. 8.* Et posito, Iudex aliquo dictorum modorum Cramonem citasset, tamen non in contumaciam ita procedere potuit, quia comparuit Cramon, neminem inuenit: Iterum & citatus, ob breuitatem termini non potuit comparere, ex causis allegatis per eum, *Menoch. de arb. iud. quest. lib. 2. cent. 2. casu. 153. n. 1. & casu 154. nu. 1.* Deinde in prima instantia lis & non contestata, neque in contumaciam pro contestata acceptata: Ideo de causa ista nec cognitio fieri, nec probatio institui, nec sententia ferri potuit. *Panorm. c. dilectus, n. 26. de ord. cognit. alias red- ditur & processus nullus, Myns. obs. 74. cent. 3.* Nam in secunda omitti potest, *Myns. obser. 1. cent. 1. Wesemb. conf. 6. part. 1. d. c. 1. de litis contestat.* Nec probatio praecessit. *Alex. conf. 139. circa fin. lib. 6. Vant. de nullit. ex defect. process. n. 38.* Quia ergo haec sententia & contra ordinem iudicium lata, ideo nulla dicenda erit, *Bald. in l. prolatum, n. 5. de sentent.* Et dicitur & causa sine cognitione prolata, vt habet *Vant. d. tit. n. 30. Bart. l. prolatum. Marant. 4. part. dist. 16. n. 12. vide ibid.* Iudicem autem suspectum, probat missiua, vbi dicit: *Vnser Kloster / r. Vant. de nullit. ex defectu iurisdic. n. 94.*

Hinc sequitur, sententiam, & alia, esse nulla. *Bald. l. non dubium, de ll.* Inde putat, super nullitate posse pronunciari, etiam si non opponatur. *Pan. cap. 1. de litis contest. n. 4.* licet Appellans non deduxerit, vt hic *CC. in cap. dilecti, de appel. Schurff. conf. 90. nu. 9. cent. 1. Myns. respons. 8. nu. 19.* Putat tamen, his non obstantibus, Iudicem & posse super nullitate, & ipsis meritis causae principalis, pronunciare, id est, sententiam nullam, & partem non fouentem iustitiam, condemnare. *Vant. quib. modis sent. nullitas repar. n. 133.* licet sola fuisset proposita & disputata. *Myns. respons. 7. n. 64. & obs. 72. cent. 3. Gail. obs. 32. lib. 1.* Non obstat, quod in hac secunda instantia non possit habere locum, quia post litis contestationem articuli dati. Et sufficit, fin puncto appellationis, & causa principali, litem fuisse contestatam, licet super articulis, dependentibus &

emergentibus quibusdam, non sit contestata. *Panorm. in c. quoniam frequenter, num. 3. vt lit. non contest.* *Marian. Socin. ibid. Specul. in tit. de test. §. 4.* Quia autem articuli, comprehendentes den Werder (ex quo executio etiam huius intuitu facta est, licet ante non fuit in iudicium deductum) hinc dependeant à principali, & sic non sint separandi, sufficit, litis contestationem coram Iudice, qui de principali cognouit, esse factam. *Rota, decis. 1. de lit. contest. in nou. ibi. addit. n. 4.* Deinde pars aduersa non contradixit, & sed simpliciter respondit, & passa est insuper testes examinari. Videtur inde prorogata iurisdictionem etiam, quoad Werder procedendo vsq; ad sententiam definitiuam, & quia conclusio est postremus actus iudicii, *Myns. obs. 17. cent. 3.* Sed inducitur litis & contestatio per responsiones, *l. rem non nouam. §. patroni, C. de iudic. ibi. Dd. Wes. conf. 6. nu. 18. Rota decis. 6. de litis contest. in nouis, per tot. Marant. in 6. de litis contest. n. 4. membr. 8. Wes. d. conf. 6. n. 19.* Concludit, super Werder etiam posse pronunciari.

#### Quae actio?

Certum est, eum esse Actorem, & qui prius prouocauit: Et quia Doberlin primò coram Principe egit: Ergo in prima instantia fuit Actor, & in confessio est. Cui actioni primæ Actores, nostri Appellati, in hac etiam instantia inhæserunt, & partes adhuc inhæreere videntur, vt ex libello appellationis, & eius publicatione intelligitur, vt puta, bene appellatum, & Appellatorem à petitione Appellatorum absolui, licet generalis libellus reiiciendus, *Gail. obs. 66. lib. 1.* Quia tamen nihil oppositum, sustineri debet, & *Vant. de nullit. ex defectu processus, n. 26.* Nec attenditur ineptitudo, *Myns. obs. 5. cent. 4.* & praesumptiuè concludit, *God. conf. 1. vol. 9. & conf. 4. de iure ciuit. vol. 3. l. si quis intentionem. ibi. Dd.* Et potest talis libellus suppleri, & purgari, probationibus, & actis aptis. *God. vt supra. Landfranc. tit. de petit. c. 5. n. 20.*

Accedit clausula salutaris, *Vant. d. tit. ex defect. process. Capit. decis. 10. nu. 22. Corn. conf. 86.* vbi dicit: sufficere, quando de intentione constat, *Myns. resp. 18. n. 13.* tamen inhæret primæ actioni, scilicet ex *l. si quis in tantam.* & non negatoriae, vel ex stipulatu, &c. Sed Iudex appellationis cognoscit, non nisi de eo, de quo prior, causae principalis Iudex, *Marant. de ordin. iudic. act. 2. part. 6. n. 51.*

Imò eandem causam alia actione coram Iudice appellationis, quam quæ coram Iudice, à quo, intentata est, prosequi non possunt. *Marant. d. loco, & n. seq.* praesertim Appellans, *c. cordi, de appell. in 6.* lam vero, quoad actionem, vtili, & non directa conditione, *l. si quis in tantam.* actum esse putat. Quia partes ipsamet in libellis inhæreere videntur. *Bart. ibid. num. 19. glossa ibid. in verb. earundem. §. super rebus. Menoch. remed. 9. recuperanda, numero 268.*

Quoad ius piscandi, der Warten vnd Schmaljug / refert requisita eius actionis ex *Rosfred. Bellamer. Menoch. Myns.* sed nullum horum in prima instantia esse probatum. Quod Doberlin etiam,

in contumaciâ Rei, iam nostri Appellantis, procedens, per d. etiam probare tenebatur. Nam ad  
 63 possessionem quod attinet: vbi non ꝑ possessio, ibi nec & alia existunt. Cumque transactio non probata, quia deficit vtriusque consensus, non  
 64 præsumitur. Nec creditur ꝑ Principis assertioni, in præiudicium tertii. *Gravet. conf. 135. lib. 1. Socin. sen. conf. 65. n. 7. lib. 1. Alex. conf. 15. n. 5. Ruin. conf. 227. lib. 1. nec vllum actum seu possessionem probavit, sic etiam sententia lit. B. nullius effectus est. Quia igitur nullius titulus validus, nulla possessionis causa probata, vel allegata, sequi, nullam possessionem esse probatam, & per consequens, non commissam violentiam. Cum autem possessio sit probanda, videndum est, an in vna vel altera specie piscationis, in hac instantia, possessio probata sit.*

Quoad *Watenzug* præmittit primò, lacum habere tria nomina distincta, licet testes *Cramonis*, vno nomine vocent, den *Watenzug*. Recenset dicta testium in hoc puncto, ex vtroque Rotulo. Quia igitur testes Rotuli secundi, ætate & aliis, superant alios testes, ideo putat, distinctos esse tres locos. Secundò præmittit, illum esse *Wiß. lacum*, qui ad *Cramons Grund vnd Boden stossen* / vt primis artic. appellat. quem *Dobertin* credit, & omnes testes vtriusque Rotuli verum dicunt. Tertio præmittit, *Cramons Gut* per tingere *bis zu der Scheid der Gartenmühl*. Enumerat testes ad interrogat. 32. primum 3. 4. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. & 15. Appellatorum 4. 18. Concludit, hunc *Dorff See Cramonis eygenthumblich allein seyn* / vt fatetur pars aduersa, & testes d. interrog. 32. Quarto præmittit, quod d. *See auch bey der Scheide sich ende* / & ibi incipere *der Mühl See*. Quinto præmittit, *der Mühlen vnd Holz See Dobertin eygenthumblich zugehören* / vt primus defensionalis est in confesso.

His sic præmissis, putat quoad *Watenzug* / *im Dorff See* planâ esse rem. Nam inter partes non controuertitur hoc, ibique esse totum *Cramonis* ius piscandi.

Quoad *Mühlen vnd Holz See* / videndum, an *Actores* probarint possessione: Examinat dicta testium. Inde infert: Quod *Dobertin* possessionem *auff irem Grund vnd Boden* probarint, licet ad hoc non tenebantur.

An *Elisa*?

Ex testium dictis non obscure constare, *Cramonem* etiam vsum esse hac piscationis specie, *auff dem Mühlen vnd Holz See*. Recenset testes, qui deponunt *auff dem gansen See* / *den Watenzug* vsum fuisse.

An *Cramon* præscripserit ius piscandi? Hoc  
 65 ius ꝑ habere causam discontinuam, certum esse, *Bellon. conf. 49. n. 6.* sic etiam ius lignandi. Quæ cum omnibus suis requisitis probanda, & vna deficiente, etiâ præsumptio deficit. *Franc. in d. c. 1. de præscript. r. in 6. Wes. conf. 11. n. 21. part. 1.* Quoad centum annos, *Fel. c. ad audientiam, de præscript. Couar. c. possess. for. de reg. iur. in 6. Gab. concl. 1. nu. 78. de præscript. Me-*

*noch. de arb. iud. q. lib. 2. cent. 1. n. 7. casu 3. prout N. in causa Drechsel contra Etwangen latissime deduxit. Primo: ꝑ Testes sint 54. annorū, Myns. cent. 1. obs. 66 30. Gravet. de antiq. temp. part. 4. Couar. d. loco, n. 84. Secundò: Communis fama & opinio, contraria nō memoria, non visum contrariū, Myns. d. cent. 30. Gorden. conf. 2. de iurisdict. per articulū principalē, non generalem, in fine, Gabr. d. loco, n. 78. 81. Tertio: ꝑ testes ita audierint, viderint toto tempore vitæ ita esse, nec vnquam aliter actum. Gabr. d. loco Myns. Couarru. dd. locis. Quarto: semper audierint à suis maioribus, Gabr. d. loco. Myns. d. loco. Chassan. de iustit. §. 2. n. 8. idē tit. de forestis, §. 3. rubr. 13. n. 1. Gabr. d. nu. 81. Grau. part. 4. n. 38. vers. materia ista. Couar. d. loco, §. 3. nu. 7. 8. Non requiri titulum *Wesemb. conf. 2. num. 92. part. 1.* Nec admittit titulum in contrarium *Balb. 2. part. 3. part. princip. q. 6. n. 19. Wes. d. loco, n. 92. Gabr. d. loco, n. 45. & n. 50.* Estque communis opinio, secundum eundem n. 51. Nec scientia illius, contra quem præscriptio requiritur, *glos. dict. l. hoc iure, §. ductus, verb. memoriam. Myns. d. loco. Gabr. d. loco, num. 63. Myns. respons. 48. n. 10.* De iure Canonico, ꝑ bona fides, non titulus requiritur. Contra ꝑ *Roma. nam Ecclesiam 100. annorum præscriptionem requiri, alias 40. annos sufficere; tamen tituli allegatio ꝑ & probatio necessaria est, vel, oportet hoc tempus immemorabile probari, dict. c. 1. de præscript. in 6. Couar. d. §. 5. & d. n. 2.* Deinde etiam bona fides, *Wes. d. conf. 38. Abb. c. fin. de præscript. & omnes ibid. Grau. d. part. 4. num. 20. Balb. 2. part. 4. part. princip. Gravet. d. loco. Paris. conf. 112. part. 1. Couarru. d. 2. part. §. 8. n. 4.* Iam igitur si dicatur, priora requisita non exactè (quia non articulata) probata esse, prout testes, quos partim recenset, non tantæ ætatis, tamen *Cramon* aduersus *Ecclesiam* illam, non tantum 40. annis, sed fere vitramemorialiter probasse, sciente & patiente aduersario, vt testis septimus Appellantis ad 13. artic. & alii, semper hoc vidisse asserunt. Habere titulum pro herede (vt opinatur) tanquam agnatus. *Couar. d. §. 5. n. 4. late ostendit. Si itaque non plene, tamen præsumptiuè, adeo probauit, vt onus probandi in *Dobertin* translata sit, quoad dispactionem: Nec enim est prohibitus, & sic pro iure suo vltus, idque credidit, quia, *er hab ihn also ererbt. Balb. 2. part. 4. part. princip. Couar. d. loco, §. 7. n. 1. §. 8. n. 1. & seqq.* Et bona ꝑ fides præsumitur in dubio, nisi contrarium probetur: communem dicit. *Myns. resp. 41. nu. 17.* Concludit, *Cramoni* *auff dem Mühlen vnd Holz See* / etiam ius compiscandi, & in specie, *Dorff See* / sibi competere, doch das ein jeder auff seine Land auffzusuchen schuldig sey.**

Quoad *Schmalzug Dobertin* non deduxit in specie den *Schmalzug* / sed in genere, zu fischen. Nec ex sua parte probauit de *Schmalzug* / sed tantum, mit dem *Wadten*. Nisi quod quidam testes Appellantis dicant de eo, ad interrog. 2. vt 1. 2. 6. 7. 8. 9. 12. nominis ad primum interrog. art. Appellantis. Quia autem horum iurium possessio non probata per *Dobertin*: Et licet probata, tamen *elisa* per *Cramonem*. Nam testis 1. ad 3. art. appellat.

pellat. probat contra turbatorem, *Menoch. remed. rein. Gabr. lib. 3. de locat.* Quia autem testes deponunt quod Cramon, & eius maiores, nisi alleit auff dem Wüsinischen See / vt appellat. art. 4. omnes verum dicunt testes. Sic etiam de prohibitione, cum scientia deß Klosters / vt ad 7. appellationis, & 5. interrog. tertii articuli appellationis. Et testes, hoc deponentes; valde senes, nec vquam contrarium à suis parentibus audierint, vt ad 27. contradefensionalem, & ad 4. appellationis. De bona fide satis constare, quia contrarium non probatum: Ideo tantum præscriptum, quantum possessum. Idcirco hanc compensacionis seruitutem in vniuerso lacu, oder Seen præscriptam Cramoni: Doberthin verò in beyden syren / vñndt ntt auff dem Dorff See / competere.

Quoad Werder / licet possessio in 4. 5. additionalibus articulis articulatur; tamen de violentia, & animo inuadendi nihil indutum, nec probatum. Indè putatur, ius & possessionem conligandi, sonderlichen deß weichen Holzis / satis probatam à parte Doberthin.

An elisa?

Actorum testes, videlicet primus, Doberthinisch / 2. 3. 4. 5. &c. refert omnes testes, qui deponunt de vsu & possessione Cramonum. Deinde & Cramonis testes examinat. Ex his dictis sufficienter probatum, vel etiam per effectum puta per fructuum perceptionem, videlicet elocando die Maß / possessio immemorialis, & præsumptio proprietatis eius, cui soluuntur merces: Item per vsum lignandi. Concludit, cum supra dicta omnia requisita temporis immemorialis hic concurrant, & sic probata existant, Werder soli Doberthin competere: Quod Doberthinenses, tanquam in alterius fundo seruitutem lignandi tenebantur, quod non fecerunt: *Expensis compensatis. Saluo. De Dressing non vult pronunciare. Vorum aliud in eadem causa.*

Non video, quid obstat cognitioni Camera: Est enim causa deuoluta. Nec alia deficient. Et licet Cæsarei vel Pontificii Notarii non, nisi contentiis partibus, possint vbique locorum conficere instrumenta: cum isti actus sint voluntariæ iurisdictionis, & sic illorum, Notariorum, potestas est prorogabilis, cum agatur solummodo de præiudicio rogantium, vt in §. i. auth. de tabel lion. Sicque limitetur id, quod dicitur de eiusmodi Notariis Pontificiis & Cæsareis, secundum plures, quos refert *Felin. post Abb. in c. cum P. tabellio, de fid. instrum. n. 17. & Gabr. li. 1. de fid. instrum. concl. 1. n. 5.*

Quia tamen in confesso est, appellationem coram Notario & testibus esse interpositam ( siquidem solummodo illegalitas Notarii obicitur, quæ è diuerso rursus negatur ) sicque dubia est obiecta qualitas Notarii: Etposito, quod ea satis sit liquida, tamen supra dicta limitatio Abbatis, & aliorum, videtur intelligenda in casu, quo vtriusque partis consensus requiritur, & vbi consensus partium, actui dat esse. Sed interpositio appellationis, talis non est, quia ex vnus arbitrio

dependet: Ergo, &c. argum. eorum, quæ dicit *Bart. in l. Gallus, §. & quid si, de liberis & posthumis. Felin. dicto loco.* vbi delegitimatione agitur, quæ fit interdum sine consensu eorum, quos tangit. Cui accedit, quod æquitas & ratio suadet, interpretationem faciendam, vt appellatio teneat, nec hoc beneficium Appellanti auferatur: sicque militat fauor appellationis. *Dec. conf. 356. n. 1. Wes. conf. 43. n. 162. Marant. 6. part. verb. appellatio. n. 397.* Nec verò in hoc iudicio diuersum, vsu receptum est. Hinc puto, obiectionem illegalitatis Notarii non attendendam.

Circa iurisdictionem fundandam, & triplex iudicandi via consideranda venit, vt vel super nullitate, cum reseruatione causæ principalis, vel nudè, & solummodo super iniquitate prioris sententiæ, malè videlicet iudicatum, benè appellatum. Vel, & tertio, super iniquitate ( aut etiam fortè super nullitate ) & simul ipsius causæ principalis meritis pronunciat. Prima & est satis expedita, 73 cum de nullitate processus euidenter constet, & appellationis medio ea deuoluta sit: Secunda, & 74 etiam nihil habet dubii, & sic vtrobique fundati sumus in iurisdictione. Prior tamen, & partibus, & causæ erit expeditior: ideoque magis pronuncians ei inhererem. Sed tertia & omnium vtilissima foret partibus: nobis verò grauior, & minus secura. Si tamen dominis placuerit, iurisdictionis fimbrias catenus extendere, tunc & ego in eum euentum non refragabor. Licet enim regulariter Iudex causæ appellationis, & non cognoscat, nisi 76 de eo, de quo cognouit Iudex causæ principalis. *Bart. in l. 1. c. si aduers. libert.* Nec appellatio deuoluta, nisi id, quod deductum & in iudicio pendere reperitur: sitque Iudicis & officium in appellatione, 78 ne, tantum pronunciare, benè vel malè iudicatum, *Leos, C. de appellar. Ror. decis. 365. in nouis.* Quia appellatio & naturam litis non mutat, *Clem. sepe, de verb. sig. & Clem. dispendiosum, de iud.*

Et qualis & est libellus in causa principali, talis est in causa appellationis: tamen per ea, quæ copiosè ante me relata sunt, negari nõ potest, quia Iudex pronunciando, & bene vel male appellatum, simul etiam condemnare possit non condemnatum, si natura litis, & causæ, hoc ipsum exposcat, atque eadem ratione addere primæ sententiæ, ea, quæ à Iudice ommissa fuerit, *c. Ioannes. ibi Canonist. de fid. instrum.* præsertim in consistorio summi Principis & Imperii, vbi non raro id ipsū obseruatum. Cum & aliàs Iudex & appellationis 82 succedit Iudici primo, ita vt omnia, quæ primus Iudex facere potuit & debuit, ipse potest & debet, argumento *dist. cap. cum Iohannes cap. Raynatus, & cap. Rainaldus, de testam. Rora decisione 365. in nouis.* In his enim, & quæ sibi, vt Iudici, manifestè 83 constant, propriam sententiam dicere, id est, ius reddere litigantibus potest. *Abb. in d. c. cum Ioannes, n. 16. in si. eleganter Couarruu. in d. c. Raynatus, §. 11. n. 1.* per plures authoritates, præsertim cum iudicio finium regundorum originaliter actū sit, vt patet ex sententiis primis. Quæ actio & inter arbitrarias 84

connumeratur, l. 2. si. reg. Zaf. S. praterea, n. 10. Inft. de aft. Menoch. de arbitr. aft. lib. 1. q. 5. n. 24. Sed dicitur 85 elle notum, ¶ vt Iudici, vt supplere possit, quando ex dictis testiu, & attestationibus, vel instrumentis productis, coram eo, de facto sibi constat. Innoc. in c. 1. de postul. prelat. n. 7. Rota d. decis. 365. ante si. in nouis, per iura, vt ibid. Idque tanto magis hoc casu, cum appellationis medio causa huc peruenit: Et punctus appellatus dependeat à causa principali, ex eaque emerferit. Nec partes in hac instantia, in nudis terminis puncti appellati permanserint, sed, causam principalem induxerint, probauerint, & plenarie disputauerint, cū clausula salutaris, & (vt videtur) petitione, siue conclusione libelli generali in effectum prorogandæ iurisdictionis.

Operatur in super appellatio à ¶ definita, triplicem effectum, & inter cætera ¶ deuolutionem 86 totius causæ principalis. Rota decis. 361. in nouis. Innoc. in c. dilecto, de appell. post n. 2. dicit, Appellatam post sententiam, posse excipiendo & agendo impugnare sententiã, & quibuscunque modis defendere suam appellationem. Et hunc esse vñum effectum appellationis, scilicet causam ad superiorem transferre, & eius cognitionem, per c. sollicitudinem. eod. De hoc appellationis effectu eleganter Phil. Fran. in d. c. dilecto, n. 18. 19. 20. concludit, per auctoritates, vt ibidem: quod appellatio ¶ deuoluat 87 tam causam & articulum appellationis, quam etiam decisionem totius negotii principalis, & sic deuoluat articulum appellationis, articulum nullitatis, & decisionem eius: Item & negocium principale, ita qd de his omnibus, ad ipsum Iudicem appellationis deferatur iurisdictionis, & ipse cognoscere & decidere habeat. Idq; etiam locum sibi vindicare, quando appellatur à sententia nulla: sub distinctione tamen (de qua etiam Vestrius lib. 8. n. 16.) an nullitas existat vitio processus, vel sententiæ, ad hoc, vt vel ex prioribus actis pronuncietur, vel de nouo agatur. Quæ tamen distinctio hoc loco anxie attendi non debet: cum in præcipuis punctis causæ principalis, per nouas partium probationes & confessiones, huius instantiæ, Iudex nunc satis informatus sit, expediatque, causam decidi potius, quam differri, vt per Gail. obs. 42. per tot. & ipse finis, in quem nouus intendit, siue instituitur processus, iam existat. Sicque medium, ¶ per quod peruenitur ad eum finem, non 89 curandum, arg. l. cum seruus, de verb. oblig. l. si sui natura, quem adm. testament. aperiant. Et supra dicta possunt confirmare, quæ refert Vant. c. ex defect. iurisd. ord. n. 79. vbi tradit, non tantum negocium principale deuolui, verum & reliqua illius accessoria. 90 Et Iudicē in ¶ dubio debere pronunciare, quod appellatio causam deuoluat.

Et his forte hoc casu non obstabit textus, in supra d. l. eos, C. de appell. quia dictio (tantum) ibi posita, non excludit ea, quæ sunt propria ipsius actus, per relata Couarruu. supra dicto loco, n. 1. Similiter nec obstat d. c. Rainutius, & d. c. Rainaldus, de testam. (vbi ad hoc, vt Iudex addat & suppleat, sententiæ prioris Iudicis, requiritur, quod per vtram

que partem fuerit appellatum) quia ibi opus erat supplicatione & additione, de facto, nec Iudici factum controuersum notū erat, vt Iudici vt per Rotam. d. decis. 365. circa fin. Hac præcipua, quæ rationem dubitandi præbent.

In euentum itaque prædictum (determinandæ videlicet causæ principalis) cum, vt ego opinor quoad Waden & Schmaljug / ex deductis & probatis huius processus, causa satis instructa & liquida sit, nec præsumptiuè partes aliquid vel reticuerint, vel reliqui habeant, quo ipsoru assertiones vltorius iuari possint: præsertim verò ex testium dictis, quibusdã documentis, & ipsiusmet partium confessionibus, existimarim, limites der Wadenjug / qui in hoc puncto solummodò controuertuntur (reliqua enim in confesso sunt) videantur responsiones ad l. 5. 6. defens. & 18. 22. 24. contradens. bene constitui posse, si dicta testimonium, transactio, confessio partium, & Augenschein inuicem conferantur, iuxta naturam actionis, primariè & principaliter institutæ, videlicet, finium regundorum, l. si interruptione fluminis, fin. regund. Nec aliam actionem hic principaliter dare possum: alias non in causa principali, & super finibus, pronunciarì posset, sed solummodò benè appellatum. Estque hoc iudicium duplex, ¶ singulæ 92 enim personæ, tam ius agentis, quam conuenti habent, l. iudicium. fin. regund. Censeo tamen & ego, hunc dicendum Actorem, qui primus ad iudicium prouocauit, l. in tribus, de iudic. Sunt verò ¶ duæ 92 extremitates terminorū, siue finium inuestigandæ: vnus est ¶ versus Gardermühl / quo loco sentio 93 cum domino Referente, & puto, ibi terminū esse die Feldscheid / iuxta dictam Gardermühl. Sed ex altera parte, ¶ iuxta Xiuuer Dref / non possum rece- 94 dere à dictis testium, præsertim pro Appellante productorum, qui ad tertium articulum grauaminum, & 17. contradens. ferè omnes concorditer alteram extremitatem faciunt, die Drefsing. His parè concordant nonnulli Appellatorum, ad 25. interrogatorium generale, vt puta sextus & septimus, qui simpliciter id affirmant. Quidam vero per æquipollens, dimidiam partem eius annis Cramoni attribuunt, vt puta 2. 3. 5. 14. 16. Ei nonnihil admiculatur antiquissima donatio, in secundo Rotulo producta, vbi patiter dimidia pars annis applicatur monasterio. Insuper maximè confirmat confessio Appellatorum, de qua dupliciter constat, vt puta, ¶ ex responsio: 95 ne ad 10. articulum grauaminum, vbi asseritur, das die 24. Wadenjug / eius Theils in dem Holz See verkauft gewest. Deinde ex ¶ transactione 96 litera A. quæ approbatur ex parte Appellatorum, dum in vim probationis producitur: quam confessionem non, nisi contraria allegantes, impugnare poterunt. Inde puro satis liquidum, limites des Wadenjugs / esse die Drefsing / ex vno latere, ex altero verò die Feldscheid. Ad Schmaljug quod attinet, is duplici respectu consideratur, primò, quoad latus versus Wüsterin / vbi pariter nõ, nili ratione terminorum lus est. Non enim negatur,

tur, quin ex isto latere, de Schmalzug/pertineat  
 Cramoni. Cum verò hic punctus plenè connexus  
 sit priori: simul enim in iudicium deducti, eodem  
 genere actionis, ac processu prosecuti, probatio-  
 nes vtrinque eadem, nullaque ratione separandi;  
 95 ideo decidendo, idem ius vtrouque statuendum  
 esse puto. Quorù enim ÷ equalis est sanctitas, eo-  
 rù celebratur festiuitas æqualis, c. scire debet, 76. dist.  
 96 Alterum latus, ÷ versus Dobertini/habet aliquod  
 difficultatis, indeque controuersia hæc præcipue  
 orta est. Quo loco iterum duo occurrunt; vt  
 per dominum Referentem; cui etiam; quoad a-  
 97 ctionem, consentio. Prout & primum, ÷ (quod  
 scilicet non liceat Appellatis, in sua parte lacus,  
 sicque in suo fundo, vt iure piscandi, mit dem  
 Schmalzug) tanquam ius negatiuù, præscriptio-  
 ne acquisitum non esse censeo. Deficiunt enim  
 requisiti præcipua, vt per Dd. in l. i. Codic. de seruit. &  
 aqu. gl. Bart. & alii in l. qui luminibus, de seruit. vrb. præd.  
 Imprimis verò, cum prohibitionem vsus, patienti-  
 98 a aduersarii secuta non sit, vt acta satis hinc inde  
 ostendunt. In deque quasi possessio iuris, siue ser-  
 uitutis, non existat, vt per Capoll. de seruit. vrb. præd.  
 cap. 20. n. 7. Secundum verò ius, ÷ affirmatiuum  
 scilicet, similiter asseritur ex præscriptione. Quo  
 loco principio attendendum puto, quod ea pars  
 stagni, siue lacus, quo ius hoc piscandi deß Schmal-  
 zug/controuertitur, sine contradictione est in  
 dominio appellatorù, quo ipso, libertas, & nõ ser-  
 99 uitus, præsumitur, l. aquam, l. per agrù l. altius, C. de ser-  
 uir. & aqu. Quæ iuris præsumptio, ÷ dicitur liquida  
 probatio, & sufficiens. Bart. in l. licet Imperator, n. 1.  
 de legat. i. Abb. c. dilecti, in 1. not. ab. de donat. Afferens i-  
 100 gitur seruitutem ÷ ex præscriptione, eam probare  
 debet: nec releuat eum ab onere probandi  
 proprietatem seruitutis, possessio eius iuris,  
 vel quasi, glossa & ibi Dd. in l. sicuti, §. sed si quaratur,  
 vers. sustinet verò si seruit. vend. fac. c. ad decimas, de restit.  
 spoliat. in 6. Cum verò hæc (in effectu) seruitus,  
 101 vsus, ÷ vel vsusfructus, sicque mixta (per sona scilicet,  
 debita re) causam habeat discontinuam,  
 nõ minori, quam immemoriali tempore præ-  
 102 scribi potest: ad quod requiritur quasi ÷ possessio,  
 l. sine possessione, de vsucap. c. sine possessione, de reg. iur. in  
 6. quæ consistit in scientia & patientia domini,  
 contra quem præscribitur. Prospiciendum est etiam  
 103 ÷ de qualitate actus, an iure seruitutis, vel alio  
 modo contigerint. Discretus enim ÷ debet esse  
 104 iudex, vt vel ex variis circumstantiis, iure appro-  
 batis, præsumat, eam possessione tanquã ex iure  
 suo existere, vel eoget probari quod dominus patiebatur  
 eum vt iure suo sciens. Innoc. in c. cùm Ecclesia Sutri-  
 na, de caus. poss. & propr. Bald. d. l. i. n. 9. C. de seruit. & aq.  
 105 Quæ enim vel iure familiaritatis, ÷ vel facultatis  
 fiunt, quasi possessione nõquã inducunt, sicque nec  
 præscriptionem efficiunt, iurib. vulgatis. Si itaque  
 presentis causæ circumstantias confero cù regulis  
 immemorialis præscriptionis, à sententia domini  
 Referentis (saluis tamè limitibus, vt supra, in pun-  
 cto deß Watenzugs attigi, quos & hic statuerem)  
 non recessero, idque per argumenta, ante me de-

ducta. Imprimis etiam moueor, quod hinc inde  
 ex actis probatoriis constat quod Claus Cramo,  
 post diuisionem cum fratribus, inceperit eam  
 controuersiam: id quod & ex 11. testium depoliti-  
 106 tionibus (2. 3. 4. 9. 10. 14. 16. 17. 19. 20. Appellato-  
 rum, & 6. Appellantis) aperte colligitur. Cum  
 verò ea diuisio facta sit circa annum 14. Deinde  
 transactio subsecuta, Anno 30. qua dispacientia  
 (dominorum scilicet deß Dobertnischen Sees)  
 notoria sit. In confesso enim est transactio, & si-  
 mul causa impulsua, licet eius effectus ex vna par-  
 te negetur. Suntque verba transactionis genera-  
 lia, non restricta ad vnam speciem piscationis. Se-  
 quitur: nõ actus quasi possessionis, sed turbatiuus  
 potius, multoque minus, tempus sufficiens ad præ-  
 scribendum interuenisse. Quibus accedit, quod  
 per solum vsus, in ÷ rebus alienis, præsumitur  
 mala fides, nisi aliquid probetur, ex quo bona fi-  
 des colligi possit, vt per Bart. in l. i. §. hoc interdicto, n.  
 12. de iur. & act. priuar.

Quod de iure Canonico attendendum foret;  
 vt notum est. Et posito, tempus ad præscriben-  
 dum sufficiens hoc casu extaret: perpenã tamen  
 tota materia probationis, eiusque circumstanti-  
 107 is, dubii adhuc sumus, an non actus isti piscatio-  
 nis mit dem Schmalzug potius iure familiaritatis,  
 & amicitie vicinalis, quam seruitutis, & facti &  
 tolerati fuerint. Licet enim ex quorundam te-  
 stium dictis, locatio deß Schmalzugs liqueat, &  
 inde præsumi possit actus seruitutis: tamen non  
 dum satis probatum puto, conductores in latere  
 cœnobii id ius libere, quamuis quidam Cramo-  
 num subditi, hoc dicant, exercuisse. Iterum enim  
 obstat, quod dicit Bart. in d. §. hoc interdicto, num. 12.  
 Quod videlicet debeat aliquid probari, propter  
 quod is motus fuerit ad credendum, sibi deberi  
 seruitutem. Solus enim vsus, quasi possessionem  
 nõ inducit, vt dictum. Nec ex simplici promissio-  
 ne, ÷ vel actu meræ facultatis, quantumcun-  
 108 que tempore, oritur aliquod ius, vel præscriptio, con-  
 tra permittentes, c. possessiones, 16. q. 1. gloss. in l. solent, in  
 fin. de offic. procons. Dd. in d. l. i. C. de seruit. & aqua. l. 1. §.  
 in l. quamuis, n. 28. de sum. l. qui iure familiaritatis, de  
 acq. poss. Sed & in dubio ÷ præsumitur vsus fami-  
 109 liaritatis, & non possessionis, vt probat Capoll. de  
 seruit. rust. præd. c. i. n. 26. circa fin. Quam præsumptio-  
 nem adiuuant quorundam testium dicta: qui  
 partim dicunt, Das Kloster hab durch die Finger  
 gesehen / seyen gefreundt gewesen: partim, an deß Klo-  
 sters Seiten habe gefischt / wer gewolt: partim, vor  
 Clausen sey es friedsam jugangen. Et sic ex simpli-  
 ci permissione, nõ verò iure seruitutis, id tole-  
 ratum: aliàs solus Cramon non præscripsisset ser-  
 uirutem deß Schmalzugs / contra cœnobium.  
 Accedit, quod conductio rusticozum (& quidem  
 solummodò Cramonenfium) aut est facta tem-  
 pore Hermanni, aut post eius mortem, & facta  
 diuisione; si ante, tunc non potuit, quia fuit pre-  
 carius possessor. Si post: iterum obstat dispacien-  
 tia, sicque deficit possessio iuris, siue actus seruitu-  
 tis. Inde in euentum præmissum, paribus, siue  
 B b iisdem

iusdem terminis & limitibus, vtrunque ius piscandi, der Waden vnd Schmalzugs/absolutè & liberè definirem, quia satis processum puto, secundum modum, vt per *Abb. in c. quia indicante, nu. 9. de praescript.* quem communiter sequuntur *Dd.* vt refert *Marant. c. 30. n. 6.* vt videlicet Iudex primo videat, 109 quis ¶ possideat, & quantum. Deinde videat circa proprietatem, & vnicuique assignet, q̄ suum est, & terminos figat: sicq; pronunciet, illos in futurum obseruando. De *Dresing* & *Werder* / quoad iurisdictionem Camerae, vt dominus Referens. Non enim sumus fundari, ratione *Dresing*. Inter cetera verò maximè, quia de coriuo, inter partes consistit litis pendencia. Sed quoad *Werder* / obstant ante me late deducta, & in primis, quod à partibus iura hinc inde asserta, non sufficienter discussa, nec Iudici satis notificata videri possunt; si tamen domini vellent etiam hoc loco extendere iurisdictionem, tunc, insistendo d. terminis, & actioni principaliter instituta, cui hic punctus videtur connexus, tanquam, non posse ex hisce actis & probatis Cramoni adimere ius des̄ gangen *Werders* / præcipue motus per dicta testium. Qui pro Cramone videntur multò validiora & verisimiliora deponere, quàm pro *Dobertin*: licet nonnulli magis affectatè, & quidem subditi, quàm bonis rationibus, in fauorem *Dobertin* / sua dicta accommodent: refero me ad depositiones, quæ planæ sunt, præsertim omnium testium Appellantis, excepto quinto. Quibus addunt octo vel plures testes Rotuli Appellatorum (2. 3. 8. 9. 10. 14. 18. 19.) Deinde attendere, quod nullus testium recordatur tempus, quo Cramones non possederint den *Werder* / vnd das̄ sie ihn allem nit beschluge hetten / vt ipsi loquuntur, per *l. fin. de acq. plu. arc. ibi. quibus verustas auctoritatem daret, quamuis non probaretur. & d. l. qui luminibus, de seru. urb. præd. ias. in d. l. quo minus. n. 4. vbi dicit, se solitum d. l. si. consulendo sapè formaliter* 110 allegare: sicq; verustatem ¶ possessionis attendere, dum de iure alterius non constat. Deinceps ex oculari inspectione (si termini ponantur) vel secundum transactionem. lit. A. quam faciuntur Appellati, vel ad *Dresing*, in vno latere, & in altero an der *Feldscheid* / liquebit, Cramonem melius fundatam argumentum eorum, quæ notantur per gloss. & *Dd.* in l. adeo, §. infulam, de acq. rer. dom. & in §. infulam, Inst. de rer. diuis. *Bart. in tr. de infula, §. communis sit eorum, n. 7.*

Sed in hoc fortè exquisitiore dimensione & inspectione opus foret, si causa strictè & rigorosè examinanda & determinanda esset. Nec forte timendum, partes sententiæ declarationem petituras; & licet fieret, tamen posset interloqui: *Es̄ man es bey der angefangenen Rechtsch̄nung / re. da aber die Parthenemander des̄ *Werders* nit erlassen wolten / vt hic fiat.* Expensas in omnem euentum compensarem, nisi in casu, quando solummodò super nullitate, cum reservatione causæ principalis, pronuncietur.

*Aliud votum D. E. in eadem causa.*

Constat, processum in priori instantia habitum, multis, quæ non sustineri queunt, laborare, vt per dominos Referentes ad longum est edoctum, quod non vult repetere. Ad quorum confirmationem illud quoque nota dignum putat, quod sententia à qua, notoriam & manifestam iniquitatem redoleat. Nam cum sententia ¶ limites libelli, & quæ in iudicium deducta sunt, non excedere debet, c. licet *Heli. de simon. c. cum super, de causa poss. ibi. l. d. c. qualiter, la. 2. de accus. l. vt fundus, commun. diuid. l. si. C. de fideicom. libert. Arch. cons. 396. Dd. §. curare, Inst. de action. Affl. decis. 364.* Quippe quod sententia se habet ad libellum, vt responsio ad interrogationem. Cum itaque quis extra interrogata, l. i. §. si quis simpliciter, de verb. oblig. Itali sententia non respondeat libello, nihil actū censetur, *Vant. quom. & quib. modis nullitas proponi possit, num. 108.*

At cum Dux Megapolitanus, ratione vis, qua monasterium in piscatione des̄ *Sees* / sibi illatae conquerebatur, à Cramone, tantummodò esset aditus, omni tamen iure im̄ *See* competente, & sic etiam eo von dem *Dorff See* / q̄ ipsi rei tribuit, & im̄ *Werder* sibi Cramon arrogat, Ducis sententia videtur exutum. Evidentem porro, ¶ & perspicuam iniquitatem & iniustitiam, sententiam nullam reddere, non leues sunt auctores, l. si pars post gloss. ibi. verb. inique, de inoffic. testament. ca. cum *Berthold. Innocent. ibi. de re iudicat. Felin. c. si quando, de offic. deleg. c. nouit. n. 5. de iudic. Felin. in c. inter cetera, columna penultima, persicul. amplius, in fin. de re iud. Vant. tit. de nullit. sent. ex des̄. sent. n. 127.* vt, acta prioris instantiæ nulla extare, eaque, quæ hic pducuntur, manca & imperfecta, omittamus. Quantū igitur ad causam appellationis, nullū videt diuerticulum, quo elabamur, quam super nullitate: nulliter scilicet processum & superflue appellatū. Et quo partibus, quantum fieri possit, gratificemur & consulamus, ex integro in Camera causam principalem aggrediendam: actis probatoriis in eum euentum illibatis reseruatis, pronunciemus. Quæ formula etiam Camerae vti solitam, in *Saylero* aduertendum, p. 242. ad fin. & 443. ad fin. & 485. vbi tales describuntur. *Myns. obs. 93. cent. 5. Gail. li. 1. præf. obs. 42. n. 7.*

Eruntne tam graues expensæ quasi frustra effectæ (tanquam Danaïdum dolium) adeo multi anni, veluti in ocio transacti: tanti denique labores, verè absq; fructu exantlati? (quod quidem perquam durum: sed ita lex scripta est. vt loquitur *Vlp. in l. prospexit, qui & à quibus*) verum tamen cum finis ¶ negotii alterius causæ fieri exordium non debeat, l. cum quis, in fin. C. de reb. cred. Imo nefas sit, ¶ litem surgere ex litis primæ materia, l. terminato. C. de fruct. & lit. expens.

Deinde non ¶ sint lites ex litibus serendæ, nec modus litium multiplicandus, leg. singularis, de except. rei iudic. Imò earum materia ¶ & fomes rescindenda, §. irem verborum, Inst. de inutil. stip. Bonique ¶ officio Iudicis incumbat, vt eas minuat, l. in summa, de aqua plu. arc. ca. 1. de ap. p. h.

pell. in 6. ac pro virili dirimat, l. quidam existimaverunt. si certum petat. d. §. item verborum. Item subditos laboribus, † molestiis expensarum leuet, cap. finem litibus, de dolo, c. vt litigantes, de off. ord. in 6. ca. de apell. in 6. Quippe cum litium † esse finem conueniat l. fin. pro suo l. 2. c. de re iudic. Eo omnes ingenii neruos merito intendemus: vt quandoquidem de meritis causæ, piscationem mit dem Wader vnd Schmalzug. Item die Bressnig vund Werder concernentis ( quæ absque appellationis puncto hic nunc in iudiciū deducuntur, ex actis affatum & cumulatim possimus instrui, sententia nostra decidamus ) Cur enim † ad arma & rixas procedere pariatuor prætor, quos potest iurisdictione sua componere l. equissimum. de vsufr. Et quidem præcipuum facescit negociam iurisdictione, vt putata, † cuius defectus sententiam nullam solet efficere l. 1. §. hac autem verba. quod quisque iur. l. 1. ibi Bart. de ped. iud. v. ant. tit. de nullitate ex defectu iurisd. n. 1. & seq. Schurf. conf. 79. n. 4. cent. 2. Wefemb. consil. 6. n. 203.

118 Cum iudicari † dici non possit ab eo, qui iudicandi ius non habuit l. 1. §. si. cum glos. verb. ius fuerit. ad sc. Tertul. l. 1. §. hac verbal. 2. §. fin. de pæn. Quem obicem vt amoueamus, & Camera iurisdictionem stabiliamus, Cramoni, in præcedenti instantia Reo, hic vero, in causa appellationis Actori, per modum & subsidium quodammodo reconuentionis, ad allegatum ius piscationis, vnd den Werder, hic agere constituemus. In quam nos sententiam, putem, posse inducere, quæ de clausularum salutarium. Ius & iustitiam administrari: Item omni meliori modo, &c. quæ Appellantis Actoris, Cramonis, libello insertæ reperiuntur, passim traduntur. Adeo enim clausula illæ latè patent, † vt earum virtute & beneficio, omne ius, omnis actio, omneq; remedium, ex narratis profuens (posito etiam, quod ineptè sint proposita) in specie intentatæ videntur. Anton. Caput. decis. 10. n. 22. Gabr. lib. 6. tit. de claus. concl. 4. n. 8. Mynsing. conf. 59. n. 15. & con. 17. n. 12. consil. 11. n. 39. Wef. consil. 3. n. 18. consil. 2. n. 2.

124 Gail. lib. 1. c. 61. n. 8. Adeo vt ius agendi † vel implicitè ex narratis posse colligi, ac in probationibus explicite deinde declarari (quod Cramonè egregie præstitisse, est aduertere) sufficiat. Auchar. con. 148. n. 6. Et posito, vt prædictis clausulis Cramonis libellus non foret munitus: illa nobis Theorica hic suffragaretur: Qua, † quoties ex actis Rei veritas eliqueat (vt hic planè videmus) Iudici, vt tam in iure, quam in facto suppleat, permittitur. c. dilecti. de iudic. glo. in l. 1. §. & pro. ibi Bald. vt quæ aduoc. part. Afflic. in c. 1. verb. sana mente. nu. 6. 7. de consuetud. rec. feud. Quibus accedat, quod quacunque tantum ratione † interpretari potest libellus, vt procedat, vt sustineatur, esse elaborandum: Bald. in l. Stella. n. 7. de his quib. vt indign. Gail. l. 1. c. 61. Etiam si verba forent prorlus impropria: Innoc. in cap. conuenerente. de offi. deleg. c. examinata. vbi Abb. nu. 6. de

127 iudic. Maxime, † quoties de causæ iustitia appareat, Mynsing. obseru. 5. cent. 4. vbi Camera ita obseruari testatur. Cum alioqui quemlibet A-

128 sum † in interpretatione iuuare conueniat: leg.

quoties. de rebus dubiis. Matthesil. sing. 64. nota pulchrum.

Non obstat, petitionem seu conclusionem libello subiectam appellationis ad solam causam pertinere, nec ad reconuentionem posse accommodari. Nam quanquam tota libelli vis † in conclusionem vel petitionem versetur, tanquam in cardine, & ex iis actio sit regulariter metienda: Lanfranc. c. quoniam contra c. 5. de probat. n. 6. Zas. §. omnium. n. 2. cum seqq. instit. de action. Nicol. Euerb. consil. 126. Menob. in præud. de recup. possess. n. 10. vt in causa Strassburg contra Strassburg / pluribus astruxit. Superiorum tamen clausularum salutarium subnixi adminiculis, potius ius partis ex actis resultans præ oculis habere, quam ad libelli petitionem superfluitiosam alligari debemus Innoc. d. c. examinata. Guid. Pap. consil. 49. n. 6. Quibus omnibus, cotonidis loco adiiciuntur, Camera † summi Principis consistorium esse, Gail. l. 1. c. 42. n. 3. Atq; idcirco rem † potius ipsam introspicere, quæ iuris scripti solennibus morose debere adhærescere, vt per Vant. tit. an qualibet sentent. nu. 8. & tit. quib. mod. sent. nulla reparatur. num. 22. Arius Pinell. Myns. & alii, vt supra.

Porro exclamabit hic aliquis, nos hic in secunda instantia, in appellationis nimirum causa versari, in qua † reconuentioni locum non esse receptum, Specul. tit. de reconuentione. §. nunc dicemus Bartol. in auth. & consequenter ibi Salic. de sentent. & interlocut. omni. iud. Guid. Pap. decis. 436. n. 102. & tract. de appell. n. 55. ad fi. Verum hoc dogma limitatione est temperandum, † nisi scilicet iurisdictionem partes prorogarint. Quo casu reconuentioni facultas Appellanti, originario Reo, qualis hic Cramon est, non denegabitur: Abb. c. ex literis. n. 3. versic. sed hoc non puro bene dictum. de mut. petit. Iason. Lanfranc. Balb. conclus. 115. cent. 2. Ex quo enim Iudex appellationis † succedit Iudici a quo, cum omnibus pertinentiis & qualitatibus: (Atque ita, sicut coram hoc, ita illo quoque, reconuentionio similiter queat proponi) debet succedere, vt sic nimirum subrogatum, naturam subrogati redoleat. Abb. d. n. 3. Nicol. Euerb. in loco, à vi subrogationis. nu. 12. Matthes. Afflic. decis. 155. n. 6. At iurisdictionem prorogatam, vel pro prorogata accipiendam, mihi planè persuaserim. Quippe cum tantum absit, quod Cramonibium ad proposita longè lateque per Cramonem in libello, aliisque iudicialibus actis hic deducta, super prædicto iure piscationis, in N. vnd des Werders / vnquam reclamauerit, vt in defensionibus, aliisque in processum deductis, ad ea responderit suumq; ratione huiusce piscationis & Werders / ipse ius asserere præterea conetur. Admissio deinde Cramone ad testium productionem, suæque intentionis probationem, in quo suis quoque partibus monasteriū vicissim non defuit. Atq; publicatis attestationibus, vtrinque pro more exceptum: & tandem in causa conclusum. Nulla vllibi per Monasterium alieni à Camera iurisdictione animi prodita significatione, Mynsing. cent. 1. c. 67. sub fm. vers. procedet etiam. An non

igitur hisce, & tam solennibus, adeoq; sæpe repetitis actib. iurisdictionem, hic vel tacite prorogatum saltem rectè iudicabimus, c. cum olim. per ibi not. cum glo. Abbas ibi n. 3. Felin. n. 1. cum additione marginali. de offi. delegat. l. sed etsi suscepit. de iud. Bartol. in l. si conuenerit. n. 2. vers. si vero alias exceptiones: vbi Alex. and. 1. as. Ripa & alii de iurisd. omni iudic. Marant. part. 4. dist. 12. n. 11. glo. in l. 2. verb. sciatur. ibi Bartol. si quis in ius vocat. Notant Canonist. in c. dilecti & c. significasti. de foro comp. late Bened. de Capra. in tract. de prorog. n. 73. præfertim cum tacitus consensus in iudiciis idè, quod expressus solet, operetur. Dd. in l. quæ dotis. vbi Iason. n. 77. in fin. solut. matr.

Nec obstat, de Ducis Megapolitani hic consensus non apparere: quippe cum ille in hoc genere prorogationis, non desideretur, d. c. significasti. ibi Felin. l. 1. 2. de iud. l. 1. §. & post operu. de oper. noui nunc. Bart. ibi col. fin. & Ias. n. 1. Capicinus decis. 19. n. 1. cum seqq. Gail. c. 40. nu. 1.

Et in hanc sententiam in causa Bilaty contra Bilaty / Referente N. fuit per Dominos discessum. Camera itaque iurisdictionem ex reconuentione per Cramonem, Reum originarium, aduersus monasterium ea, quæ superius deduxit, ratione instituta, putat fundatam. Antequam vero vltius progreditur, admonitum cupit, se ius der Dresnitæ / eodem, quo alias controuersas piscationis species, des Schmal vnd Wadenjugs scilicet, loco constituerat censere. Nec momentum habet, quod monasterium ad 6. Cramonis Appellantis contra defensioalem articulum, quod de Dresnitæ agitur, in responsionibus n. 34. 136 litem ratione der Dresnitæ / coram Landsfürsten pendere, nude respondendo, ꝑ quali excipiat, cum nihil de ipso doceatur: Quod tamen absque magno negotio fieri potuisset. Ad hoc non minus in puncto der Dresnitæ / quam aliis, in controuersiam hic vocatis articulis monasterium deinde processit, testibus etiam, instrumentisque, quibus ius in eo sibi asserit, productis, dissimulata planè in posterum, iam allegatæ litis pendentia, exceptione: Gail. lib. 1. c. 73. n. 4. vers. sed quid si Reus. & n. 5. 6. non absimili planè ratione, si Actor in causa possessorii, aduersus libellum Rei petitorium excipiat, protestetur, eiusque admissioni refragetur: His tamen neglectis, ad vltiora Iudex nihilominus progrediatur, processum etiã, quoad petitorium pro iusto & valido placuit habendum: Franc. Aretin. l. naturaliter. §. nihil commune. nu. 9. de acquir. possess. Felin. in c. inter Monasterium. n. 23. de re iud. Grauet. consil. 302. n. 6. & consil. 1. n. 236.

Ex eo autem, quod d. responsioni, & litis pendentia exceptioni, diseritè Cramon non reclamauit, eius tacitam confessionem, utpote in re, in qua tam magnum inde præiudicium ad eum pos sit redire, non rectè inferemus: Dyn. Cagnol. in l. qui tacet. de reg. iur.

Cæterum, an lis in reconuentione hic contestata? Et quanquam illa exacte, & iuxta præscriptam in ordinat. p. 3. c. 13. §. 4. & tit. 25. §. 5. formam hic minimè subsecuta: ad ea tamen, quæ per re-

conuentionis viam, Cramon, Actor, proposuerat ( quibus petitionis defectum suppleri, supra notatum ) per Monasterium fuit responsum. Quo litis contestatio, ex communi traditione conciliatur Dd. l. via ibi Bartol. n. 35. C. de litis contest. Marant. p. 6. de possid. & distinct. 10. nu. 5. ead. parte. de litis contest. Præterea monasterium transactionibus, & sententiæ, seu rei iudicatæ atq; ita exceptioni peremptorium obiectione, se tueri, conatum est: quo ipso lis pro contestata, ex recepto passim dogmate, est habenda: gloss. fin. in l. fin. Bal. n. 3. communem asserit. C. de litis contest.

Alienum quoque hoc locò non videtur, quod Marant. in Regno, vbi sublati s. iuris solennitatibus, solæ probationes solent respici ( vt & in Camera, supremo quodammodo iudicio ) receptū, superius perstrinximus litis contestationem ꝑ posse omitti, & actum, qui mediate eam sequitur, litis contestationis vicem obtinere, scriptum reliquit, part. 4. dist. 9. nu. 20. & part. 6. distinct. 10. nu. 2. Quo etiam fit, vt controuersia, ratione des Berders & Dresnitæ / post factam in causa appellationis litis contestationem ( quæ alioquin, cum puncto litigioso, nil habet commune, suo iudicio, nec ad eum queat porrigi ) in additionalibus, & contra defensioalibus, à Cramone demū mota, ipsum magnopere sollicitum non habeat, quippe cum ad ea, quæ controuersia illius intuitu, à Cramone deferuntur, per Monasterium etiam sit responsum. Eorumq; præterea respectu, ad actus, qui statim à litis contestatione solent explicari processum. Litem itaque pro contestata posse haberi. Id quod superioribus Dominorum votis, cæteris punctis per omnia subscribens, superaddere volui.

Saluo.

VOTVM XXVI.

In causa Q. H. contra D. O.

SVMARIA.

- 1 Circa causam hanc, quinque capita examinanda videntur.
- 2 Iuramenti remissio in testibus quare valeat.
- 3 Maritus rectè agit nomine vxoris, quoad bona dotalia & paraphernalia, etiam sine mandato vxoris, & sine cautione de rato.
- 4 Actio in hoc casu qualis intentata. & numero 5.
- 5 Mulier, quo iure potest recipere datum, & propter nuptias donationem exigere, & quando.
- 7 Maritus propriam vxorem flagellis aut fustibus cadens, pro huiusmodi iniuria, cogitur vxori tantum dare, quantum tertiam pars antenuptialis largit atis facit.

2 Actio