

armoram l. equissimum, de usufructu, & l. fin. de offic. proc. Cesar. Quod hic non existit. Quia supplicantis pater, & primarius Actor, elegit ordinariam iuris viam, & sic postpoluit viam facti, quod merito & filius faciet, & præsumentum est. Cum in omnem euentum securus esse possit, lata pro se sententia, tam quoad Baronatum ipsum, quam quoad fructus perceptos, dum nec dilapidationis periculum ex aduerso timendū. Sequestratio enim † est remedium extraordinarium & subsidiarium. Et quando iure ordinario prouideri potest, † non debet huic locus esse, Bald. l. vnica, nu. 2. C. de prohib. sequestr. Schurff. consil. 15. n. 6. cent. 3.

Cum itaque regulariter omnis sequestratio prohibita sit, † nisi in casibus in iure expressis & specificatis, vt per Ferrariens. in form. sequestr. Sed pro regula † pronuncianum, nisi proberetur contrarium. Sufficit enim, quem habere † regulam pro se, quæ debet attendi, quamuis aliqua sint fallentia in contrarium, vt in terminis, Schurff. d. conf. 15. n. 6. cent. 3.

Verum cum hoc negocium nulli casui earum fallentiarum accommodari possit, & primo loco obiecta pro mea sententia per iam enumerata diluta sint, puto Appellanti suam petitionem denegandam.

Et licet in casu, vbi constat quis possideat, alteri parti mandari potest, ne ad possessionem alterius accedat, vt per Bald. in d. l. vnica, n. 10. C. de ed. diuis. Adr. tollend. & in c. 1. n. 6. & 7. de sequestrat. Idque hoc casu ab Appellatis petitum sit; dubito tamen hic, & putarim quidem non opus esse tale mandatum impertiri: cum de prociñctu armorum, & imminenti tumultu nihil constet, nec præsumentum; quod Appellans contra Episcopum, tanquam a se ipsum dominum feudi; aliquid sit moliturus, per supra dicta. Consultius meliusque faceret Appellans, si hac petitione sequestrationis omiffa, postulare cautionem de bonis, pendente lite non minuendis, sicut † in petitione hereditatis decerni solet, l. Diuus. ibi gl. & Dd. de petit. hered. & in l. quod si in diem, eodem tit. Saluis votis dominorum melius sententium.

VOTVM XLI.

In causa Nobilium E. contra C. Abslung cines Pfandschillings beneficium treffendi.

SUMMARI A.

- 1 Pacta legis commissoria omnino propter detestabilem usurariam auaritiam creditorum sunt prohibita, imò nec iuramento, neque consuetudine confirmantur, vt n. 2. & 4.
- 3 Iuramenti vinculum, cum sit spirituale, non transit ad heredes.
- 5 Pacto legis commissoria pignori adiecto nunquam iuri reluendi pignus præscribitur.
- 6 Ignorantia iuris in casu legis commissoria bonam fidem ad præscribendum non inducit. Ratio quæ num. 7.

- 8 Mala fides defuncti in heredem & vniuersalem successorem transmittitur.
- 9 Præscriptio ex mala fide nullo vnquam tempore procedit. & n. 10. 11. 12.
- 13 Fructus tam percepti, quam percipiendi ex re pignoratata, computantur in sortem; imò fors per fructus perceptos attenuatur, ipsumque pignus liberatur.
- 14 Pactum de fructibus lucrandis ex re pignoratata, tanquam usurarius contractus non valet, nisi sumptus & expensæ custodiae æquivalent redditibus.
- 15 Oblatio à debitore verbalis sufficit.
- 16 Fraus præsumentur, quando pacta apposita claudicant.
- 17 Præsumentur malam habere fidem, qui contra iura mercatur.
- 18 Reus in hoc casu, quibus vtatur defensionibus, & n. 19. 20. 21. 27. 42. 43.
- 22 Deceptio vsque ad dimidium iusti precii in contractibus fieri potest. Fallit, si dolo emptoris venditor ad vendendam rem, quam alius non erat venditurus, esset inductus, n. 23.
- 24 Pactum l. commissoria ob interuentum iuramenti non firmari, quatenus procedat. & n. 25. 26.
- 28 Iuri offerendi licet regulariter præscribatur, hoc tamen fallit, vt n. 29. 31. 32.
- 30 Præscriptio immemoralis excluditur, vbi ex scriptura de initio contractus constat.
- 33 Mala fides vbi ex titulo iniusto & inualido resultat, merito cessat præscriptio; inue qua mala fide, & in quantum hoc procedat n. 34. 35. 36.
- 37 Mala fides indubitata, etiam regulariter tantum iudiciis & coniecturis probari potest.
- 38 Præscriptio male fidei ex ostensione tituli iniusti non sequitur: & tunc de iure Canonico procedit præscriptio longissimi temporis, 30. vel 40. annorum, & multo magis immemoralis, nu. 39. Ratio huius quæ n. 40.
- 41 Ad præscriptionem titulus putatiuus quoque sufficit.
- 44 Fructus à litis contestatione, quare adiudicandi.
- 45 Expensæ quare compensandæ, vt numer. 46. 47. 48. 49.
- 50 Antichresis legibus permiffa & non incognita est.
- 51 Leges propter fructuum incertitudinem patiuntur, vt creditor fructus pignoris habeat, tanquam periculi precium, quibus in omnem euentum, contentus esse debet.
- 52 Ratione incertitudinis, dubiis, euentus, lucri vel damni, multa permittantur, quæ alias non valerent.
- 53 Contractum interpretari in equiorem partem, tanquam celebratum bona mente, bono studio, & absque fraude, ad officium Iudicis pertinet.
- 54 Suspicionem sinistram in nostro casu cessare faciunt, quod eiusmodi contractus per totam Germaniam olim & hodie sint frequentati, à viris probis & laudatissima opinio, &c.
- 55 Pacta intermedia quare pacto l. commissoria non optulentur. & n. 56.

- 57 Pactum l. commissoria hic quare inutile.  
 58 Fructus quare hic in forem non computandi & nu.  
 59.60.61.63.64.66.67.68.  
 61 In pactis l. commissoria requiritur precii oblatio rea-  
 lis & effectualis, non verbalis. & n. 62.  
 65 Applicatio nostra antichristis qualis.

**I**urisdictio fundata, procuratoria iusta. Actum pignoratitia directa. Actor enim Reo iudicialiter oblato debito, scilicet 600. Goldgulden / mutuo à suis maioribus acceptis, petit restitutionem decimarum, pignoris loco prædicti mutui nomine, apud eundem existentium, vna cum expensis, damnis & interesse: Item, perceptis fructibus, à tempore oblato debiti. Planè hanc actionem dari contra creditorem, iuris est notissimi. Oblationem quoque iudicalem totius summæ, pro qua pignus obligatum, sufficere ad pignoratitiam, & non opus esse depositione & consignatione, recusante præsertim creditore Fab. §. actionū, n. 53. de act. Petr. lac. de pignor. act. direct. nu. 2. Tyraq. de retract. conuent. §. 4. gloss. 6. num. 21. præterea damna & interesse in hanc actionem venire, patet ex l. 2. l. creditor, l. final. C. de pignor. action. Requisita satis probata, per documenta in actis, & confessione partis. Ex his. n. constat, Actoris maioribus mutuo datos esse 600. florenos aureos, & occasione istius decimas petitas, pignoras, & traditas, eademque Reum etiam hodie possidere. Item, Reum, oblatione facta iudiciali, recusasse receptionem debiti.

Præterea auo Actoris à neptre Margaretha, Conradi Chters, per transactionem, omnes actiones ex hereditate Conradi, & ipsius patris N. cessas esse, ad conferuendam familiam: Sicque Actorè rectè agere, ex tenore transactionis, palam est. De cessione actionum, latè Porcius conclus. 43. lib. 3. Et sic intentio Actoris fundata.

An elisa?

Reus allegat, se & suos maiores, titulo emptionis, d. decimas ultra centum Annos possedisse: Ius redimendi ab initio intra quinque Annos quidem reseruatum, sed post tantum temporis curriculum, nullum ius Actori amplius competere: maxime cum venditor, tempore venditionis, fide & fideiusoribus datis, se omnia rata habiturum, nec vnquam contrauenturum. Et hoc probare vult iisdem documentis, quibus Actor suam intentionem fundat, nempe per Rauff vnd Reuersbrieff.

Verum tritè examinatis istis duobus documentis, facile videre est, emptionis & venditionis contractum principaliter non fuisse celebratum, sed mutuo datis 600. gfl. decimas obligatas, & traditas, loco pignoris. Tali pacto in continenti prohibito adiecto nisi prædicti mutuo dati 600. gfl. intra tempus quinquennii, vel quinto Anno, decimæ oppignorata: à mutuantie diuendita: non fuerint, quod tunc, &c. Sed hæc pacta, quæ spectant ad acquisitionem dominii rei pignorata:, legis Commissoria: pacta appellata, planè prohi-

bita & inualida esse, siue directis verbis fiant, vt Neguz. part. 4. vel obliquis, propter detestabilem vlturiam avaritiam creditorum, tex. us in l. 1. & fin. c. 1. de feud. dat. in vic. leg. Commiss. Couarru. variar. resol. lib. 3. c. 2. Tyraquel de retract. conuent. ad fin. tit. 120. Elegantissime omnium Gabr. in tract. de pignor. C. de pact. leg. Commiss. Imò nec iuramentum obstat, & licet sit seruandum, non petra relaxatione, ab eo qui iurauit, non autem ab hærede: Cum vinculum illud iuramenti & Spirituale, non transeat ad hæredes, Tyraq. dict. loco. Franc. Marc. decis. 488. n. 2. parte 2. Nec consuetudine & confirmatur, arg. ca. vlt. de 4 consuetud. Bald. l. 2. C. qua sit long. consuet. Licet alias aliquid in dubio tribuat consuetudini, ad excusationem conuentionum. Decius consi. 170.

Præterea tali pacto pignori adiecto, & nunquam præscribitur iuri relucendi pignus, licet alias ex multorum sententia, quæ tamen in Camera non est recepta, iuri relucendi præscribi possit, Balb. in tract. de prescript. 4. part. 5. part. princip. vers. 2. quæro. n. 6. Bald. in c. 1. n. 5. de feud. dat. in vic. leg. commiss.

Iuris quoque ignorantia & hoc casu bonam fidem ad præscribendum non inducit. Cum, quoad iuris effectus, & error iuris resistentis, prout nostro casu, ob grauissimam culpam, qua errans afficitur, potius malam, quam bonam fidem producat: dum non adhibet quis eam diligentiam, quam adhibere teneatur in inquirendis legibus, quæ ad illius actus, quæ gerit, iustitiam pertinent, argumento l. legis sacratissima. C. de ll. Couarru. in c. possessor mala fidei de reg. iur. in c. secunda partis relect. §. 7. n. 7. & variar. resol. l. 1. c. 3. n. 8. Henning. consil. 1. de rescript. pign. est vltimum consil. n. 37. 38.

Planè malam fidem defuncti & in hæredem, & vniuersalè successorem transmitti, l. cum heres de diuers. & temp. rescript. l. fi. C. commun. de vsu cap. c. diligent. de prescript. Idque hoc casu sine dubio, cum penes successorè documenta semper fuerint: ex quibus scire potuit, se ab initio nullo valido titulo dominium decimare habere. Præscriptione & ex mala fide nullo vnquam tempore pcedere c. si. c. vigilant. de prescript. Et vt inquit Couarru. d. 2. part. relect. §. 8. n. 4. Nulla ratio, quæ veræ rationis nomine digna sit, & adduci poterit vnquam, vt ex ea permiffum cuiquam sit, rem alienam sibi tempore acquirere, si malitiam & culpam in eius possessione habuerit. Concludit Couarru. certè & firmiter, & præscriptio etiam cuiuscunque temporis, nullam habere vim: Licet præsumptio malæ fidei tollatur spacio triginta Annorum: si tamen probatū sit, possessionem verè malam fidem habuisse, nullam vitium istud remittitur à possessione: Grauert. de antiq. temp. 4. part. verb. absolutus. nu. 59. 60. vbi dicit: si producat titulus, & qui a pareat viciolus & inualidus, non pdesse præscriptio: cuius nō extat memoria. & vers. materia ista n. 20. Sequitur ex præmissis per prætensum tū vltimè emptionis, item pmissionem bona fidei, loco iuramenti factam, nec non longissimam possessionem & præscriptionem immemorabilem, inentionem Actoris non elisam.

Simi-

Similiter non releuat, quod Reus pratendit, tempore venditionis, decimas pluris, quam 600. fl. vendi non potuisse, sicque iustum precium interuenisse. Et licet de eo constaret, tamen creditorem cogi posse, soluto debito, pignus dimittere *Couarr. variar. resol. lib. 3. c. 2. n. 8. in fin.*

Ne dicam, quod omnino verisimile non sit, tam exiguo precio tunc temporis tantum emi potuisse. Et quod ex sententia *Molines, & Mudat*, pactum, ut res pignori tradita, si in tempore debito non solvatur, iusto precio empta sit, quoque inualidum esse, *n. 360. de vsur. hic, nu. 36. de pact. l. Commiss.*

Insuper quas adducuntur de euictione: Item, quod decimas tanquam feudum possideat: & sic alia, quæ à Reo adducta sunt, nihil quoque releuant, prout ex productis, clarè relucet, ex quibus omnia ad nauseam liquent.

13 Quod ad fructus, licet iuris sit, ¶ tam perceptos, quam percipiendos, ex re pignoratâ computari in sortem: quin imò ipso iure per fructus perceptos attenuari sortem, ipsumque pignus liberari *l. 1. & 2. Codic. de pign. action. l. 1. Cod. de distr. pig. cap. 1. 2. cap. conquestus. de vsur.* Neque valere de fructibus

14 lucrandis, ¶ tanquam vsurarium, nisi sumptus & expensæ custodiæ æquivalent redditibus, *Canonist. in d. locis. latè Henning in dict. consil. nu. 26. vsque ad num. 53.*

Tamen hoc nostro casu, cum ab Actore tantum fructus petantur à die oblatis libelli, & secundum consuetudinè Germaniæ, secundum quam hic in Camera iudicatum intelligit, receptum sit, interueniente pacto, de lucrandis fructibus pignoris: maximè, ubi Castra & ciuitates pignoratæ sunt, eosdem cedere creditori, *Guid. decis. 432. n. 14.* putat, à die cæptæ litis & oblationis debiti, iudicialiter, Reum ad restitutionem fructuum perceptorum teneri. Et sic non elisam intentionè Actoris, & Reum condemnandum ad petitionem Actoris. De expensis dubitat: putat tamen condemnandum: quia maiores Rei expressè contra ius contraxisse constat, eundem nunc restitutionem decimarum iniuste denegasse Actori.

*Aliud, in eadem causa.*

D. Bq. In processu nihil desiderat. Actum pignoratitia directâ: *Oldend. classe 3. ubi videantur requisita. Verbalis ¶ sufficit oblatio. Neguz. 2. part. Chassan. consil. 33. n. 21. Ruin. conf. 70.*

*An probata?*

Narrat requisita ex Rosredo, & quædam satis probata esse autumat. Non esse venditionem putat, nec perpetuam antichresin contractam, *Molin. q. 35. n. 62. de vsur.* Putat, obligationem veram antichresin interuenisse, ut distinguit *Molin. dict. loco. n. 62.* Cui pacto vicioso accessit & aliud, æque illicitum scilicet, Legis commissoriæ: Sicque in d. contractu plures nullitates commissæ sunt, *Guid. consil. 71.* Et quamuis propter adiectum pactum intermedium, de vendendo iusto precio, res non careat scrupulo, maximè si debitor acquiuisset: Tamen quia tria illa substantialia forma-

lis pacti l. commissoriæ, (vt *Molin. d. loco. q. 52. n. 365.*) hic concurrunt: quæ sunt, vt *Molin. ibid.* Non potest se non ad Actoris partes conuertere: præsertim vero propter mutuum, super quo contractus est initus, *Molin. ibi. nu. 367. 376.* Sed fortius videtur corroborare Actoris sententiam ex literis reuersalibus eadem die confectis, vt quia ibi clarius patet, quendam Kilianum inhiasse his decimis.

Nec obstat, quod d. Hauptbrieff/promissio, facta, de vendendo creditori, præ cæteris iusto precio. Quia huic pacto alia duo extrema, vel contractus adiecti sunt in continenti, eodèque contextu, & sic vnus post alium, vnde etiam dicuntur corespectiui, ita, quod vnus non sit factus sine alio, *Grauet. consil. 98. Molin. q. 60. n. 407.* Ex quo consequitur quod pactum intermedium, de iusto precio, magis in prætextum & simulatè sit, propositum, sapiatque naturam pacti in continenti subsequenti, hoc est, commissi pro debito: & quod sine eo, contractus, vel pactum præcedens sit nullum. Emptor. n. nisi dubitasset fraudem detegi, statim præteritis. 4. Annis, decimas sibi emptas pro suo mutuo sibi haberi voluisset, idque verbis apertis expressisset. Apponi etiam fecit intermediam & præambulâ illam clausulam, *ea præsumitur spe & intentione*, quod emptores alii tã citò inueniri non possint. Quod idem tamen pactum in continenti omissum in reuersali, & aliter ibi cum filiis actum. Item, quod in feudum aperuit, habet similiter suspicionem fraudis, adiectis varietatibus pactorum, *Grauet. consil. 1. 6. nu. 11. part. 1.* Imo timor reuisionis ex eo apparet, cui spe certi patrocini voluit consulere. Nec probatum, nec allegatum, quod in quinto Anno decimæ expositæ fuerint venales. Nec repperit aliquis, qui plus obtulerit. Vnde iterum simulatio, & fraus, vel ad minus, creditorem ipsū impedimento fuisse præsumitur, ex paruitate illa precii, cum pacto de vendendo, sibi, præ aliis. Certo etiam termino præfixo ad hoc finali: *Afflict. c. 1. n. 60.* Item fraus præsumitur, ¶ quando pacta apposita claudicant: *Afflict. n. 25.* Sequi igitur, mietam esse pignorationem, & conditionè illam adiectam nunquam ita purificatam, quod in venditionem transiisset. Ideo & proprietates & possessio (extra ius tamen vtendi, fruendi) penes debitorem pignoratitiam, & eius hæredes semper fuisse, *Berous consil. 20. 2. vol. 1. Vasq. lib. 2. de success. cre. §. 15. n. 71. Wesemb. consil. 15. n. 28.* concludit, Actionem probatam.

*An elisa?*

Qui contra iura mercatur, ¶ præsumitur habere malam fidem. Reus vtitur defensione. Primò, ¶ luitionem pignoris per quinque Annos tantum referuatam. Ea autem non facta, nec distracto pignore, venditionem realiter subsecutâ, & perfectam. Hic cardinem versari, vt per Aduocatum Actoris hoc discussum, vt etiam ex prædictis patet.

Secundò, ¶ precium iustum interuenisse, tem

pore contractus: quæ releuans esset, si esset probata, quia tunc cessaret ratio. Quare prohibitum est pactum legis Commissoriae, videlicet, omnis deceptio praesumpta: Et hoc casu fieret aestimatio per iudices, *Cepoll. cauetel. 247.* Vrger autem Reus hoc potissimum, quod in quinto conuento Echter plus consequi non potuerit: quod tamen minime probatum est, vt *supra dictum.*

20 Deinde allegatur in conclusionibus, quod bona immobilia olim duabus ferè tertiis partibus minoris fuerint precii, quam nunc. Item, quod non habeant ista decimæ 30. plaustra vini, vt Aetor præterdit, sed multò minorem, & quidem pro temporum varietate, incertum, ac solummodo, *Füderlin/ non Fuder.* Sed etsi de his aliquid probari posset, nec primum pariat verisimilitudinem, vt patet: Tamen non solum admodum difficilis foret probatio, & quidem in specie, tam quoad valorem, quam quoad fructus, temporis antiquissimi, qui in primis incerti, an in tanta quantitate tunc fuerint, vel non, sed etiam ad cultum communem, nullus videtur habitus respectus, ad hanc summam, maximè cum illud ob moram præmissi secundi pacti, sicque ratione commissi, & per extorsionem, neutiquam verò loco iusti precii, vel intentione legitima appositum censeatur: alias in vltimo isto pacto, controuersa verba ista intermedia, ibi, *nach gleichem/ r.* iterum repetita, vel similia apposita tuissent. Imò in reuersali, d. pactum omninò ommissum est: & ratione precii, relatio tantum facta ad primum instrumentum vt eo magis præcipitentur debitores, sicque ad longe aliū finem, quam nunc præterditur, quem pacta etiam præ se ferunt, omnia tendant. Præterea neutiquam apud me verisimile est, quod etiam solum *Füderlin/ & non Fuder* reperiantur: Tanta copia, vel minor etiam quantitas vini olim non plus, quam 30. aureis (quod est legitimū interesse de hoc mutuo) valuerit. Nec releuat, 22 quod lætio fieri possit, quod vsque ad dimidiam iusti precii, per l. 2. *C. de resind. vend.* Quia hoc fallit, si dolo emptoris venditor esset inductus, ad vendendam rem, quam alias non erat venditurus, vt in proposito apparet: Tunc enim non tenet contractus, ex quo dolus causam dedit contractui: *Afflic. d. c. 1. n. 49. versic. secundo fallit. de feud. dat. in vi. facit Vafqui. lib. 3. de success. creat. §. 28. limit. 22. nu. 29. Molin. q. 35. n. 266. & q. 14. n. 170.*

De iuramento appposito, & nobilium fide adducta, nihil opus est vterius refutare. Nam quamuis sit communis opinio, quod licet per interuentum iuramentum, non firmetur pactum l. Commissoriae (cuius tamen contrarium, & ferè æquè communem, defendit *Vafqui. dict. loco, dict. §. 28. limit. 47.*) Iuramentumque seruandū sit, donec vel remittatur à Creditore, vel detur absolutio ab Episcopo: secundum eandem communem opinionem, vt *ibidem Vafqui.* Tamen illud quod in iurante procedit, & non in eius hæredibus, vt *supra ex Francif. Mar. & Wesemb. allegatum, & Vafq. dict. loco nu. 49. dicit:* quod ipsa Respubl. se huic iuramen-

to opponere, quod vel Iudex ex officio id facere possit, & quod tale iuramentum, hæredem & successorem minime ad periurium obliget, etiam si contractus is à iuramenti adiectione vires acceperit, tradit *Couarruu. c. requisuisti. n. 2. versic. tertio ex his. de testibus.*

Obseruandum etiam, quod non interuenit iuramentum solenne, de quo Dd. loquuntur, sed tantum promissio, loco iuramenti, quod minus quidpiam videtur, quam alterum, præsertim vbi de periurio & absolutione agitur.

Item, quod præscriptum esse vltrememorialiter: vbi non curetur titulus, nec bona fides: Respondetur. Quod licet regulariter iuri offerendi præscribatur, secundum multorum sententiam, à qua etiam plurimi dissentiant, vt *Porc. lib. 3. conclus. 32.* Fallit tamen hoc, primo, quod in iure offerendi, consistit in mera facultate, vt nostro casu, *Port. i. bid. limit. 1. versic. tenendo primam. Balb. Neguz. Wesemb. consil. 2. nu. 45. part. 1. Gal. obseru. 18. num. 4. lib. 2. Mysf. obseru. 16. cent. 1.* Imò quod actioni pignoratitiae, & iuri luendi vel offerendi pecuniam debitam, nec per mille Annos præscribatur: quoniam non existit talis actio, priusquam debitor luat, per *Dd. vt Wesemb. d. loco n. 48.* Hinc non opus fuit aliqua speciali reservatione in perpetuum: quia id ex natura pignoratitii contractus, sine tali pacto semper fieri possit, vt *supra dictum:* de quo in Replis. §. *Das verfehrt Berous consil. 205. vol. 1.*

Item, quod præscriptio, quod immemorialis excludatur, vbi ex scriptura de initio contractus constat, *Wesemb. d. loco. consil. 14. nu. 25. & 26. Grauit. part. 4. nu. 40. Balb. 2. p. tert. part. princip. q. 6. n. 25.*

Secundò fallit quod in contractu pignoris vsuario, *Port. d. loco, post 3. limit. at. versic. tenendo. Tyraq. §. 1. gl. 2. n. 33. Chasf. consil. 11. n. 40.*

Tertiò fallit, quod si contractus alio modo esset illicitus & reprobatus, vt si in pignore esset pactum legis commissoriae: quia tunc odio creditoris, nullo tempore præscribitur, *Balb. 4. part. 5. part. principi n. 4. Neguz. in 1. part. tert. membr. 5. part. principi n. 53. Tyraq. d. loco. n. 34. 38.* Quia igitur ex tali titulo iniustus & inualido resultat mala fides, merito cessat præscriptio, *Dd. c. peruenit. de casibus. Chasfan. con. 11. n. 29.* Et hoc procedit in mala fide, quæ certa, vera, & indubitata (qualis ex obligatione, quam Reus & maiores sui semper habuerunt, apparet) quo casu iure Canonico (quod etiam in foro ciuili seruatur) illa nocet hæredi, quod non solum in præscriptione 30. Annorum, à seipso quoque inchoata, licet secus sit in ficta vel præsumpta mala fide, *Vafqui lib. 2. controuers. c. 37. n. 9. 14. 18.* Sed etiam in præscriptione temporis immemorialis, *Vafq. 8. n. 36. n. 10.* Et quamuis d. n. 10. se non videre dicat, quomodo mala fides indubitata probari possit, nisi per confessionem. Tamen regulariter quod tantum indicis & coniecturis probatur, *l. pen. Cod. de euict.* Item, n. 1. Quod ex ostensione tituli iniusti non sequitur præscriptio malæ fidei: & tunc de iure Canonico quod procedat præscriptio longissimi temporis, 30 vel 40. Annorum, & multò magis immemorialis.

memorialis. Quia ex longiori domini toleranti-  
 50 tia, et ea res nobis quasi concessa videtur: Sicque  
 ea voluntas domini nobis accedens, fugat no-  
 stram malam fidem præsumptam, eamque pur-  
 gat. Ex quibus inferit n. 15. minimè admittendam  
 opinionem *Grauetta part. 4. verb. absolutis nu. 60. &*  
*vers. materia ista. n. 30.* vbi vult, propter titulum et-  
 iam iniustum, infici præscriptionem immemoria-  
 lem. Tamen hoc casu nostro, vbi ex pignora-  
 tione nullus plane titulus allegari, nec ex pacto l.  
 Commissoria, tanquam inutili & inualido, idem  
 dominium vel possessio transferri, vt *supra dictum*,  
 & consequenter nec descriptio, ob defectum  
 bonæ fidei, tanquam in re clara, & vbi non est lo-  
 cus coniecturis, vnquam procedere potuit. *Vas-*  
*qui* sententiam periculosa putat, & aliam sequi  
 vult. Quod in tali præscriptione impedit etiam  
 dubietas lupina, *Vasq. cap. 77.* alias titulus putati-  
 41 uus, et sufficit ad præscriptionem. *Natta consil. 638.*  
*num. 58. tom. 3.* Loqui *Vasqui* in casu, vbi non est cer-  
 ta mala fides, nec præsumpta.

42 Quintò, et opponitur alienatio. Quod non re-  
 leuat, quia sine consensu facta alienatio, *Wesemb.*  
*dict. consil. 2. num. 93. colum. 2. part. 1. Chafsan. d. consil. 33.*  
*num. 9. 13.*

43 Sextò, et Actorem non esse heredem Conra-  
 di. Sed ex deductis & probatis de hoc non esse  
 ambigendum. Insuper etiam Actor offert vl-  
 riorum probzationem.

Concludit, Actionem non elisam, & iuxta li-  
 bellum pronunciandum.

Quoad fructus, non obstat, vt *Berous consil. 205.*  
*vol. 1.* Quia hic longe aliter se habet, cum sit vsu-  
 fructuarius, qui habet talem, donec desinat. *Chaf-*

44 *san. d. consil. 11.* Sed fructus et a litis contestatione ad-  
 iudicaret: quia non facta depositio.

Quoad fructus præteritos, quia petiti non sunt,  
 non in super pronunciandum, *Berous. d. consil. 205. n.*  
*1. Molin. q. 35. n. 260. C. str. l. 1. de pign.*

45 Expensas compensandas: Primò, et propter an-  
 46 tiquitatem temporis. Secundo, et propter adie-  
 ctum pactum intermedium, de iusto precio re-  
 uendendo, & possibile, quod inter contrahentes

47 postea aliud sit actum. Tertiò, et quod facile erra-  
 ri potuit, tam in iure, quam in facto, præsertim è

48 tot successoribus. Quartò, et quod non fa-  
 cile præsumenda mala fides, vt per *supra dicta ex*

49 *Vasqui*. Quintò, et quod non est in mora, aut ma-  
 la fide, qui non restituit petenti, priusquam pro-  
 bat, se heredem esse, *Barrol. in l. si quis depos.*

*Aliud, in eadem causa.*

In processu nihil video desiderari. Sunt & me-  
 rita cause à Dominis Referentibus satis examina-  
 ta: Inde Actoris intentionem fundatam, à Reo  
 nostro non elisam, & ego sentio.

Ex literis obligationis à Reo productis, collig-  
 o originem conuentionis fuisse super contractu  
 mutui, interueniente pignore, ita, vt creditor pi-  
 gnus non solum teneat, sed & propriè, vt vsufructu-  
 50 arius possideat, eo que vtatur fruatur, quo ma-  
 ior utilitas pignoris sit: Idque non ex natura pi-

gnoris, sed speciali conuentione ex pacto, bona  
 fide inter contrahentes inito. Hæc antichresis et 50  
 legibus permiffa & non irrita ea conuentio, d. l.  
*legata supellectile. S. fin. de supell. leg.* vbi IC. meminit  
 pignoris, qd in vsu creditoris est, voluntate debi-  
 toris. *l. si is qui. S. 2. de pignorib. l. si pecuniam. de pignorat.*  
*actio.* vbi talis conuentio dicitur antichresis, &  
 nihilominus datur pignoratitia actio, soluto de-  
 bito. Idque tanto magis, si intra modum legitimi-  
 mæ vsuræ consistat, qui modus in præfenti causa  
 ex actis non satis liquet. Imò patiuntur leges, et 51  
 propter incertitudinè fructuum, vt creditor eos  
 habeat, tanquam periculi precium, quibus in o-  
 mnem euentum, contentus esse debet. Ideoque  
 ob hoc placita rescindi non possunt, inquit tex-  
 tus *l. si ea lege C. de vsur.* Et in simili, est textus *in l. si*  
*ea pacione eod. tit.* quibus iuribus probatur, multa  
 permitti, et ratione incertitudinis, dubique e- 52  
 uentus, lucri vel damni: quæ alias non valerent,  
 vt per *Tyraq. plurima ad hoc allegantem, vt in l. si vn-*  
*quam. C. de reuoc. donat. verb. donatione largitur. n. 131.*  
*& de retr. act. conuent. ad fin. tituli. n. 135.*

Et faciant hoc nostro casu qualitates perso-  
 narum, nobilium & coniunctarum, fœnerari  
 minimè solitarum, nec non aliæ circumstantiæ  
 contractus, vt non præsumam, vel iudicem, a-  
 ctum contrahentium fuisse vsurarium. Pertinet  
 enim ad officium Iudicis, et contractum interpre- 53  
 tari in æquiorè partè tanquam celebratum bo-  
 na mente, bono studio, & absque fraude, præfer-  
 tim vsurarum, *Tyraqu. late, de retr. act. conuent. ad fi-*  
*nem tituli. n. 128.* Facitque cessare sinistram suspi-  
 cionem, et qd eiusmodi contractus per totà Ger- 54  
 maniam, olim & hodie sint frequentati, à viris pro-  
 bis & laudatissimæ opinionis, etiam maximi no-  
 minis, qui se labe vsuratum non videntur pollue-  
 re. *Tyraq. d. loco n. 132.*

Ei conuentioni nostro casu annexum est &  
 pactum legis Commissoria, iure prohibitum,  
 directis verbis, vt ante me satis ostensum. Cum  
 pacto l. Commissoria, pacta intermedia non opi-  
 tulari puro. Primum enim et (vt habent literæ o- 55  
 bligatoriæ) vel est superfluum, vel ob limitationè  
 temporis, iniquum & nullum. Alium tolerabi-  
 le et quia in effectu habet, vt Anno quinto post 56  
 contractum, pignoris fiat distractio, & iusto precio  
 creditori vendatur, secundum specificum casum  
*l. 1. C. de pact. pignor.* Sed ob non existentiam condi-  
 tionis, & lapsum tanti temporis, inutile, & nulli-  
 us effectus. Sicque iam sumus in meris terminis  
 conuentionis antichresis, quam quidem vali-  
 dam, sed pactum legis Commissoria inutile esse  
 existimo. Eo enim et pacto Reus ex literis reuer- 57  
 salibus tantò minus seiuuare potest, qd idipsum  
 condictionem habet, quæ conditio nunquam ex-  
 titit, videlicet, daß creditor zuvor die Auffündung  
 gethar/ vnd debitor mit Erlegung der sechshundert  
 Goldgülden seumig worden sem soll. Reliqua pun-  
 cta, An sit præscriptum iure luendi pignus, & de-  
 uolutum sit ius ad Actorem: Item, quatenus  
 dicta pacta viciant, vel viciantur: etiam satis

dilcussa à Domino Referente: quibus acquiesco.

Ad fructus quod attinet, satis deductum est, secundum naturam Actionis institutz, eos in sortem computandos. Et singulariter in hoc contractu antichristeos, ex doctrina *Molin. refert Gail. obseru. 3. lib. 2.* In perpetua antichristi, fructuum rationem exigi posse.

Mea tamen sententia id in hac facti specie locum non habet. Primò: quia bona fide, sincero animo, & licite à partibus contractum, nec subest firma psumptio fraudis vsuraria: per *supra dicta.*

Deinde, quod, sicut rerum Domini fructus acquirunt: Ita & ii, qui dominorum loco habentur: vt sunt fructuarius, l. 4. de vsu fruct. *Lin venditione de bon. aueb. iud. possid. & tor. tit. de vsu fruct.*

Accedit, quod hæc antichristis non multum distet ab emptione, sub pacto redimendi. Et licet hæc non nihil differant: Tamen quoad commodum fructuum, nihil distant, *Molin. d. loco n. 268.*

Sed in eiusmodi pactis quod requiritur precii oblatio, realis & effectualis, non verbalis, & fallax cum consignatione & depositione, pro lucro fructuum, prout *Tyraquel. in multis locis retractus conuentionalis*, diuersis occasionibus eius rei facit mentionem, & varie discutit. Tandem verò dicta Doctorum ad concordiam reducendo, dicit, opus esse consignatione & depositione, quod ad lucrandos fructus

perceptos, post ipsam consignationem & ita proprie loqui, qui dicunt, consignationem esse necessariam, alias autem ea non opus esse, in §. 4. glo. 6. n. 4. *Idem repetit ibid. ad si. tit. 84. circa medium.*

Quintò: quod Essetque contra æquitatem, retinere vsum pecuniæ, & simul recipere fructus rei petita: idque pugnaret cum bona fide, quæ in hac partium conuentione & actione proposita spectatur, arg. l. *Tullianus §. ex vendito. de act. empt.*

Sextò: quod Nec dicendum, hunc contractum ob creditoris quæsum & emolumentum magis, quàm iuuandi debitoris causa in initum, si exordium obligationis inspicitur, imò non perpetua, sed temporalis antichristis ostenditur, si subsequenter pacta prioribus iungantur: Et sic vtrique casui hæc antichristis nostra applicari potest in eum effectum,

vt fructus sint creditoris, secundum opinionem *Molinæ, relata à Gail. dict. loco.* Debet enim hæc casibus inspicere, an contractus dicatur reprobatus ob id, quod pactum est appositum, non dulcedine vsurarum, sed in gratiam debitoris. per late allegata *Tyraquel. d. lo. ad fin. tit. n. 134.*

Septimò: quod In specie vero, quod tali casu, ante realem solutionem, vel depositionem & consignationem fructuum non sit habenda ratio, videtur in iure satis clarum esse, nempe per tex. in l. si à te. C. de pact. inter empt. & vend. & in l. si. de leg. commiss. facit textus in l. si pecuniam. de pignor. act. vbi text. dicit: Si pecuniam debitor soluerit, recuperabit antichristin. Ea confirmat authoritas glo. in l. 2. verb. oblatio. C. de pact. inter empt. & vend.

Octauò: Mouet quod me etiam, quod adiudicatio fructuum tali casu magni foret præiudicii, quod

vix sine scandalo, inter præcipuos status Imperii contingere posset, quod nouerunt rerum periti (non solum amitteret sortem, sed & insuper magnam summam restituere teneretur.)

Nono: quod Denique præiudicia quædam id suadent, vt puta in causa der Herrschafft Kreusenach / contra Graff Weirichen von Falckenstein. Quo casu ante litis exordium fuit depositus der Pfandschilling / & eius documentum simul cum libello productum, & in conclusione libelli adiudicatio fructuum petita: Tamen postea, An. 49. 11. Decembris, in sententia nulla est facta mentio fructuum, sed præteriti sunt. Similiter fuit per maiora conclusum, in causa Bülaw contra Bülaw / das Dorff Radum belangend. 22. April. An. 78.

Hinc concludo, fructuum in sententia non faciendam mentionem, sed Reum ab ea petitione tacite absolendum.

In expensas Reum condemnarem, non obstante præcedente meo concluso: diuersi enim vtriusque possunt esse respectus. Fructuum quidem, quod Actor ex sua parte omisit faciendum, depositionem videlicet & consignationem debiti, & sic sua culpa fructus non consequitur. Sed expensarum, quod Reus, malè suscipiendo litem non dedit locum luitioni pignoris: Tamen & eas compensari ex causis probabilibus posse puto.

*Saluis Dominorum votis.*

D. L. Cum Referentibus: Compensatis expensis.

D. Q. Cum Dn. Referentibus: Sibi tamen videtur satis dubium, & mouetur per sententiam & opinionem Dd. qui volunt non sufficere verbalem, sed reali opus esse: *Bartol. & Anchoran. in locis supra allegatis*, inclinatur tamen ad partes Referentium.

D. Bq. Iterum mouet ex suo voto, quod in casu adiudicationis fructuum, à tempore oblationis, putarit fortè habendam rationem retentæ pecuniæ, & sic vsuras posse per Reum retineri ad modum legitimæ vsuræ,

Sed Referens noluit attendere, propter culpam & moram ipsius creditoris, qui noluit oblatam recipere, sed negauit totam restitutionem decimarum, & luitionem pignoris, nec voluit propria culpa recipere pecuniam, & sic nemini, nisi sibi ipsi imputet, si damnum inde sensisse videtur.

*Sententia.*

In Sachen weyland N. jekt dessen Erben in actis benannt / Kläger eins / wider auch weyland Thomas / jekt Hans Jörgen von B. beklagten andern Theils / ist allem fürbringen nach zu Recht erkannt / das gedachter Beklagter / der begerten Widerlösung stat: zuthun vñ den angezogenen verfesten Weinzehenden zu Eberstatt / sampt allen desselbe ein vñ Zugehörungen / auch davon auffgehabenen Nuzungen / von Zeit an gerichtlich angebottenen Pfandschillings vñ Hauptsumma / ihnen den Klägern würcklich wider umb zuquantworten / vñnd zuzustellen schuldig sey / Als wir ihñ darzu condemnieren vñnd verdammen. Compensatis expensis.