

tam abiisse. Sed vt huic satisfaceret, actor tertio respondit ad d. articu. 12. Octobris: Sed planè iisdem verbis, & ad eundem modum, quo supra, respondit. Et quandoquidem, primum præscriptum tempus in interlocutoria aliter expressum non fit, Rei procurator petit d. *Wescheid für purificiert anzunehmen*: fecerunt Iudices, vt habet sententia 14. Ianuarii An. 77. Quæritur, An benè vel malè pronunciatum? Et relictis ambagibus, quandoquidem à d. interlocutoria 18. Ianuarii non est appellatum, apparet, eam transiisse in rem iudicata: adeoq; sententia à qua, quæ se fundat in ea, tanquam in re iudicata, non potest videri iniusta. Sed dicat quis, illi interlocutoria, de qua hæc facit mentionem, per tertias datas responsiones satisfactum esse, adeoq; Iudices debuisse tertio datis responsionibus acquiescere? Sanè, quoad ultimo loco datas responsiones ad 6. & 9. defensionales, hoc esset admittendum: similiter ad 16. Ad 16. verò, vsque ad 22. minimè. Quia non iuxta præscriptam formam per interlocutoriam, singulariter singularis responsum, sed coniunctim, vna eademque verborum conceptione, quod ipsum à se factum esse, Syndicus ciuitatis in libello actionis factum esse, non negat: quin excusat, quasi non fuerit necesse, §. *so seynd der 16. 16.* Cum tamen, hoc vt faceret, iniunctum sibi esset, & ordinatio ipsa, † *part. 3. tit. 15. §. sum andern / requirat, vnd auff ein jeden in derheit zuantworten.* Planè eadem ordinatio, eodem loco, simplicem, sine appendice requirit responsionem: quod hic in tertis responsionibus non est obseruatum: nam simpliciter responsum dicitur, † *si fit sine plica. Gail. obs. 82. lib. 1.*

Sic dicat, distinctionem non esse pro appendice sumendam; admittit: sed nec in his responsionibus ea opus fuit: quia supra dicti articuli distincti, & non captiose positi fuerunt, ideo ea distinctione opus non fuit, cum articulatum fuit de ciuica qualitate, quasi illi *Nachstewer* præstiterint, & præstare teneantur: Syndicus verò ciuitatis semper respondit: seruilis conditionis & qualitatis homines, *Nachstewer* dedisse, cum tamen de illis nullum sit dubium. Sed responsiones ideo comparatæ sunt, vt per eas aduersarius ab onere probandi leuetur: Ergo distinctè, clare, purè respondere debuisset. *Gail. d. loco n. 5.* Iam ad d. interlocutoriam 18. Ianuarii in duobus articulis nullatenus responsum, & sic bene iudicatum.

Nec refert, quod iam dicatur, illas responsiones, culpa actuarii, Iudici non esse exhibitas: quia, vt ut sit, Iudex culpari non potest.

Ad additionales, nullas extare responsiones dicit Referens: Cum ergo id taliter inuentum sit, nec dicit, interlocutoria satisfactum, & parti ius quæsitum videatur, bene iudicatum, male appellatum pronunciare putat. Quandoquidem verò Iudex † maximè in hac re circûspectus esse debet, ne pars præiudiciali aliqua responsione grauetur, & sola veritate inspecta, existimat, sufficienter ad omnes articulos esse responsum. Quia de quibus credat, d. *Nachstewer* esse solutam, clare satis Syn-

dicus ciuitatis respondit, adeoq; interlocutoria lata satisfactum est.

Cum verò dicit, duobus additionalibus vltimus non inueniatur responsum, id non ex contumacia partis, *wie angegeben wirdt / sed culpa Notarii* accidit, vt ipse Notarius fol. 104. fatetur, Ergò parti nocere non debet. Magnum enim esset præiudicium, & enormissima læsio, si ob hoc d. artic. pro confessatis haberi deberent.

Accedit, quod secundæ responsiones, ad hos duos defensionales sufficientes sunt.

Concludit igitur: Male iudicatum, benè appellatum, & priorem sententiam reformandam, & datas responsiones pro sufficientibus acceptandas: *Expensis Compensatis, & vult causam hic referuare.*

D. P. Correferens, concludit cum Domino Referente: quia absq; præiudicio aliter vix responderi potuit. Et sic per omnia, vt Referens.

D. Bq. Nullam contumaciam in respondendo in actis reperit, quia sufficienter responsum: nec vider, quomodo salua veritate, aliter responderi potuerit. Maximè vltimo loco sententiæ 18. Ianuarii An. 74. & eius comminationi satisfactum, & purgata est prætensa contumacia sententiæ, à qua non opus fuisse putat, iterum & vltimò transmittere responsiones: quia satis responsum, & magis cauillationes prætendi, quam contumaciæ: nec semper singulari responsione opus, † cum vna possit sufficere articulis cumulatiuis, vt in causa *Stralen* contra *Messen* / 17. Martii Anno 65. Licet aliter obseruatum in causa *Starbheim* contra *Dieß* / in puncto defensionalium, 12. April. Anno 59. *Asinius in praxi, c. 21. n. 3.* Concludit, vt Dominus Referens.

Reliqui Dn. pariter: Sed in hanc sententiam ego & D. Gl. dictos Dominos permouimus: contrarium enim senserant.

V O T V M L V I.

In causa Nobilium N. contra N.

S V M M A R I A.

- 1 Pro nullitatis initio asseuerando mouensur in hoc casu, & nu. 8. 9. 10. 15. 19. 21. 24. 25. 26. 31. 33. 35. 36. 37. 38. 40. 41. 43. 44. 45.
- 2 Committi potest causa, etiam ad vnius partis instantiam, examinanda & decidenda.
- 3 Commissio in hac causa, ex duabus causis occasionem & substantiam sortitur, & n. 4.
- 4 Qualitatibus personarum, quarum industria singulariter ad actum aliquem electa exquisita est, deficientibus & resiliens quibusdam ab incepto, tum actus reclamantibus quorum interest, per alios valde perfici non potest.
- 5 Principi inuito non præstatur seruitium per substitutum.
- 6 Persone industria & habitas in dubio videtur electa. Item, quando agitur de arduo negotio, vel res est magni ponderis. n. 8. Item, quando in deputatione, siue electione earum personarum, in eaq; accordatio ne partium, nulla fit mentio facultatis substituendi subde-

- subdelegandi & prorogandi de persona in personam, &c. numer. 9.
- 11 Re adhuc integra, pœnitere licet.
 - 12 Preparatoria non faciunt rem desinere esse integram.
 - 13 Ex causis postea emergentibus variare licet.
 - 14 In contractibus quibusdam nominatis, & in contractu Mandati pœnitere licet.
 - 16 Scheidung qualiter debeat fieri, & nu. 17. & 18.
 - 20 Surrogatum si debet habere qualitates surrogati, etiam necesse foret de hisce qualitatibus constare, vt surrogatio habeat effectum.
 - 22 Quicquid agunt homines, intentio indicat illos.
 - 23 Intentio in omnib. ab animo dependentibus, magis attenditur, quam factum.
 - 25 Familia heriscunda actionis siue iudicij natura & proprietas est, vt non velo leuato, de plano, siue iuris ordine omisso expediatur.
 - 26 In causarum, que de plano iuris ordine omisso expediuntur, processibus & discussionibus, requiruntur terminorum nonnullorum præcipuorum obseruatio.
 - 27 Litis contestatio est de substantia iudicij & processus, etiam in possessoris iudiciis.
 - 28 Probationes quando omitti possunt, & quando non.
 - 29 Probationes sunt iuris diuini.
 - 30 Causa cognitio pertinet ad iudicij solemnitatem, & ea omissa, sententia ipso iure est nulla.
 - 32 Ordinatio Camera siue constitutio Imperij, & stylus iudiciorum exigunt litem contestationem.
 - 33 Heremoditium non potest contrahi, vt contra Reum contumacem ad sententiam definitiuam in causa principali procedatur, nisi litem fuerit contestata.
 - 34 Litem iure constitutionis, siue ordinationis Camera, in contumaciam rei absentis pro contestata habetur, per interlucutorios.
 - 39 Reus ob solam contumaciam, auctore non probante, causa cadere non debet.
 - 40 Nullitates in Consistorijs Principum commissa, quando in Camera non attendantur.
 - 42 Litem indigna & enormis presumitur ex inæqualitate quotarum.
 - 46 Supplicantiem narratis ab initio litem creditur, excipendi potestate cuius salua manente.
 - 47 Dux, tanquam magistratus imploratus, committere aliquibus potest, vt in eo statu causam assumant, in quo à deputatis partium hinc inde relinquuntur, eamque ad finem deducant. Ratio eius. numero 48.
 - 49 Appellatione interposita, iudex à quo, instante appellato, in causa sine vitio attentatorum & nullitatis procedere potest, donec ipsi inhibeatur.
 - 50 Litem in Camera pro contestata habetur, si celebratur actus, qui post litem contestationem celebrari solet.
 - 51 In confessum non sunt alie partes iudicis, quam condemnatio.
 - 52 Probationes non sunt de substantiali ordine processus, sed de iustitia, sine illis enim sententia valet.
 - 53 Probationes iudicij arbitrarie sunt illisque fidem adhibere potest, vel non.

Quod per Commissarios Iulienses, rectè & valide processum sit, & ea acta nullitatis vicio careant, multis rationibus & argumentis per Dominum Referentem ostensum est: quæ omnia breuitatis studio hoc loco repetiisse volo.

E diuerso verò, pro asseuerando nullitatis vicio, sequentia moueri possunt.

Primo: † Licet non dubitem, Principem Iuliam censentem, ordinariam habere iurisdictionem, in personis & rebus, de quibus agimus. Præsupposito etiam, quod ad instantiam vnius partis, causas examinandas & decidendas committere possit: In nostra tamen hac hypothese, delegatio Principis Iulie nonnihil præbet, quæ Processum Commissariorum vellicare videtur. Commissio enim, cum qua nobis res est, 5. Nouemb. An. 74. edita, ex duabus causis, vt asseritur, occasionem & substantiam sortita est. Primo, videlicet ex alia quadam præcedente Commissione, ad quam verbo quidem fit relatio. Sed si, ut ea in rerum natura non apparet: ita nec de eius contentis limitibus, & qualitatibus liquet. Secundo, † ex quibusdam actis, coram Deputatis partium habitis, quæ dictione, Verfolg/inscribuntur. Hæc licet in vim probationis, prius adducta sit, tamen de ea in alia forma non constat, nisi tanquam de compatis, & ab ipsismet partibus, in proprium vsum conscriptis, siquæ non in forma probante, & authentica, sed tanquam assertio partis, ad acta relata. Prout & altera pars ea acta inuicem inficiatur, testante articulo 1. nullitatis ibi. *Das sie solche angefangene Theilung/ deren mein gnediger Herr (Aetor scilicet.) ihnc doch nicht gestendigke. Item, in conclusionibus duodecimo Aprilis Anni octuagesimiprimi, hic productis, in veris. In sonderheit kan auch Anwaldre.*

Illud verò, quod scilicet ex capite producentium, acta der Verfolg/sint extracta, non obscure tam stylus & dispositio eius, quam ipsa verba, perspicue innuunt ac testantur.

Ex litera quidem deprehenditur ibi ausi derò Theilung Protocoll von Wort zu Wort abgeschrieben/anzunehmen /ic. folio actorum 47. Item ibi. als haben siere. Diese der angefangene Theilung gehalten actus, zu Bekrefftigung der Commission vnynd beschehener Bewilligung extrahieren/vnd zu Begläutbung alles verschriben/vnder ihrer Edel Leibengeneit Namen außgehen lassen: Sicque non allegator, multò minus constat dictum Verfolg/ex authentico scripto vel transumptum, vel mutuatum.

Deinde posito, quod d. Verfolg/careat omni dubitatione, sed plenam fidem habeat: Cum tamen ex eius designatione pateat, de consentu agnatorum, tractandum fuisse super diuisione fienda per quasdam personas, quarum industria singulariter ad hoc electa & exquisita fuit Desistentibus itaque hisce qualitatibus, † & resiliens quibusdam ab incepto, tunc actus reclamantibus, quorum interest, per alios perfici valide non potuit, leg. inter artifices. ibi Dd. de solut. l. 1. C. de caduc. tollend. cap. fin. de offic. del. Specul. tit. de Salariis. §. fin. nu. 8.

- 6 Inde fit, quod Principi inuito nō præstetur seruitium per substitutum *l. si quis ex corpore. C. de murtilegulis lib. 11. Bald. in cap. mutus. n. 3. Episcop. vel Abbat. de 7 vsib. feud.* Et in dubio videtur electa habitas & in dultria personæ, *l. si fideicommissa. §. fin. ibi Bartol. de leg. 3.* præsertim quando subest certa causa, & euidentis motiua ad electionem certæ personæ, vt nōstro casu est persona desß Statthalterß / tanquam primarii seruitoris, siue officialis, ipsius eligentis, *Ioannis de Merode.*
- 8 Item, † quando agitur de arduo negotio, vel res est magni ponderis, quod hoc loco nemo negabit: *arg. l. 1. de offic. præf. Prætor. Episc. Jul. Clar. in fi. ibi. nam tantæ causæ pendens, non nisi. & c. Cod. de summa Trinit. & fide Cæhol.*
- 9 Accedit tertio, † quod in deputatione, siue electione carum personarum, inque ea accordatione partium (vt acta ostendunt) nulla fit mentio facultatis substituendi, subdelegandi, & prorogandi de persona in personam, quæ vel alterutri parti, vel deputatis personis permilla fuerit. Strictè ergo ea conuentio accipienda est.
- 10 Quarto: habetis consensus der Berfolg / non tantum expressam conditionem & reseruatione pertinentiarum & præseruatiuarum trium Arciū principalium, & diuisionis iustæ, sed etiam tacitas conditiones, vt scilicet pacta eatenus intelligantur quatenus res permanent in eodem statu, & nisi impedimentū, siue causa impedimenti emergat, vnde pactorum restrictio merito attendi debeat. Cum itaque diuisio non instituta fuerit, iuxta mentē paciscentium, & saluis præseruatiuis, iuribusque deren dreyen Höß / siue trium Castrorū, quo ipso Actor se tanquam habentem ius primogenituræ, enormiter læsum conuenitur: Et ex ea causa non tam ipse Actor, quam deputatus à principio, & quasi præludio diuisionis deflexerint, legis permillu id factum reputatur. Tunc. n. res adhuc integra esse intelligitur, quo casu penitere licet, *glo. Bartol. Alex. & alii in l. si pecuniam. de cond. ob. caus. & communiter Dd. in l. scut. C. de act. & oblig. l. 12. de contractu. C. de resind. vend.* Præparatoria enim † non faciunt rem desinere esse integram, textus & *glo. in d. l. si pecuniam. de cond. ob. caus.*
- 13 Sic etiam ex causis † postea emergentibus variare licet; Exemplum ponit Din. in facta electione. in c. quod semel. num. vi. de reg. iur. in 6. Pariter & in
- 14 contractu Mandati, † & aliis quibusdam nominatis contractibus pœnitere licet, *Dd. in l. scut. C. de action. & oblig. glos. & Bart. in d. l. si pecuniam. n. 9.* facit textus in *l. diuisionis placitum, nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem nulli prodesse poterit. ff. de pactis.*
- 15 Quinto: † Assertus assensus & conuentio, vigore der Berfolg agit de visione in genere secundum modum & conditiones ibidem expressas, vt
- 16 videlicet die Scheidung † geschehe billicher vnd
- 17 auffrichtiger weise: Item † mit Vorbehalt jedes præ-
- 18 rogatiu. Itē † wie sichs nach Rechts vñ Reichs Ordnung / auch nach Lands Gewonheit ergen vnd gebühren will. /c. Sed libellus coram Commissariis
- exhibitus, recedit ab illis terminis, & intendit ad iudicationem soli Bernhardo à Merode, dimidiā partem, omnium bonorum diuidendorū, seposita effectuali præseruatiua primarii Castrri Merode, soli primogenito, vt asseritur, competente, in quo nunquam consensum: Imò conuentioni & consensui partium, ex diametro contrarium id esse asseritur.
- Sexto: † videtur per deputationem partium, vt 19 habet Berfolg / recessum esse à primis Commissariis, per idque extinctam commissionem primam (si quæ fuit, quod illiquidum est) vix itaque fieri potest, vt id, quod omnino extinctum & alia via ac modo inchoatum est, denuo ad alios continuari, & prorogari: vel vt hisce prioribus Commissariis surrogatio fieri potuerit. Imò si surrogatum † 20 debet habere qualitates surrogati *l. si. §. qui iniuriarum. Si quis caution. l. 1. de rei vxor. action.* Etiam necesse foret, de hisce qualitatibus constare, vt surrogatio effectum habeat. Sicut verò ea deputatio der Berfolg / fuit mere voluntaria, à solo consensu partium (vel reuocabiliter, vel sub dictis conditionibus) dependens: Ita & secunda commissio, de An. 74. quæ potius in locum der Berfolg successit eodem modo & via, & secundum easdem qualitates, in alios reicienda, ab eisq; expedienda fuerat.
- Septimò: † Constat autem ex omnibus actis 21 Actor noster, Iohann, de Merode, nunquam consensit in processum Commissariorū, sed appellando, protestando, reclamando, omnibus ferè terminis se opposuit, in quem finem & generalem suum Procuratorem, Hochkirchium, ad acta, cum exhibitione Mandati generalis semper misit, ad inspiciendū, quo ordine, valide, vel minus procedatur: interdum productorum copias petendo, &c. Adeoque, vt hic regula locum habeat: Quicquid arguūt homines, † intentio iudicis 22 los *l. 1. ibi gl. & Dd. C. ad l. Cornel. de Sicar.* Item, in omnibus, † ab animo dependentibus, magis attenditur intentio, quam factum. *leg. etiam. §. 1. vbi Bald. & Alex. soluto matrimon. l. 1. §. Diuus. de Sicar.*
- Octauò: † vt intelligatur qualitas processus 23 coram Commissariis, ad rem facit consideratio actionis ibidem institutæ. Nuncupatim verò familiaræ herciscundæ iudicium institutum esse, acta prohibent, idque ostendit Recessus producti libelli, fol. 6. actorum, & inscriptio eiusdem fol. 14. Idque negatum ab Actoribus primis, nullibi reperitur.
- Nonò: † Sed eius actionis, siue iudicii natura 24 & proprietates est, vt non velo leuato, de plano, siue iuris ordine omisso, quin potius ordinaria iuris tela expediatur, prout per sufficientem enumerationem modorū, quibus causæ summarie dicantur, colligit & probat Marant. *parr. 4. distinct. 9. a n. 2. cum plurib. seqq.* Ex quarum caularum positione sufficienter intectur ad exclusionem aliarum, *vulgatis iuribus.* In quarum tamen numero actio hæc dicta non reperitur.
- Decimò: † Attamen in eiusmodi processibus, 25 & causæ discussionibus, requiritur terminatio in

nonnullorum obseruatio præcipuorum, vt puta, litis contestationis, probationis, & similibus. De litis contestatione vix est, † quod dubitet, quin sit de substantia iudicii & processus etiam in possessoriis iudiciis: Communem opinionem dicit Salic. in l. fin. C. qui leg. per son. ostend. in iud. hab. vel non. sequuntur Alexand. & Dec. vt per Vant. tit. de nullit. ex defect. process. num. 28. Probationes, licet non dicantur à quibusdam esse de substantia processus: Tamen non facile omitti debent, præsertim in causis arduis, & magni ponderis. Id enim † tunc demum procedere dicitur, quando potest esse præsumptio, quod sententia lata sit ex iusta & vera causa: Secus vero, quando ex actis diuersum colligi potest: magis communem opinionem dicit Imol. Alexand. & Dec. vt refert Vant. dict. loco, num. 39. Sunt enim † probationes iuris diuini, cap. no. uit. de iudic. Marant part. 4. dist. 9. num. 10. Sic causæ cognitio † pertinet ad iudicii solemnitatem, & ea omissa, sententia ipso iure est nulla. Vant. dict. loco. num. 30.

30 Vndecimo: † quod vero nostro casu lis non contestata, nec pro contestata in contumaciam acceptata, non potest ambigi, cum & acta id testentur, & nemo partium inficias eat. Nec obscurum est, quid Ordinatio Cameræ, † siue Constitutio Imperii, & stylus Iudiciorum, hoc loco præscribat & exigat: & iuri communi non aduersatur.

31 Duodecimo: † Eremodicium non potest dici contractum, ita vt contra Reum contumacem ad sententiæ definitiuam in causa principali processum recte sit: id enim iure communi non licet, nisi lis sit contestata. Antequam enim id fiat, ad immissionem quidem, vel alias pœnas, iudicis arbitrio proceditur leg. properandum. §. fin autem Reus. ibi Dd. C. de iudic. l. consentaneum. Cod. quom. & quando Iudex. l. post edictum. de iudic. Mynsing obseruat. 66. cent.

32 Licet autem de iure constitutionis, † siue ordinationis Cameræ, in contumaciam rei absentis lis habeatur pro contestata, per interlocutoriam, & perinde sit, ac si reuera lis contestata esset, §. Vbi a. ber. Rittger. tit. 43. part. 3. arg. leg. 2. Codic. vbi in rem act. Et glossa in a. ubi quis semel. Cod. quom. & quand. Iudex. Cum tamen id non esse factum, perspicuum sit, tanto minus heremodicium contractum esse dici potest.

33 Tredecimo: † probationes in causa principali, & pro liquidatione metitorum, non esse rite receptas, ex actis colligitur, & non obscure Rei in suis duplicis id fatentur, fol. 23. vbi scribunt, quod velint iam in Camera probare contenta articulo. rum defensionalium, quarti videlicet, vsque ad 26. in clusiu: Quod videlicet Dominus Bernhardus in einer Heilsscheid vnnnd Richolden / zu einem dritten Theil einer Heilsscheid / dann Iohanni vnnnd Annæ zween dritte Theil von einer Heilsscheid gebürt vñ zustenden vnnnd jeder Theil / bis zu dieser Rechtfertigung die Güter pro diuuiso also ingehabt. Et quod in diuisione facta Anno 1462. Iohanni, vel eius lineæ, non assignata sit proprietates bonorum, & re-

rum, der Herrlichkeit Merode, vnnnd insonderheit zu Chrs. also das die andern zween Brüder allein Renten vnnnd Gälten haben solten: Aber von den zugehörigen Erb güttern keinen Theil. Imo nemo partium diffitetur, summarie, de plano, & leuato velo processum esse. Non enim hæc in parte aliud contendunt Rei, quam vt defendant, summarium eum processum.

Decimo quarto: † Et licet ea defensio solummodo & principali: er nitatur consuetudine Ducatus Iuliacensis: Cum tamen ea non sit probata, parum conuenit, hic præsumere de facto, vel disputare, an talis consuetudo iure subsistat, & sic à processibus executionis liceat ordiri. Vt taceam, à nonnullis asseri, talem consuetudinem in terra Iuliacensi non extare: id quod aliquo modo ex actis coniiicitur.

Decimo quinto: † quodque Reorum intentio primo non fuerit, coram Commissariis leuato velo volitare, diuidendo, procedendo, vigore allegatæ consuetudinis; innuit ipsa commissio, quæ non habet clausulam summarii processus. Cui concordant & subsequentes citationes. Item forma libelli, Iudicii familiaræ herciscundæ; testante inscriptione eiudem libelli, folio 6. & folio 15. Actorum, & aliarum circumstantiarum: præsertim consensus ex Berfolg folio nonagesimo, ibi, sich (scilicet Deputati) darinn der Ordnung Rechtens / vnnnd aller billigkeit gemein zuhalten / vnnnd sonst kein Gefährlichkeit darüber zu gebrauchen Item, folio nonagesimo primo. In dieser Theilung des gemeinen Rechts vñ Reichs Ordnung vñ der vorrhen wöllen haben, salua prærogatiua. Sic & fol. 93.

Decimo sexto: † Et quantumuis in puncto competentia; post interpositam appellationem, Iudici, siue Commissariis inhiberetur non sit: quia tamen iam agitur de nullitate, vel validitate processus: Ideo parum refert, si inhiberetur, vel omisum: Iudex nihilominus, si vult in contumaciam progredi, euitare nullitatis vitia tenetur. Imo etiam appellatio insinuata est inferiori; qui merito dispoitionem. §. penult. tit. 29. part. 2. ordinat. attendere potuisset, vel rite procedere. Ob solam enim contumaciam † Reus, Actore non probante, causa cadere non debet. d. l. properandum. §. fin autem Reus. C. de iudic. Gall. lib. 1. obs. 60. n. 6.

Decimo septimo: † non obscuri iuris & obseruantia; est, nullitates commissas in consistoriis Principum, tunc demum non attendi in Camera, quando causæ merita adeo bene sunt tractata & liquidata, vt de iure partium euidenter cõster, per plura, quæ allegat Mynsing. obs. 27. cent. 1. singularitet facit, quod notat Gall. obs. 52. num. 6. 7. vbi agit de consuetudine inferioris Germaniæ.

Decimo octauo: † Allegatur etiam ad nullitatis exaggeratione, læsio indigna & † enormis quæ præsumi potest ex inæqualitate quotarum, quæ in libello proponitur, & ex actis deprehendi potest. Sic & priuatio prærogatiuæ Castri principalis, contra allegatam consuetudinem Ducatus, & patet de Berfolg. de quibus supra.

43 Decimo nono: Similiter iuris est, si nullitates processus non sunt attendendæ, sed eis non obstantibus in principali decernendum venit: Tunc id inter alia præcipue propter sufficientem instructionem meritorum, ex actis fieri solet. Sed ut iam ostensum, sufficiens instructio causæ inæqualitatis quotarum, & adjudicationis totius Castri Ehts/ contra ius prærogatiuæ, ex actis non deprehenditur: Ad iudicatio enim eius Castri, sine libello, ad eandem assertionem & petitionem patris, ex præsentia Bersolq/perfunctorie facta est. Quia 23. Februarii petitur adiudicatio, 9. Martii fertur sententia: non longe post, fit immissio. Deinde demum proceditur probationibus, ratione iurisdictionis in Ehts/ & aliorum iurium.

44 Vigesimo: Litera dictæ Bersolq/ continet, cõsensum esse in diuisionem der theilbarn Güter. An vero Castrum Ehts/ quoad iurisdictionem, & alia iura, præter Gültten vnd Rentten talia sint, non satis discussum, sed semper negatum est per D. Ioann. si actis credimus, de quo etiam hodie ambigitur.

45 Vigesimo primo: Nullitas hoc nostro casu, quæ incidenter cum appellatione inducta videtur, propter desertionem appellationis, ex dispositione iuris communis, vlu fori, & stylo saluati ita haud poterit, quin postmodum etiam principaliter agitari valeat, vt per Vant. sit. quot & quibus modis nullitas propo. post. num. 38. Gail. obs. 135. num. 4. lib. 1. Myns. obs. 77. & obs. 63. cent. 4.

Hicse & aliis rationibus commonefactus, licet dubius & anceps siam, an pro saluando priore processu, vel vt partes sua iura propter obscuritatem meritorum, & processus informitatem, iterum & melius deducant, pronuntiandum putem, magis tamen in alteram partem, tãquam tutiorem, salua pace Dominorum, inclinarem. Idque quam maxime ob hoc, quod ipsi met litigantes in eo cõsentiunt. Actor enim petit de integro causam plene examinari: Rei vero in effectu idem postulant, & sese ad hoc offerunt in suis duplicis, fol. 23. cuius verba supra, num. 13. retuli. Et hæc via & partibus & Iudici, imò & causæ expeditior & utilior erit, sicque vtriq; partium in effectu mos geritur, & petitio ipsorum satisfita. Concludo, ex consilio D. Gailii in obseru. 42. num. 6. 7. & seqq. lib. 1. Pronunciandum nulliter processum. Causam hic referuandã, Saluo iure & iurisdictione Iuliacensis. *Compensatis expensis.*

Vorum aliud, in eadem causa.

Votum D. G. Submissum super admissione libelli nullitatis. Videndum ergo, an in libello adductæ nullitates releuent: Et si quæ ex ipsis sint releuantes, an probatæ sint, vel, an quædam vltiori probatione indigeant: Sicque ad probandum, saluo iure impertinentium, & non admittendorum, sunt admittendi? Et quidem nullitates, quæ per Ducem, in commissione, commissæ dicuntur, quod ad nuda narrata supplicantiũ eam Dux decreuerit, & quod in commissione expresserit, ordinarie in causa procedendum, commissionem po-

stea mutari diuisim & coniunctim causam committendo, cum antea coniunctim solum fuisset commissã, nil sua sententia releuant: Creditur enim ab initio litis, supplicantium narratis, excipien- 46 di potestate cuiusuis salua manente. Et cum semel omnibus placuisset, vt per acta coram deputatis habita, probatum Duci fuit diuisionem fieri debere, & deputati vnanimi consensu ab ipsis, in diuisionis negotio iam per triennium occupati fuerint. Ioannis autem deputatus, vltius progredi detrectaret, absque vicio certe nullitatis, ¶ Dux, 47 tanquam magistratus, imploratus committere aliquibus potuit, vt in eo statu causam assomant, in quo à deputatis partium hinc inde relicta fuit, eaque ad finem deducant. Inrelligitur enim ¶ secun- 48 dum formam iuris, Magistratum quoque commissioes, modo prædicto (vt celerius causa expediat) mutando, nulliter minime agere: idque apud omnes expeditum putat.

Porro, quæ circa processum dicuntur commissæ nullitates, quod sine causæ cognitione, & figura iudicii, reoque ad libellum sufficienter respondendo, non requisito, spacio vnus horæ peracta omnia, & sententia lata sit, immissoque postea, paucis diebus subsecuta fuerit: Ex relatione longe se aliter habere apparet.

Citatus namque ad causam est Reus 9. Decembr. Anno 74. Exhibitus libellus summarius 14. Decemb. Anno eodem. Exceptiones fori declinatoriæ exhibitæ 12. Ianuarii, Anno 75. Illisque non obstantibus, per decretum eadem die iniunctum, vt respondeatur libello. Et licet appellatum ab eo decreto ad Cameram, tamen appellatio ibi deserta pronunciata est, Anno 77. 30. April. Sicque inhibitione in Camera non emanata, acta coram deputatis habita (subscripta per Annam, & omnes deputatos, excepto Iohannis deputato 6. Februarii Anno 74.) loco probationis, adhibita fuerunt coram deputatis, 26. Ianuarii, Anno 75. Eodemque die Procuratoribus iniunctum, vt se legiment.

Octauo Febr. Reus denuo citatus est, & noua commissio Commissariis exhibita. Item, exhibitum Mandatum in meliori forma, à Reo, cuius datum 1. Aprilis, Anno 72. fol. 66. 23. Februarii, Actorum Procuratore acculante contumaciam Rei petitum ab eodem est, vt procedatur ad diuisionem, & Bernharo adiudicetur loco prærogatiuæ, Ehts (prout aliis factum) idque iuxta consuetudinem Ducatus Iuliac, & quod auius suus, in eodem, ante inuestitus fuit.

Deinde nono Martii, denuo petente procuratore Actoris, ex causis ante dictis, Bernharo, loco prærogatiuæ Ehts gegen der andern prærogatiu. & procuratore Rei nihil in contrarium agente, sed semper appellationi inhærente, & protestante, per sententiam assignatur Bernharo Ehts/ loco prærogatiuæ: Saluo iure cuiuscunque: simulque in duas partes æqualiter per Deputatos, bonis quibusdam diuisis, separatimque in scriptis redactis, & iidem Commissariis exhibitis, desuper sta: um,

statum, per puerum fors mittitur, iussu Commissariorum.

Eodem die, Procurator Actorum petit diem ad diuidendum reliqua bona indiuisa, præcedente oculari inspectione, desuper præfixus dies 24. Martii. Interea vigesimo quarto Martij, exhibetur rursus Commissio Ducis, vt Commissarij in realem possessionem Actores suæ quotæ immittant. Quod quoque statim factum, in præsentia Rei, eoque de attentatis protestante, vigesimo sexto Aprilis decernitur noua citatio contra Reum, ad videndum procedi, & produci testes. 18. Martij Actor instat, vt testes examinentur, & in diuisione procedatur.

25. Maij testes producuntur, & iuratum. Eodē die Commissarij decernuntur: quod quilibet decimas percipere debeat in ea parte, quæ per sortē sibi obigit. 13. Iunij committitur ad inquirendum super iurisdictione *in Eths*. Deinde dantur documenta. 18. Iunij Richaldus petit suam partem sibi assignari. 4. Octobr. pro demonstrando iure & agnatione, exhibentur documenta. Et Procurator Richaldi rursus instat pro subdiuisione. 18. tandē Octobris, Procurator Rei solum inhærente Appellationi, & nihil aliud faciente, sigilla & maius acceptantur pro confessatis, & mittitur, quoad reliqua bona fors.

Ex quibus apparet manifeste, nullitates perperam, & mala fide ex actis collectas esse. Sane appellatione interposita, Iudicem à quo, instante Appellato, & in causa sine vitio attentatorum & nullitatis procedere posse, donec ipsi inhibeatur, in ordinat. *titul. 29. §. pen. part. 2.* disponitur. Et sic, cum Commissarij in hac causa, appellatione ob in iunctam responsionem ad libellum, friuole interposita, ad vltiora processerint, lis in contumaciam pro contestata habita censetur: quemadmodum alias quoque in Camera & lis pro contestata habetur si celebretur actus, qui post litis cōtestationē celebrari solet, facit Ordin. Camerę de Anno 7. *tit. de citat. folio 85. §. 3.* *Q*uod alijs obgesagt. Atque cum Reus communia inter se bona confessus sit, & in diuisionem semel consenserint, vt acta corā Deputatis aperte demonstrant, tanquam in confessum, ad executionem Commissarij rite procedere potuerunt. In confessum enim & non sunt alie partes ludicis, quam condemnatio, *iur. vulg.* Cum neque vicium nullitatis, propter confessionem apud acta tollatur, sed saluetur: Et imputet sibi Reus, q̄ contracta acta, id est, die *Verfolg.* coram Commissariis non exceperit, & defensionales in euentum non exhibuerit.

Quod vero Commissarij actis istis fidem adhibuerint, & illorum intuitu ad executionem processerint, inique, si cōtrarium probaretur, & nequam nulliter factum dici posset: ideoque appellandum fuisset. Nam probationes & non sunt de substantiali ordine processus, sed de iustitia: sine illis enim sententia valet: *lege. prolatum. C. de sentent. l. 3. §. ideoque de test. Neui Zan. in sylu. nupt. lib. 5. in fin.* Et probationes & Iudici arbitrarie sunt: illisque fidē

adhibere potest, vel non, *Mench. de arbitr. iud. quæst. lib. 2. cent. 1. casu 90.*

Omittit, quod in Ducatu Iuliacensi, ex consuetudine, transactione inter partes interposita semel, talis summarius processus seruetur: cuius consuetudinis probationem, quatenus opus, offerunt.

Concludit, ex officio causam pro conclusa accipiendam, vt & litem pro contestata: atque pronuntiandū definitiue: non nulliter, sed bene processum & sententiatum: condemnando impetrantem in expensis. Idque eo maxime, quod ipse impetrans in Replicis petit definitiue super nullitate pronuciari, quam putat notoriam ex actis. Si autem placet Dominis, saltem à citatione absolui, non refragabitur.

D. L. Nō videt, quomodo habeat se causa Principalis: Imo & ipse Actor Iohan. tantū super nullitate agit. Putat, processum Commissariorum esse validum, & per allegatas nullitates infringi non posse, inæqualitas quotarum non impedit, quia magis equitatem concernit. Concludit, litem pro contestata, & causam pro conclusa acceptandam esse, & porro non nulliter processum.

Aliud.

D. Bq. Cum Referente: præsupposito, Commissionem Ducis Iuliæ, non ad lites, sed summarium processum extraiudiciale pro continuanda diuisione emanatam, vt est in confesso, in secundo articulo grauaminum. Item, quod Appellatio ab iniuncta responsione, & sic in puncto competentia, deserta hic pronuciata. Neque inhibitio vnam obtenta, vt taceam nunc allegatas consuetudines. Nō videt, quomodo nullitas aliqua ex eo, quod in diuisione conuentionali, & cōmissione magistratus loci ad vltiora deinde processum est, inferri recte possit: præsertim Procuratore nostri Actoris vbiq; citato, & præsentē. Et licet semper protestatus de non immittendo fuerit, tamen propter desertionem appellationis, illud non releuat. Nec etiam tali casu solennia iuris aut substantialia iudicij, suo iudicio fuerunt obseruanda (quod etiam res magni præiudicij foret) sicut alias in iudiciali diuisione, vel processu desuper instituto, & vbi aduersarius recusat diuidere. Vnde cessant omnia argumenta, quę in contrarium, tanquam ad causam summariam adducuntur. Sibi itaque Actor imputet, quod vel iura sua, debito loco & tempore non deduxit, vel d. appellationem quoque deseruit.

Satis quoq; responsum est ad id, quod præcipitantiæ inculpati sunt Commissarii. Si denique cōnormius in aliquo læsus esset, ad beneficium appellationis, & supplementum æqualitatis, confugere potuisset. Nō autem diuisio ipsa, sub prætextu nullitatis propterea retractanda veniret, vt diximus in causa *Heyden contra Heyden*. Placet ergo altera sententia Domini Referentis, vt scilicet absolutoria feratur: *Compensatis expensis.*

D. Q. cum Referente: cum ex deductis per Correferentem non solum defectus, quoad personas iudi-

iudicium, sed etiam nullitas, quoad processum, & obscuritas in meritis ipsis in actis presentibus reperitur. Tunc quocumque & benigniorem, ab utroque partibus etiam expeditam viam malit ingredi, & pronunciare cum Correferente. *Compensatis expensis.*

Sententia.

Et allem vorbringen nach / zc. das Appellant von aufgangener Ladung zu absolutieren vnd zu erledigen sehe / als wir ihne hie mit auch darvon absolutieren vnd erledigen. *Compensatis expensis.*

V O T V M LVII

In causa H. contra N.

S V M M A R I A.

- 1 Pactum vsurarium, contractui licito adiectum, eundem non viciat, sed viciatur. & n. 3.
- 2 Mutuum licet esse debeat gratuitum, tamen hypothecatio non viciatur, sed salua permanet.
- 4 Prior qui est tempore in sorte, intelligitur etiam prior in vsuris.
- 5 Interesse debentur à tempore mora, tam lucri cessantis, quam damni emergentis, etiam in mutuo. num. 6.
- 7 Inter vsurij ratio ex personarum qualitate haberi solet.
- 8 De vsuris siue inter vsurios qualiter & in quantum pacisci possit.

Summariè in prima instantia processum. Cita enim Creditores per edictum à senatu Argentinenfi, vt quilibet de suo iure doceret: Actores igitur nostri, ex ordinis beneficio, hypothecaria, siue quasi Seruiana egerunt. §. 1. item *Seruiana. instr. de actio. l. 2. 3. qui pot. in pign. hab.* Et probauit quidem ius suum, per instrumentum, siue obligationem, quod videlicet mutuauerint Marstallero & Volmaro, sociis, 2500. fl. die 24. Ianuarii, Anno 60 Et cum ita creditores ius suum deduxissent & submisissent, Iudex tandem pronunciat contractum nostrorum Actorum, tanquam illegitimum, & constitutionibus Imperii contrarium, cassandum.

- Quaestio itaque hic est, an bene iudicatum? Nā cum mutuum per se contractus licitus sit, videndum, an per stipulationem vsurarum contractus hic viciatur: Et vt breuibus se expediat, refert se ad observationem *Gail. 4. & 5. lib. 2. vbi pulchre tractat,*
- 1 pactum vsurarium, & contractui licito adiectum, eundem non viciare, sed viciari. vt *ibid.*
 - 2 Iam, licet mutuum esse debeat gratuitum, & interim tamen non viciatur hypothecatio, sed salua manet: *lege. diuersis temporibus. C. qui pot. in pign. hab. Contractum per se subsistere.*

Quia veto Actor etiam petit se praefertri ceteris, posteriorem hypothecam habentibus: in hoc non possumus aliquid commode pronunciare: Quia sunt aliae causae hic pendentes, in quibus non est adhuc conclusum, iisque praepiudicare non possumus: Quare simpliciter reformare, sententiam: *Compensatis expensis. Reliqua omnia, als interesse omittit.*

D.G. Sentit etiam, quod ob pactum vsurarium & adiectum, non vicietur principalis contractus & hypotheca, vt Dominus Referens: Ideo pronuncianum, male iudicatum, bene appellatum, vnd das Vermög der Rechts / gedachter Appellanden chirographariis creditoribus, & posterioribus hypotheccariis zu praeferieren sey.

Ego, Cum Dominis Referentibus: Ita tamen, vt in genere permaneamus, nō faciendo differentiam inter creditores hypothecarios quia de eo non sententiatum, nec ob hoc appellatum.

D.L. Cum Referentibus, vt alii.

D.Bq. Quatenus stipularae sunt vsurae, earumque hypotheca, eatenus cum dominis bene iudicatum censet: Secus, quoad contractum ipsum mutui, & hypothecam eiusdem, idque tunc ratione interesse, à tempore mora, quam ratione fortis: cum vtrunque sit petitum. Qui enim & prior est tempore, in sorte, intelligitur etiam prior in vsuris, textus, glossa & Bartol. in lege, *Lucius. qui pot. in pign. hab.* A tempore autem mora, & debetur interest, tam lucri cessantis, quam damni emergentis, etiam in mutuo, glossa, in cap. *conquestus. verb. de feudo. ibi Abbas numero sexto, de vsur. Molin. in tractat. de vsur. numero trigesimo secundo, Gail. d. obseru. 5. numero 15.* Praefertim quando constat, non de simplici mora, & sed de dolo, vel malitia debitoris, vel de

longa & nimia frustratione. Quia tunc ex qualitate & personarum solet haberi ratio inter vsurios, id est, aliquid Iudicis arbitrio, nomine eius quod interest, adiudicari, etiam si aliter non probetur de specifico interesse. Idem *Molin. numer. 520 Imo numero 510. asserit, quod concedens vltimum pecuniae suae, & quam non tenetur mutuare, nec differre possit pacisci de inter vsurios, quod sibi abest, & debitori adest, vsque ad summam congruam. Quantum ad mercenarios attinet, nil nobis liquet, cum acta integra non sint relata, pronunciet, das die Brithel voriger Instanz zu reformieren / als wir sie hie mit auch reformieren / nemlich der Gestalt / das so viel gedachte Hauptsummen / vnd dero gebürliche Interesse, von Anno 72. anzurechnen belangend / vbel gevrtheilt / wol davon appellirt / vñ gedachte Appellanten / vor denen gläubigern / so jüngere Pfandverschreibung von Balthasar Marstallers / vnd Hansen Volmars Gütern entricht vnd bezalt werden sollen. Sonsten aber wol gevrtheilt vbel davon appellirt. *Compensatis expensis.**

Sententiatum: male iudicatum, bene appellatum, & quod Appellans hypothecariis posterioribus & Chirographariis, sit praefertendus. *Compensatis expensis.*

V O T V M LVIII

In causa B. contra B.

S V M M A R I A.

- 1 Trium in discutiendis meritis sententia, hic ponderanda sunt capita. & quae. & n. 2. 6.
- 3 Iudex à quo iniurias & contentiones à communi litigantium culpa subinde exortas, mutua compensatione componere potest.