

Werk

Titel: Thesaurus Iuris Executivi Rutgeri Rulant, Icti. Quadripartitus

Untertitel: Quarum Pars Prima exhibet usum verum executivum, mediante Brachio Eccles lastico, Seculari, Regio, Et Militari, Eorumque imploratione. Secunda, exactam praecipuarum Rerum Civilium tractationem ... Tertia, perfectam manuductionem Executioni Rerum Criminalium inservientem. Quarta, Decem Classes Relationum, Actorum ac Votorum Cameralium praedictis materiis accommodatarum ... Atque Ita His Quatuor Partibus, Non Solum Executionis Materia fructuosissima continentur, sed & diversae per totum ius privatum dispersae materiae videlicet ...

Verlag: Author; Weissius

Ort: Francofurti ad Moenum; Francofurti ad Moenum

Jahr: 1624

Kollektion: VD17-Mainstream

Digitalisiert: Niedersächsische Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen

Werk Id: PPN755514025

PURL: <http://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?PPN755514025>

OPAC: <http://opac.sub.uni-goettingen.de/DB=1/PPN?PPN=755514025>

LOG Id: LOG_0051

LOG Titel: Classis Prima. - Classis V.

LOG Typ: chapter

Terms and Conditions

The Goettingen State and University Library provides access to digitized documents strictly for noncommercial educational, research and private purposes and makes no warranty with regard to their use for other purposes. Some of our collections are protected by copyright. Publication and/or broadcast in any form (including electronic) requires prior written permission from the Goettingen State- and University Library.

Each copy of any part of this document must contain these Terms and Conditions. With the usage of the library's online system to access or download a digitized document you accept the Terms and Conditions.

Reproductions of material on the web site may not be made for or donated to other repositories, nor may be further reproduced without written permission from the Goettingen State- and University Library.

For reproduction requests and permissions, please contact us. If citing materials, please give proper attribution of the source.

Contact

Niedersächsische Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen
Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen
Germany
Email: gdz@sub.uni-goettingen.de



CLASSIS PRIMA.

AD EXECUTIONEM EC-
CLESIASTICAM PERTINENS,
CONTINENS SUPPLICATIONEM, VNA
cum votis de Inuocatione Brachii secularis.

SUMMARIÆ

- 1 Supplicatio Camera Imperiali exhibita à primato, pro inuocatione brachii.
- 2 Imperator remittere potest causam ad Cameram, in qua seculare ipsius brachium inuocatum.
- 3 Feuda imperii sunt Imperatoris, & Papa nullam in eis habet iurisdictionem.
- 4 Bannum contra ecclesiasticum non valere.
- 5 Sententia Papalis tenor, iuncta commissione, pro inuocatione brachii secularis.
- 6 Status imperii non agnoscunt sententiam Pontificis.
- 7 Compositio media ab Episcopo proposita.
- 8 Remissionis statuum decretum, & eius approbatio ab Imp.
- 9 Executio vt committatur sententia debet esse iusta.
- 10 Laica persona sunt sub Imperio, & in eis Papa non habet iurisdictionem.
- 11 Executio in possessorio non debet fieri, quando scandala sequerentur.
- 12 Executio debet differri, cum statim constat de petitorio.
- 13 Pro sententia presumitur, praesertim quando pro ecclesiam. 14. Et in causa spoli pronunciatum est num. 15.
- 16 Iudex extraiudicialiter ladens non potest postea de causa cognoscere.
- 17 De nullitate principaliter, & incidenter cognoscitur.
- 18 Camera Imp. iudex est ordinarius.
- 19 Cumulatio delegationis, & ordinaria iurisdictionis.
- 20 Executionis dua sunt viae.
- 21 Executor non habet partes iudicis.
- 22 Imperator hic par Papa est.
- 23 Imperator potest reuocare sua decreta.
- 24 Episcopi pena ultra vitam eius non durat.
- 25 Exceptiones qua contra rem iudicatam opponantur, remissive.
- 26 Actori liberum est quam viam eligere velis.
- 27 Executoriales decernuntur cum citatione ad videndum.
- 28 Camera non cognoscit, super Ducatibus, & n. 46.
- 29 Submissio, & remissio quomodo differant.
- 30 Submissio an sit iurdictio ordinaria.
- 31 Remissio à compromisso quomodo differat.
- 32 Iudex antequam exequatur, de processu cognoscit.
- 33 Citatio precedere debet executionem & n. 45.
- 34 Stylus in inuocatione brachii non obseruatus.
- 35 Brachii inuocatio vt locum habeat, gradatim procedendum.
- 36 Remissione Imperator renunciat priuilegio suo.
- 37 Iurisdictionem non habens non delegat.
- 38 Rescripta contra ius nulla sunt.
- 39 Imperator est iudex omnium feudorum Imperii.
- 40 Secularis non tenetur exequi ecclesiastici sententiam, nisi fiat fides de processu.
- 41 In arduis caute ambulandum.
- 42 Mandatum est medium inter citationem & executoriales.
- 43 Brachii inuocatio non debet statim fieri per breuia, sed alia precedere debent.
- 44 Imperator non est merus executor.
- 47 Mandatum presupponit confirmationem sententiae.
- 48 Via illa eligenda in dubio qua nomini prauidicatur.

4 Clas. I. Supplicatio pro mandato executor.

Supplicatio pro Mandato Executoriali ad inuocationem brachii secularis.

Des Besten vnnnd Erbarn S. E.
Sächsischen Münzmeistern/
Cont.

Herrn Burgermeister / Rath /
Stadtmann vnnnd Gericht der Statt
N. auch Weyland Anna P. Gläu-
biger /

Erkennt in Conf. 29. April. An. 56.

Wir Geborner Röm. Kaiser. Mayest. Cammerichter / Amptsuerweser gnediger Herr. E. S. gib ich im Namen vnnnd von wegen des Besten vnnnd Erbarn Herrn S. E. vndertheniglichen zuerkennen / das verschieener Zeit sich Irrung vnnnd Rechtsfertigung vor dem Geistl. Official vnnnd Richter zu Augspurg / zwischen gedachten Herrn S. E. beklagten eins / vnnnd Weyland A. P. seiner Haußstrawen angemaste Klägerin andertheils / der Ehescheidung halben zugetragen / vnnnd damals bemelter Beklagten / des jennigen / so jme von gedachter P. vngetrewlicher listiger Weis enzuführen / vnnnd abhendig gemacht worden / vor allen Dingen Restitucion vnnnd Widerstellung begeret / auch die in Recht erhalten / dauon damals bemelte Klägerin / an vnnnd für das S. Consistorium zu Meynz vermeintlich appelliret. daselbst das vorig Urtheil bestetigt / confirmirt. vnnnd die Sachen widerumb vor den vorigen Richter zu Augspurg gewiesen / vnnnd remittiret. Vnd wiewol die Klägerin solch Urtheil in sein Krafft ergehen lassen / jedoch hat sie mit fürwendung vnnnd Unwissenheit die Säch widerumb an die Päpstliche Heyligkeit gebracht / daselbst ein Rescript an ertliche Abte / der Orts / mit Verschweigung der Warheit außbracht. Vnd wiewol sich bemelte Abt / der Sachen zum theil vnderzogen / sind sie doch widerumb dauon durch allerley fürgewendte Entschuldigung abgestanden / vnnnd fernere darin zu procediren sich geweigert. Von welcher weigerung wegen / der beklagte Herr S. E. bey der Päpstlichen Heyl. vnnnd nach der Zeit von ihrer Heyligkeit an die Keyf. Mayest. vnnnd S. Reich verordneten Cardinal vnnnd Legaten à latero vmb execution angehalten / vnnnd suppliciret. auch darauff ein rescript an den Herrn Bischoffen vnnnd seinen S. S. Officialen zu Speyer erlangt / welcher Herr Official als delegatus. Commissarius vnnnd executor in der Sachen fernere der gebür procedirt. vnnnd Urtheil geben / dauon aber nicht appelliret. sondern solch Urtheil sein Krafft erreicht / vnnnd in rem indicatam ergangen. Als aber mitlerzeit Burgermeister / Rath vnnnd Gericht zu N. fürgenommen / vnnnd den beklagten Herrn E. darzu citiren lassen / ist durch gedachten Geistliche Richter zu Speyer / vnnnd Commissarien gebürliche Gebotsbriefe vnnnd inhibition. bey Pöen des Bañs vnnnd tausent Gülden / wider bemeldte Gläubiger / auch Burgermeister / Rath / Stadtmann vnnnd Gericht zu N. außgangen / der gebür insinairt. Als aber sie vber Ersuchung / solcher inhibition einigen Gehorsamb nit geleist / in solche Pöen lezlich erkläret / mit Geistl. Bann vnnnd

interdict beschweret / vnnnd öffentlich publiciret. vnnnd als nachfolgend gedachte von N. vnnnd die Gläubiger vmb absolution angehalten / vnnnd ihnen dieselbig durch ein sonderlich Urtheil vnnnd Decret aberkent / haben sie / wiewol nichtiger weiß (in erwegung / das der gedachte Richter vnnnd Commissari zu Speyer nudus executor sententiarū vermög des rescripts gewest) an die Päpstliche Heyl. appelliret. Dero halben der gedachte Herr S. E. von wegen / wie obgemelt / der nichtigen appellation ein rescript widerumb an gedachten Herrn Official vnnnd Commissari allhie vmb Vollstreckung ergangener Urtheil erlangt / darauff dann beyliegend Urtheil ergangen / vnnnd die Krafft dessen Compals vnnnd Inuocation Brieff begeret / welche auch erkent / vnnnd mitgetheilet worden / wie E. S. hieneben gnediglichen zubefinden. Weil dann gnediger Herr / dis orts einiger Gehorsamb nochmals nicht geleist werden wil / sondern alles durch die Gegentheile verachtet / vnnnd dann vermög vnnnd inhalt der gemeinen beschriebenen Rechten / vnnnd des S. Reichsordnung meniglich bey seinem erhaltenen vnnnd erlangten Rechten / Gerechtigkeit vnnnd gewonnen Urtheilen gehandhabet / vnnnd dieselben gesprochen vnnnd erhaltene Urtheil billich sollen vnnnd müssen vollstreckt werden / auch in solchen je ein Obrigkeit der andern vnnnd sonderlich die Weltliche der Geistlichen die Hand reichen / vnnnd zu solchem fürstendig vnnnd behüßlich sein solle. So ruffet Anwald hierüber E. S. Ampts vnnnd Rechtswege / vff das vnderthänigst an / bitt vnnnd begeret ein Executorial mandat. wider bemelte Herrn Burgermeister / Rath / auch Stadtmann vnnnd Gericht zu N. vnnnd dann S. J. vnnnd J. B. als E. M. Vormündern V. H. J. K. als Pfleger H. T. seligen Kinder. A. S. in Namen M. seiner Haußstrawen / vnnnd dann für sich selbst S. S. S. M. vnnnd J. B. Weyland W. B. Stadtschreibers Kinder Vormünder / alle als Weyland A. P. gläubiger vnnnd creditorn. darinnen ihnen sampt vnnnd sonder bey Pöen der Acht / ob sonst einer ansehnlichen grossen Pöen ernstliche gebottē werde / nachmals in einer bestimpten Zeit / solchen oben angeordneten Geistlichen proceillen. vnnnd ergangenen Urtheil alles ires Inhalts / würckliche Vollziehung zuthun / die tausent Floren erklärer Pöen sampt andern erlittenen Kosten / Schaden vnnnd interelle alsbald zuerlegen / zu bezalen / zu entrichten / vnnnd in dem Herrn S. E. der halben gänglichen vnnnd ohne abbruch vnklagbar zustellen / mit angehengter Ladung vor E. S. vnnnd an diesem Keyf. Kammergericht zu erscheinen / Anzeig vnnnd Weisung zu thun / das sie sampt vnnnd sonder solchem Keyf. Gebottē / vnnnd angezogenen Urtheilen gehorsamb Vollziehung gethan haben / oder wo nicht / als dann zu sehen vnnnd hören sie sampt vnnnd insonder vmb solcher Vngesam willen / in die bestimpte Pöen gefallen sein / mit Urtheil vnnnd Recht sprechen / erkennen vnnnd erklären / oder aber rechtmessige Einrede / wo sie einige hetten / warumb solche Erklärung nicht geschehen sol / fürbringen / vnnnd endlich entscheidens darüber zu gewartē / etc. Alles in gewönllicher form gnädigliche zuerkennen vnnnd mitzurheilen. Rufft Anwald E. S. Ampt vnnnd Rechtswege / vff das vnderthänigst an.

E. S.

Vnderthänig D. Michael Kaden.

Dis

Ad Cam. Imp. in puncto inuocat. brachii. 5

Die M ARTIS, 6. Nouemb.

Anno 1548.

In pleno consilio

D. T. Referens

D. H. pro H. Supplicauit.

¹ In causa spoli pro t̄ Episcopo per Papam gesprochen / quæ sententia tranſiuit in rem iudicatam.

Diweil nun solche Sache per Imperatorem remittiret ad Camera Imperialem. Bitter er vermöge der angeregten Keyserlichen Commission vff solche Urtheil / quæ in rem tranſiuit iudicatam, auch vigore executorialium Pontificalium, ihme zu würcklicher execution würcklich zu verhelffen / contra Herzogen H von B. vnd filium Herzog E. qui ist in eodem spoliuitio: Perique se admitti ad liquidationem dictorum bonorum.

² Remissio t̄ Imperatoris, cuius verba diligenter examinanda.

Narrat Imperator, das ihre Mayestat durch Commissarios vermeinet hette die Sache gültlich hinzulegen / sed quia id frustra, so remittiret Caesar die Sache hieher / auff der Stände bedencken / auch auff ihrer Mayest. rescript am Regiment außgangen. Darauf mandet Imperator his verbis: das ihr solches alles / vnd was euch die Parteyen vrrimque weiters fürbringen / eigentlich erwegen / vnd in Betrachtung solches / auch der Sa: en gelegenheit / art vnd herkommens das jenig erkennen / vnd vollziehen / das sich nach Ordnung der Rechten gebühret / recisus superfluis omnibus, & ad præsentem causam impertinentibus, videlicet auff's aller schlechtigste. Datum Augspurg / 25. Iulii Anno, 48.

Rescriptum Imperatorium ad Regimentum Norimbergense 13. Februarii.

Anno 22. außgangen.

Episcopus Ioannes H. spoliuit Herzog H. vnd E. von B. mit erobering vieler Schloffer / Dörffer / etc. & cum captiuitate multorum ex commisso prælio.

Vtraque pars gen Wormbs per Casarem bescheiden / vbi Dux H. geflaget / & Episcopus sich verantwortet / vsque ad conclusionem causæ processum.

B. est inuestitus per Imperatorem mit dem Bischoffthumb / so er vigore der Acht (quia Episcopum banauerat Imperator) eingenommen.

³ Itaque t̄ conludit B. quod cum talia bona sint Imperii tenda, & sic iurisdictioni Imperatoris vnterworfen / quod Pontifex nicht zug gehabt / sich in solche des Reichs regalia einzulassen / noch darüber zu erkennen / prout in declinatione zu Rom fürge wandt / darbey verharren die von B. & quod hæc

causa iher Natur / Eigenschaft vnd Art nach / ad Imperatoris cognitionem gehöre / vnd sonst niemandt.

Episcopus H. contradicit, t̄ die Acht sey nichts / quia contra einen Geistlichen außgangen / qui erat degradandus & priuandus, & non banniendus. Et quod die Acht contra non citatum ergangen / & contra ordinationes Imperii. Idcirco quicquid inde secutum. sey nullum.

Esto etiam, das die Acht efficax, tamen non præiudicaret ecclesiæ, nec posteris successoribus.

Episcopus enim solummodo est administrator bonorum ecclesiæ, idcirco non potest banniri, sed bene priuari, quod ad se.

Bischoff B. post obitum I. Episcopi ist befehret / deinde dux B. etiam in einem Jar / doch cum solita clausula, saluo iure alterius.

In d. rescripto auocat Imperator totam causam, eiusque cognitionem & iurisdictionem ad se.

Post hæc cœpta est causa Romæ, scilicet super spolio.

Dux declinauit forum, vt supr. quod diese Sache nicht dahin gehörig / quia bona & regalia Imperii. Et tandem in præsentia Papæ lata est sententia pro Episcopo actore, & contra Duces von B.

Quod t̄ Episcopus modernus Valentinus integraliter restituendus ad omnia oblata, & turbata, cum expensis, damnis & interesse, quorum liquidationem & taxationem sibi referuat Papa, Daus & nominans executores cum potestate inuocandi brachii secularis, vt in executorialibus, & aliis literis, quæ breuia Apostolica dicimus, ad Imperatorem emanatis.

Cum talibus literis assidue instat episcopus apud Casarem, pro restitutione bonorum ecclesiæ suæ.

Sed per decretum statutum t̄ (qui dictam sententiam non agnoscunt) ist die Sache wider Rechtlich per Commissarios außzuführen befohlen. Id graue est duci B. sed tamen obligat secotam Casarem, vel eius Commissariis zu Recht zu stehen / & quod eorum sententiæ parere velit, laut seiner obligation. Et similiter graue episcopo, qui repetit rem iudicatam, petens se ante omnia restituui in integrum, postea vult iuri stare in peritorio wo man wil.

Episcopus, t̄ licet haberet rem iudicatam pro se, tamen Casari zum vnderthenigsten gefallen / hat er sich gültlich vnd wol hören lassen / quod omnia bona diuidantur in tres partes, quorum dux cedant episcopo, & capitulo, so auch die Wahl haben sollen / & tertia pars cederet Duci B. Certe er hat sich viel begeben / doch cum pacto redimendi tertiam partem vmb eine benante summa Gilden / sed nihil desuper factum. Ist also zergangen / vnd die fürgeschlagene Mittel cessarunt.

Perit tandem Episcopus, das die Key Maieest. ihme das Stiff: befohlet solt sein lassen / postquam vff seines episcopi vielfeltig erbietē nichts erfolget.

Der Stände bedencken. An. 48.

Postquam concordia nicht t̄ statt hat / mag man am Keyf. Cammergericht vmb Recht ansuchen.

Hoc placuit Imperatori, qui etiam vrbetig ein remission am neuen Cammergerichte zu geben vnd mitzutheilen / vt sup. factum.

Vorum Referentis.

Putat aliquot puncta discutienda.

1. Ob die execution petenti abzuschlagen / vff solche remission oder nicht.
2. Welcher Proceß fürzunemen / seu qualiter procedendum, casu quo remissioni pareatur.
3. Ob man auch wider solche Vrtheil sprechen mö. re.
4. An post absolutum possessorium statim facienda sit executio, priusquam petitorium definitur.

De singulis videamus, salua collegarum censura, cui se submittit.

De primo Puncto.

Quoad primum, quando petitur sententia executioni mandari, debet esse iusta *l. si prator §. Marcellus de iudiciis*, alioquin deneganda executio. *Oidra, conf. 66. Anchoran. conf. 259.* Sed hic obiicitur aperta nullitas per Duces, tam ratione personarum, quam rerum, quia personæ laicæ & sub Imperio. *Decius consil. 86. vol. 3.* Et bona sunt feudalia, *† in quibus dominus est Imperator.*

Altera obiicitur nullitas, quod lata sit sententia non citato filio, seu patre Duce B. & sic parte non audita.

Item obiicitur notoria iniustitia, quæ etiam impedit executionem, videlicet propter declarationem banni, &c. & alia decreta, quæ habent vim sententiæ, & per ea sit præuenta iurisdicção Papæ.

Item sententia sit contraria transactioni, item sententiæ Imperatoris: Sed sententia contra sententiam nulla est. Ergo, &c.

Ex quibus capitulis, tam nullitatis, quam iniustitatis liquet denegandam executionem, communis opinio *Dd. clem. pastoralis de re iudicatâ. ca. de catero. de offic. deleg.*

Licet iudex teneatur opem ferre iudici. *cap. 1. de officio ordinarij.* Item licet concludant omnes Doctores in *cap. super eo. de officio delegati.* Quod de sententia Papæ non sit disputandum, nec de eius processu. *cap. pastoralis §. quia vero, eod. tit.* tamen illa intra limitantur, si nullitas appareat, & iniustitia, quia tunc etiam laicus inopune contemnit sententiam Ecclesiasticam.

Putat ex istis fundamentis status Imperiales motos, vt decreuerint à nouo litigandum in hac causa. *Paulus de Castro in l. naturaliter §. nihil commune ff. de acquirenda possess. Zalius, in leg. 4. §. condemnatum ff. de re iudicat.* dicunt quod non debet in possessorio fieri executio, *† quando scandala sequerentur, vt in casu nostro; vt si prædicta fundamenta nulla sint, tamen propter scandala & irrecuperabile damnum, quod sequi posset, nunc non fieret.*

Item *†* quando statim potest constare de petitione, debet differri executio in possessorio, *cap. cum dilectus. & cap. pastoralis. de causa posses. & propriat. Socius in dict. consil. 86. num. 3. in fine Oldradas consil. 274.* Quod incipienda sit execu-

tio, si potest de petitorio doceri. *vide ibi.* In isto casu iudex inferior censetur esse par superiori, propter nullitatem sententiæ, *vt sup.* Itaque executio deneganda.

Prædictis non attentis, licet valde vigeant, tamen dicit Dominus Referens, quod standum sit pro sententia, quia præsumitur *†* pro ea, præsumptione tam iuris, quam de iure, contra quam non admittitur probatio. Item quod pronunciatum est *†* pro Ecclesia: item pronunciatum in causa spoli, *† cap. super quibusdam de V. S.* Cum que tantum super possessorio nudo actum, putat manendum in terminis sententiæ late.

Quando iudex extrajudicialiter *†* læsit partem, non potest deinde cognoscere de causa *Geminian. 6. ordinarij. §. 1. de offic. ordinarij. in 6.* quia suspectus est in causa. *Anchoranus in repetit. reg. 1. de Regul. iur.*

Quamvis nun den Partheyen verhelffen werde / putat executionem non denegandam. Nam in processu, etiam executionis, prædicta ventilari possunt, vnde putat, petitam citationem decernendam, *l. 1. quando prouoc. non est necess. l. si expressim. ff. de appellat. l. cum querebatur. de re. vendic.* Vbi clare *Zalius. †* Quod de nullitate sententiæ, non tantum principaliter, sed etiam incidenter potest cognosci.

In causa igitur hac apte incidenter cognoscetur, de prædicta nullitate sententiæ. *Baldus in l. 1. quom. & quand. iudex. & l. 1. C. si aduers. rem. iudic. Socin. consil. 99. circa finem.* vbi in terminis hoc habet, quod scilicet incidenter cognosci potest. Quod certe in hoc casu nostro apertissime fieri poterit.

De secundo Puncto.

De modo & auctoritate procedendi, & an iudex ordinarius, vel delegatus per dictam commissionem designetur? iudex Cameræ *†* est ordinarius; habemus enim ordinariam iurisdictionem, idque certum est, iam vero, quando superior iudex iniungit aliquid ordinariam iurisdictionem habenti, censetur ordinarius, non delegatus: idque vocant excitare ordinariam iurisdictionem, *Doct. in l. ius civile, ff. de iustit. & iure, & Canonice. in cap. habet. de offic. ordinarij. & cap. cum ex officio. de prescrip.* Quia commissio causæ sic ordinario facta, non delegatio censetur, sed ordinaria iurisdicção, vt quæ prorogatur per coniunctionem huiusmodi causæ: secus est quando quid specialiter committitur. *Felinus in dict. cap. cum ex officio. de prescrip. cap. nisi essent. de prabend. ca. seruauit de corpor. viciat.* Et vbi notè extinguitur iurisdicção ordinaria, ordinaria perdat. *leg. 3. ff. de militar. testam. Imola in cap. habet. de offic. ordinarij. vbi & Felin. ponit notas, per quas delegatio censetur facta vel non.* *Mathefilan. singular. 90.* Omnino prospiciendum est, de differentia iurisdictionis delegatæ & ordinariæ: si tamen ponderamus verba Cæsaræ remissionis, videntur inducere delegatam iurisdictionem, & non excitare ordinariam, dum se refert ad decreta & rescripta priora, vtque pro qualitate causæ procedatur.

Putat

19 Purat cumulationem & coaceruationem ꝛ delegationis, & ordinariæ iurisdictionis, in dicta remissione esse; unde nos hic procedere possumus, scilicet cognoscendo: diffinitionem vero principalis negotii, auctoritate delegantis faciendam. Ita Felin. *in d. c. cum ex officio*. vbi plenissime de hoc, ponens aliquot casus circa delegationem puram, & excitatoriam ordinariæ iurisdictionis.

20 Executionis duæ viæ. ꝛ 1. Actio in factum, ex re iudicata, ea fit via ordinaria. 2. Officium iudicis nobile, via facti, sine processu, in solo facto consistens Baldus *in l. excoctore. de executione rei iudicat.* Tutius esse vt hic ordinariè agatur, vt & deinde assumatur plena cognitio causæ, videlicet super nullitate & iniquitate deductis. Zasius *in l. infra. & l. miles. de re iudicat.* putat non differre officium iudicis, ab actione rei iudicatæ, sed reprobat prædictam differentiam, vt ibi per eum.

De tertio Puncto.

An admittendæ sint exceptiones in negotio executionis? Regulare est, quod post factam causæ cognitionem, nihil amplius cognosci debeat;

21 Quia executor non habet partes iudicis. ꝛ *d. l. excoctores*. Maxime, quod vt supra de sententia Pontificis non est cognoscendum. Limitat prædictam regulam, & dicit, illa verba, nisi notoriæ nullitates & iniuriæ obiciantur vt supra. Quia quilibet iudex eas debet admittere. *dict. cap. de cetero*.

22 Cum itaque Imperator hic est ꝛ par Papæ, i-circo potest hanc causam de nouo suscipere cognoscendam. Bartol. *in l. diuus. de custodia reorum*. maxime intuitu nullitatis, quæ obicitur. Concludit non solum admitti eas posse, sed & desuper cognosci, sicque satisfieri remissioni Cæsareæ. Bartol. *in l. a. Diuo Pio. de re iudicata*.

De quarto Puncto.

Legitime terminato possessorio, an potest fieri executio ante definitionem petitorii. (Regula enim est; quod finis possessori, firmitatem petitorii.) Id tangit principalem causam. Pro qualitate huius causæ, videtur quod non debeat fieri executio, nisi definitio prius petitorio, etiam si legitime possessorium esset absolutum. Idque maxime in casu nostro, quia pro duce multa producta, ad fundandum petitorium: vt inuestitura, Rescripta, decreta: Et maxime quando irrecuperabile damnum (vt hic) timetur, quod tunc etiam intricatæ, & non solum notoriæ exceptiones admittendæ, *ex iurib. supr. allegat.*

23 Zasius *in l. index. de re iudicata*. ꝛ dicit, quod Imperator potest reuocare sua decreta. Idem Zasius *in l. ad d. em. in fin. de verb. obligat.* Anchoran. *in dict. clem. pastoralis*. Quia principes præcipitanter procedunt in causis notoriis, & quæ respiciunt utilitatem publicam, etiam sine citatione. Zas. *in l. de vno quoque. de re iudicata*. vbi pulchre per eum.

24 Pœna ꝛ Episcopi ultra vitam eius non durat, & sic non habet successorem. Bald. *in l. excoctorem in fin. Cod. de exec. rei iudicat.*

Vult tunc rem viam ingredi, & ordinariè de hac causa cognoscere.

Submittens se D: referens omnium calculo. Will sich mit den andern Herrn correferenten vnd sonst vergleichen.

D. K. Primus Correferens.

Wichtige Sache / allenthalben beschwerlich / wie mans angreiffe. vff 2. Stücke siehet die Sache.

1. Die Remission muß erwogen werden / seilicer eius narratio & dispositio.

2. Was für ein Processus fürzunehmen.

1. Baldus *in l. Excoctorem. i. C. de excepti. rei iudicat.* ponit multas ꝛ exceptiones contra rem iudicatam, so pro Duce fürgebracht worden.

Sed pro sententia Pontificis, & pro Episcopo adducuntur quæ notat Zarabella. *in clem. pastoralis. de re iudicata*.

Dispositio remissionis laitet: daß man beyde theil hören sol / vnde putat, daß vns zusche causæ cognitio, & executio.

Existimat, quod via, quam proposuit Dominus referens vt citatio decernatur, & agatur actione in factum, nicht dienlich sein wil.

Supplicans implorat officium iudicis: Est ꝛ li. 26 berum actori, eligere quam viam velit, da hat jme niemandt einzureden.

Mann hat ordinariam viam am Cammergericht / vt scilicet executoriales decernantur, ꝛ cum citatione ad videndum. *l. i. de execut. rei iudicat.* Et tunc super exceptionibus etiam cognoscetur. Sed etiam non quadrat hæc via: Vnde putat aliam viam ingrediendum; vt seil. mandatū decernatur, cum citatione ad videndum. *l. i. de iudic. de auctor. tut.* vbi Bartol. *& l. de papillo, §. meminisse, de nou. oper. nunciat. vbi Dd.* quod in executione à mandato exordium sumi potest. Putat igitur hanc mandati viam, der Stände bedencken / vnd der Keyserlichen Remission gemess sein / & concludi, er wil mandatum cum clausula erkennen / submitutque se aliis.

Secundus Correferens. D. W.

Omittit quæ in facto consistunt.

Episcopus H. hat allenthalben vmb Execution angehalten / apud Imperatorem; videndum quid nos deceat, vff Episcopi supplication, vbi instat vmb wirreliche Execution, oder vossizie hung.

Super quo quatuor puncta considerat.

1 An Camera habeat iurisdictionem in hac causa.

2 Qualis sit iurisdicatio illa.

3 Quale decretum vff der Supplication zu schreiben.

4 Qualis processus instituendus.

1 Quo ad primum, huc non pertinet hæc causa; licet enim sumus ordinarii, tamen nostra iurisdicatio ita est limitata, ꝛ vt super Fürstenthumben / Landt / vnd Leut / nicht zu erkennen / vermöge der Ordnung.

Si igitur aliquam habemus iurisdictionem, ea tota fuit ex remissione Imperatoris.

Vt constat de qualitate iurisdictionis videndum.

2: An teneatur Imperator ad executionem faciendam? in l. est receptum. ff. de iurisd. om. iud. patet, quod iudex potest se submittere cognitioni subditi, vel inferioris.

- 29 Putat hanc Cæsaream remissionem; magis submissionem quam remissionem appelladam, vide ibi Dd. in d. l. est receptum. vbi Fulgofius adducit exemplum Imperatoris Friderici Oenobarbi, quem vocant Barbarossam, se submittentis, &c. vt ibi l. & hoc Tiberius. ff. de hered. instic. Quod Princeps etiam in causa propria iudicet: Sed tamen videtur hic Imperator se submittere: Idque dicunt honestatis esse, non necessitatis, sicque plerumque solet facere Imperator, neque enim aliam rationem reddunt Dd. schleust dahin / quod hæc sit causa Imperatoris, & Episcopi, & quod Imperator se submitteret iudicio Camerali. An autem huiusmodi submittio sit iurisdictio ordinaria? Dicunt Doctores, quod sic, in d. l. est receptum, vbi Zasius post Ialonem & alios. Alii dicunt compromissam esse: imo non, propter differentiam, quia in submissione habet locum reconuentio, quæ cessat in compromisso. Principes autem dicuntur prorogare iurisditionem eorum, quos delegant: Concludit quod sit ordinaria iurisdictio.

Sequitur 3. punctum deliberationis.

3. Quid decernendum vff die Supplicatione Episcopi. H. Petit executionem, würfliche volnzierung. In quo non excedendi fines mandati sine submissionis Imperatoris, damit wir nit zu viel oder zu wenig thun.

Man muß die Execution noch zur zeit abschlagen / cum appendice, so supplicans vmbladung seines widertheils anhalten würde / soll / vermöge der Keyserlichen Remission, weiter geschehen was Recht sein wird.

Tale, vel simile decretum putat portectæ supplicationi vff zuschreiben / & ex eo constabit, circa quartum punctum, de qualitate processus, quod imprimis citatio, si petatur, decernenda sit, vt supra.

4. Sey citatio zuerkennen in communi forma doch mit einverlebung der Remission / vt partes citatæ sich desto besser darzu schicken könnten / sey de forma citationis weiter zu reden / vnd zu be- rathschlagen.

Will dem Bischoffe nicht præscribiren, quæ ei actio intetanda, quia formulæ actionum sublata.

Will ihm heimstellen / an implotet nobile officium iudicis, vel intetent actionem in factum.

Concludit, Erstlich die Execution abzuschlagen / deinde Ladung zu erkennen / vt supra.

D. S. Sey eine irrige Sache.

Tria puncta seu actus subedentes / quæ in facto consistunt, & in processu.

Imperatoris remissio non importat secum executionem meram.

Nobis in hac causa cognoscendum, de processu, tam Papæ, quam Cæsaris. l. ff. quod crimen, C. de e-

- 32 pise. & cleri. i. iudex debet ante omnia cognoscere de processu, priusquam exequitur: idque in omni crimine, excepta hæresi. Quod est crimen mere ecclesiasticum.

Vult simpliciter decernere citationem, nec vult à præcepto inchoare, vt deinde vtraque pars agat; debet enim citatio præcedere. ff. nã ita diuus. 33 ff. de adoptionib. sub nomine wir CammerRichter vnd Beyfizer / nam & Deus, licet sciret peccatum Adæ, tamen sine præuia citatione ipsum non damnauit, sed dixit, Adam vbi es? quæ fuit prima citatio.

In summa tale decretum ei placet.

Will der Supplican vff fürbrachter Remission &c. wie Recht handlen / mag er den widertheil darzu citieren lassen.

D. H. D. V. D. R. nemen es in bedacht / vt deliberent desuper.

D. W. Baldus in l. i. ff. de execut. rei iudicat. dicit quid sit de stylo Romanæ Curis, scilicet in 34 exequendis sententiis. vbi vltimo loco venit inuocatio brachii secularis. Episcopus hat eum sty- lum Curis nicht gefolget.

Timet ne aut excommunicemur, aut syndicemur, Will die Keyf. Mayt. darfür bitten / vt auocet hanc causam, ex ea ratione, dieweil die Sache Land vnd Leute antriffet / in quibus solus Imperator sibi reseruat omnem iurisditionem, vermöge der Reichs Ordnung. Quod si non supplicandum Imperatori, vult ita scribere, vff die Supplication, So der Supplican vff die Keyserliche Remission bitten wird / fiet quod iuris est.

D. N. Keyser hat ihm vorbehalten cognitionem super Landt vnd Leute / ergo nos non decet desuper cognoscere, Krafft der Ordnung.

Putat nos habere iurisditionem, eamque ordinariam, vnd möchten wol mandatum cum clausula vel executoriales vnd sonst erkennen / quia remanent saluz exceptiones partium. Episcopus ist nicht viam ordinariam gangen / vt scilicet datis per Papam executoribus mandetur f executio 35 sub pœna excommunicationis, aggrauationis, & sic gradatim donec ad inuocationem brachii secularis perueniatur: sed forsan consulto hoc fecit Episcopus ne exacerbarer Imperatorem, & alios Germaniæ principes.

Putat man solte die Keyserliche Remission annehmen / vnd darauff Process erkennen / dann wir iurisditione genugsam fundiret.

Will simpliciter executoriales erkennen / seind scharff / habent tamen clausulam, quæ tecum affert causæ, cognitionem.

Nec ahorret, imo magis placet zuerkennen / mandatum cum clausula, in quo mandetur Duci, vt pareat sententiæ, vel alleget causas, quare non teneatur, &c. Vt per D. correferentem, secundum supra. Vult cum referentibus deputare aliquot, qui concipiant formã talis mandati, in cancellaria: Nam mandatum paulo mitius est, propter clausulam, quæ facit, vt sit instar simplicis citationis, quam executoriales, & continebit substantiam supplicationis & remissionis.

Reliqui nemen es auch subedentes.

Post habitam igitur deliberationem conclusimus, vt infra D. H. Omittit incidentes quæstiones, à Referentibus & correferentibus tractatas, dieweil es merita causæ, vnd werden in pro:

processu causa fuerit remota / si habemus in hac causa delegatam iurisdictionem, so müssen wir die Proceß / nomine iudicis Camera & Assessorum aufgehen lassen / sin habemus ordinariam, hat es seinen weg: quia sub Carolo decernuntur processus: Putat nos hic non delegatam, sed ordinariam habere iurisdictionem: Quia diese Sache hierher remittiret, hoc est, ad ordinarium iudicem, tam decreto Statuum, quam remissione Imperatoris: † In qua Imperator renunciat suis privilegiis, & exceptionibus, Angel. consil. 214. de prerogatione iurisdictionis ordinaria.

Habemus iurisdictionem siue ea sit mixta, siue submissa siue cumulata.

Sed quomodo inchoandus processus.

Sunt viæ aliquot fürgeschlagen.

Aut decernendæ executoriales.

Aut mandatum cum clausula decernendum.

Sed index non debet à præcepto inchoare, imo non putat executoriales decernendas, item nec mandatum. Sed putat simplicem citationem decernendam. Dieweil wir in causa, vff beyder Theil fürbringen cognoscere sollen / vermöge der Keyserlichen Remission &c. Imo supplicationi vffzuschreiben / vt supra.

D. V. Nō dubitat de iurisdictione, qualis qualis illa sit, potius tamen dicit nos ordinariam habere iurisdictionem, müssen etwas thun.

Petit episcopus in supplicatione, executionem sententiæ Papalis, & liquidationem bonorum, vtrumque non possumus sine causæ cognitione. Ergo wil dem Bischoffe sein begehren abschlagen / vnd so er vff eingebracht Keyser. Remission förmlich bitten würde / hat was Recht sein sol. Non assertiue votat, sed submittit sese, non vult adhuc executoriales decernere: Dann es were zu frue gelausset / quando statim approbaremus sententiam Papalem, super qua cognoscendum est adhuc.

Residet in eo, vt si petatur, citatio simplex decernatur.

D. R. similiter.

D. H. in processu causæ wird es sich wol außsündig machen / cuius merita potiora sunt: In lumina concordat cum aliis.

D. N. Vult mandatum cum clausula erkennen / ex doctrina Bartoli in l. defendente ff. de autoritat. tutor. & curatorum, quod index possit à præcepto seu mandato incipere.

D. L. Papæ omnium & singularum iudex.

37 Si Imperator non habuit iurisdictionem, non potuit eam delegare seu committere, l. si prator. ff. de iudiciis.

38 Rescripta contra ius illicita sunt nulla, † & à iudice refutanda. l. rescripta. Cod. si contra ius vel utilitat. pub.

Sententia Papæ obstat remissioni Cæsaris, & nostræ cognitioni, argumento. c. si clericus, de for. comp. vbi Panor. Itaque dubitat de iurisdictione nostra, sed soluit prædicta, & dicit quod Imperator sit iudex † omnium feudorum & regalium Imperii.

40 Iudex secularis non tenetur † exequi sententiam ecclesiastici, nisi fiat ei fides de processu, sicque super eo prius cognoscat, præsertim quando causa non est mere ecclesiastica, sed mixta, ita vt

etiam secularis possit cognoscere de ea, vt in casu nostro. Ergo certe putat & nobis competere cognitionem, doch non vult couellere auctoritatem summi Pontificis.

Non vult esse singularis, & dicit nos esse fundatos in iurisdictione †: imo caute ambulandum, 41 quando ardua est causa: nam aut infringenda sententia Pontificia, aut infringendum bannum Imperatoris, & eius rescripta: Vtrumq; durum est.

Vult mandatum cum clausula erkennen: † quia 42 medium inter executoriales & citationem est. Sonst concordat cum aliis. Will des Supplicanten begehrt abschlagen / vnd so er der Keyserlichen Remission gemess bitten würde / fiet quod iuris est.

D. M. Remissio Imperatoris dat nobis iurisdictionem, ideo darauff zuerkennen / c. ex transuersa, de foro compet.

Concordat cum aliis.

D. H. Vult esse breuis; quia omnia satis ponderata, vt supra. Putat nos habere iurisdictionem.

Imperator ist nicht requisitus, vt debuit de iure ob faciendam executionem, sed per duo breuia apostolica, vbi precatur & hortatur Papa Cæsarem, ad exequendam dictam sententiam, & sic omisit legitimum tramitem dandi executores cum censuris Ecclesiasticis, & eorum comminationes: quod non sine rationabili causa factum putat.

Habemus iurisdictionem ordinariam, siue ea sit excitata, siue redacta ad suam naturam, vt quia wir sonst ordinarii iudices sumus. Inter hosce scopulos & salebras caute & prudenter ambulandum.

Vult Imperator, vt iustitiam adu. inistremus in remissione, non obstante sententia Pontificia: Quod aperte dicere noluit in remissione. Illa est mens Imperatoris, vt omnia scrutemur, es treffe an weme es wolle.

Non decernit mandatum etiam cum clausula, nec executoriales.

Vult simplicem citationem erkennen / in quo non est opus inserere sententiam Papalem.

Decernit supplicationem, vt supra: Doch daß man supplicanti den weg anzeigen solle / videlicet so er Ladung bitten würde. D. M. Cæsar non est merus executor, † quia negotium nō est mere Ecclesiasticum, sed mixti fori, ideoq; etiam antea præuentum fuit in imperio, & de se per cognitum, vt in decreto Imperatoris.

Cum igitur Imperator etiam sit iudex in hac causa, ideo eam potuit demandare nobis, vt sic excitetur nostra iurdictio, dan wir ordinariam sonst haben.

Drey Wege.

1. Executoriales.
2. Mandatum cum clausula.
3. Simplex citatio.

Non decernit executoriales; quia si id fieret, non cognosceremus, vt decet, & sic nō satisfacere remissioni Cæsaris, sed statim accingeremur ad executionem, omissa cognitione, nobis per Cæsarem commissa.

Similiter non mandatum, quia & ibi opus esset sententiæ pontificiæ quodammodo approbare.

Quare citatio decernenda, l. i. C. de iur. & fact. vbi Iason; Quia etiam in causa executionis † necessaria est citatio, vide ibi Cyn. in di. l. i. vbi dicit, quod

quod exequenti sententiam potest etiam de facto resisti.

D.S. Dicit fundatam iurisdictionem nostram.

Inclinatio est ad mandatum penale cum clausula: Quia media via tutior sit, ideoque eligenda, ut euadamus huiusmodi pericula Scyllæ & Charybdis.

Decernit supplicationem ut supra.

D. G. Obediende gebietende Herrn / es ist diese Sache pro imos correfereute, & alio diese vorgegangen Tage / dermassen ventilire: vnd ponderire / das ich meines geringen verstandes / weiter nichts mehr darzu sagen kan / si quid enim vitius adderem, viderer illada (quod aiunt) post Homerum scribere, vel aquam in mare inferre; sed tamen ne muta persona esse videar, will ich mein einfaltig bedencken auch anzeigen / doch submissue, non vero alertiue. Ich meine noch zur zeit von vnnöten sein / de sententia summi Pontificis disputare. Hoc enim spectat ad merita causæ, quæ deinceps in processu causæ suo tempore sese offerent ad discutendum. Quod si mihi de sententia papali nunc pronuntiandum esset, non possem eam aliquo modo, ceu iniustam aut nullam pronuntiare, & arguere, propter ea quod (ut dicebat Hostiensis, in c. 5. extr. de translatione Episcop.) Christi & Papæ idem sit consistorium. Nam & D. I. præsertim Canonistæ, summum Pontificem, vniuersum fontem iustitiæ passim appellant. als das contra eius sententiam nicht bald zu præsumiren: Aber wie dem allen / das merita sunt causæ merito, welche man in processu causæ disputiren muß / ideoq; nunc super sedendam. So viel aber jeso von nöten / videndum est, quid à nobis impudetur vnd folgendes / was für ein deceret, vff solche Supplication zugeben sey / Erstlich considero personam supplicantis, is es Episcopus. Deinde intueor personam, contra quos supplicatur; hi sunt Ducis. B. Quæ certe possident, auctore præore, puta ex decreto, & banno Imperatoris, cuius vigore bona Episcopi occuparunt: inter quas quidem partes nullam prorsus haberemus iurisdictionem, (dann sie seind beiderseits Fürsten des Reichs / vnd haben vnter ihnen ein eigen Auftrag / vermöge der Reichs Ordnung /) nisi eam nobis daret remissio, seu commissio Imperatoris zu dem / q; hic agatur de feudis & regalibus Imperii, so Land leut vnd antritt, in quo sane casu, omnē 46 protulit cognitionem, sibi soli seruauit Imperator: sed quia is præsentem causam ad nos remittit, licq; nostram iurisdictionem quæ est ordinaria, quodammodo excitauit, & prorogauit, non est amplius apud me dubium, quin in iurisdictione fundui simus, eaque ordinaria, wie dann meine Herrn vor mir genugsam angezeigt / Diweil wir nun ohn zweiffel iurisdictionem haben / in qua tanquam fundamento nihil plane decernere aut cognoscere possemus; sequitur ut prædictæ Imperatoris remissioni pareamus, in quo non nuda executio, sed ipsius causæ cognitio expresse nobis committitur darumb zum andern / pro dando decreto, ad dictam supplicationem, consideranda est eius petitio. So bittet Episcopus H. zwey dinge.

Primo reslem executionem, oder wirckliche vollziehung der Urtheil.

Secundo petit se admitti ad liquidationem bonorum per spoliū ablatorum. sein erst begehren / an ich noch zur zeit nicht zulassen / dann es der Keyserlichen Remission nicht gemess / in betrachtung / das die Keyserliche Mayt, in d. remissione, außdrücklich saget / das man vtriusque partis fürbringen / eigentlich erwögen / vnd nach gelegenheit / der Sachen / etc. darauff erkennen solle: Auß welchem folget / das auch die zweyte petition, der liquidation halben / zu frühe / geschehen: iuxta illud; Nimirum properas Marcelle. Oportet enim in primis de causa cognoscere, Kraft der offgemelten Remission. Bin derhalben auch der meinung wie meine Herrn vor mir / vnd will solche begehren allebeide abschlagen / vnd vff der Supplication schreiben: So der Supplicans vff fürbracht Keyserliche Remission förmlich bitten würde / solle fernner geschehen was Recht ist. So nun folgendes der Bischoff / vmb executorial ansuchen würde / werde ich die gleicher gestalt abschlagen: Quod si pro mandato cum clausula institerit, putarim id decernendum: ita enim exigit Imperatoria remissio, vt scilicet de vtriusque partis productis, & in posterum producendis cognoscamus, vnd wir können vns darinn nicht vergreifen / wiewol ich geneigter were / ad simplicem citationem, si ea peteretur, zu erkennen / ne alias in speciem videremur papalem sententiam quodammodo confirmare, scribendo, vt ei pateretur.

Ceterum iurisdictione, tam ratione personarum hinc inde, quam ratione causæ, & bonorum: imo ex defectu iurisdictionis, non possemus vllam facere appendicem in decreto, sondern simpliciter, abgeschlagen: Sed quia per remissionem Imperatoris iurdictio nostra ordinaria prorogata est & excitata, ideo mögen wir wol / einen appendicem, oder Anhang machen / im decreto, tanquam fundam in iurisdictione: Nun aber qualis illa appendix sit futura, intuenda est petitio supplicantis, vt supra, darmit ein gebürlich Decret darauff falle.

D. K. Will Citation erkennen.

D. H. Videndum wie der Process aufzustellen / si citatio decernatur, würden wir quodammodo sententiam Papæ annulliren, eligit mandatum cum clausula, den Weg zeigt an Bartol. in d. l. de sendente ff. de auct. iur. D. T. Sey inuocatio officii iudicis, er mußte executoriales quia Episcopus habet rem iudicatam pro se, idq; in summo consistorio scilicet Papæ, resoldire erkennen / were gut / das man die Keyf. Mayt darfür bete / das ihre Mayt, die Sache wider zu ihren handen nemen: Non vult mandatum cū clausula erkennen / propter interesse tertii. Residet in decernenda citatione, idq; ex officio.

D. S. Das der Supplicans sein Gegentheil darzu Citiren möcht.

Decernatur citatio, vermöge der Remission.

D. N. Eandem cantilenam, sapius audire radosum est, L. K. D. K. & alii vt supra partim mandatum cum clausula, partim Citation erkennen.

D. G. Non est huius loci, neque temporis disputare de causæ merito, solum considerandum est, quid nobis intungat Imperator, & quid à nobis

bis petat Episcopus. H. Et per consequens duo puncta potissimum in consideratione habere oportet, vnd zum andern was für ein decretū dar auff zugeben sey. Breuiter ergo.

Quoad primum die Supplication belangend/ wann ich außsehe personā supplicantis / vnd dann auch personas cōtra quas supplicatur, so muß ich sagen/ nos nullam habere iurisdictionem. dieweil beyde Theile sind Fürsten des Reichs/ welche vermöge der Reichs Ordnung / eigene Aufsträge vnter ihnen haben / so ist hier auch kein casus exceptus, darin das Cammergerichte / auch zwischen Fürsten vnd Fürstenthümern iurisdictionem hat/ dann wir sind hier in causa executionis, quæ certe iure ab eo iudice, qui sententiam tulit, petenda esset, ut demum agitur hic super feudis, & regalibus Imperii so Land vnd Leute antreffen/ quo casu hat die Keyser. Maytt. vnser allergnädigster Herr/ ihme allein omnimodam iurisdictionem vorbehalten / vermöge der Reichs Ordnung / Also / quod neque ratione personarum, quia sunt Imperii principes: neque ratione causæ, præsentis, quia litis in executiuis, circa alienam sententiam, neque etiam ratione honorū ligioforum, dieweil es Land vnd Leute antrifft/ vllam habeamus iurisdictionem. Qua quidem iurisdictione, tanquam fundamento deficiente, nihil prorsus cognoscere aut decernere possumus. vnd müssen also des Bischoffs begeren simpliciter, vnd ohn allen Anhang/ abschlagē. Sed prædictis omnibus non obstantibus quia diuus Imperator hanc causam ad nos remisit, non sum amplius de iurisdictione dubius, dan ich gänglich darfür achte/ daß vnser iurisdiction, quæ per se est ordinaria, per prædictam remissionem Imperatoriam quodammodo excitata seu prorogata, vel etiam ad antiquam suam naturam redacta sit: quò vero existente, necesse est, vt huiusmodi remissioni pareamus, in qua iniungitur nobis, non nuda executio, sed ipsius causæ cognitio, derohalben wir vns dero nicht entschlagen können / sondern müssen vns der Sachen vnderwinden/ damit nicht allein der Keyserlichen Remission, sondern auch der Stände bedencken/ vnd dann auch den Partheyen genug geschehe.

Reitat igitur pro secundo, daß man dem Supplicanten ein gebürlich Decret auff seiner Supplication schreiben lasse / quod vt tanto commodius & aptius fiat, consideranda est eius petitio: quæ duplex est: Quia petit realem executionem, & deinde se admitti ad liquidationem bonorum.

Sein erst begehren kan ich noch zur zeit nit zulassen / dann es der Keyserlichen Remission ungenüßlich / angesehen/ daß wir beider theils fürbringen/ eigentlich erwegen/ vnd nach gelegenheit der Sachen / darauff erkennen sollen/ auß welchem auch folget; quod secunda petitio der liquidation halben / auch zu frühe geschehen / placet igitur wie meine Herrn vor mir darnon geredet / daß man so ein Decret gebe / Abgeschlagen / vnd so der Supplicant vff fürbrachte/ vt supra.

Was nun fermer vff des Supplicanten Anhalten/ zuerkennen sey / sein per dominos drey weg fürgeschlagen.

1. Erstlich daß man executoriales liesse außge-

hen / aber ich bin mit meinem voto nicht darzu geneiget / dieweil man Anfanglich / darinne gebieten müßte/ ad patendum sententiæ pontificiæ, & sic quodammodo videmur confirmare id, super quo in processu causæ nobis commissæ, in futurum cognoscendum est, sicque fieret quædam præposteratio processus, Inhalt der Keyser. Comm. seu Remission/ zu deme. Daß die Executoriales auch scharff seyn.

Auß welchen Ursachen / bin ich auch ad mandatum pœnale zuerkennen nicht geneiget / non obstante, quod inseratur clausula iustiticatoria. dieweil man noch darnehest papali sententiæ darin deferiren müßte.

Bin derhalben beschließlich vnd fürzlich zureden / geneigter / ad tertiam viam, videlicet decernendi simplicem citationem, quæ certe in omni causæ cognitione præcedere debere explorati iuris est, dann die B. duces sonst wol wissen / sententiam Romæ latam, darauff ihnen ihre gebührende Exceptiones in alle wege vorbehalten.

Daß were mein einfältiges bedencken/ doch vff meiner Herrn verbesserung / vnd laß mir auch gesellen/ daß man neben den Herrn Referenten vnd Correferenten/ dem Herrn Verwalter vnd Prothonotario befehle/ de concipienda forma huiusmodi processus citationis, vel mandati cum clausula, secundum numerum calculorum.

Die zwente Umfrage ad sequentem causam. 9. Nouemb, Anno 48.

1. D. Referens T. rursus interrogatus dixit, nos in hac causa habere iurisdictionem cumularam, quia commissio facit, vt delegata iurisdictione concurrat cum ordinaria, idcirco process außgehen sollen/ vnd mögen sub nomine Imperatoris.

2. Will keine Executoriales, Item kein mandatum etiam cum clausula erkennen/ dann man nit vnterlassen kan/ die sententiam zu inseriren.

Vult simplicem citationem erkennen, idque in hoc puncto executionis, videlicet ex actione iudicati, quæ est actio in factum ex re iudicata, non in principali causa, quia id würde dem Episcopo graue sein/ videlicet denuo inchoari nouum processum, dieweil er victor, vide Alexand. in d. l. deficiente. ff. de autoritat. tutor. vbi de præcepto iudicis. D. H. citationem decernit, dann mandatum non potest sine seruo præcepto außgehen / damit nit decreta Imperatoris nicht infirmiret, nec sententia papalis confirmiret werde / magis placet citatio.

D. V. Idem D. R. D. K. D. N. Mandatum præsupponit quodammodo confirmationem sententiæ. 47. Setzet man den vormein Urteil/ ist auch nit sein / bleibet bey den mehrern votis: quæ exigunt Ladung Et sic non in principali causa. Ne videretur Episcopo ius quæsitum, si quod habet, adimi.

Est tutior via, & neutri parti grauis, nec Imperatori, nec Pontifici contraria, tum etiam ex mente Statuum.

Were es möglich/ vt supplicaretur Imperatori, daß er die Sache zu ihme neme/ esset optimum, nec cogere in inter duos Principes, Papam, & Cæsarem pronunciare, est id valde durum.

Doch

48 Doch/ maior, & sanior Pars, residet In decernenda citatione, in generali, & communi forma, secundum S ylum iudicii Camerae. † Ita enim nemini praedictaretur, vt supra.

† Ist folgendes vff des Bischoffes Supplication, tale decretum auff vorgehende Veratschlagung gefallen/ videlicet.

Abgeschlagen/ vnd so der Supplicans der Keyserlichen Commission geness/ vnd förmlich supplicieren wird/ sol darauß ergehen was Recht ist.

Quare lapsus aliquot diebus, tandem 7. Decemb hat D. H. vigore sui mandati &c. Ex parte Episcopi H abermals suppliceret / videlicet vmb Ladung/ ad videndum procedi in causa dicta executionis.

Et quidem illa petitio fuit nostrae deliberationi & maiora consultationi geness/ vt supra: haberi vir dem Supplicans solche Citation nit fönnen abschlagen / sondern müssen erkennen / doch daß man die narrata, vff die Keyserliche Commission (ex qua sola fluit nostra iurisdictione) stelle vnd referire. Quia nos sine causa cognitione exequi nolumus, nec possumus, vt supra conclusum est.

Quod si in processu causae Dux suas exceptiones, vt iuris est, produxerit. Alß dann auß beyder Theilen in/ vnd widerreden/ contabit quid iuris sit, & an actio in factu, quae datur ex re iudicata, locum habeat, nec ne, wird man zu seiner zeit wol finden/ vt supra in summa sic decreuimus. Er fennet in consilio 7. Decemb. Anno. 48.

CLASSIS SECVNDA DE EXECVTIONE IN CIVI- libus in genere.

Votum Primum.

De executorialibus contra filios defuncti patris decernendis.

In causa S. Mauritii Stiffi außserhalb M. contra Herman. A. 17. Aug. An. 80.

S V M M A R I A.

- 1 Heredes quando ad executionem emanatis contra parentem executorialibus citandi & num. 4.
- 2 Citandus praesens non est, admonendus tamen. numer 3.
- 3 Filius, si non est haeres patris excipere debet de eo.
- 6 Executio fieri potest in quem durante lite res alienata est.
- 7 Articulorum quotatio quando in Camera iniungatur.
- 8 Restitutio tantum reddit, quantum laeso abstulit.
- 9 Ordinario remedio existente, ad extraordinarium non confugiendum.
- 10 Clausula salutaris libelli non attenditur cum de intentione, aliter constat.
- 11 Reseruatio causa in Camera fit, cum iudex inferior grauasse partem depr. benditur.

1 S V B M I S S I O † an decernenda sit citatio, ad reallumendam causam, vel prius mandatum

pro sufficiente habendum: putat non opus esse citatione, cum filii dicti Nusspurger ante prorogationem definitiue post conclusionem in causa, non tantum ad executionem, sed & alios omnes iudicii actus constituerint, & cum expressa promissione de iudicato soluendo, quae clausula ad executionis processum proprie pertinet: Accedit quod contra praesentem † citatione opus non sit, etiam si contradicat, & citari velit, eamque communem opinionem: Doctorum esse ex Riminaldo asserit A sinus in *praxi iudiciaria*. §. 7. *lim. 90. nu. 8.* Verum quamuis praesentem citare necesse non sit, tamen de actu celebrando † admonendus, & terminus ei de nouo competens indulgendus est. A sinus *d. loc. nu. 15.* Idque tanquam benignius nostro casu amplectendum, & ad docendum de Partione nomine filiorum vltimus tempus praefigendum putat.

D. R. Licet procuratoria sufficiant, tamen cum executoriales solummodo contra partem emanarint, dubitatur, an poena † ad filios extendi possit: 4 Cum executoriales sint stricti iuris, nec noua citatione sit opus; & vt ipsi filii doceat de Partione sententiae, mallet decernere citationem nouam.

D. M. Existimat non praeterea vltiori citatione, ad reallumendum, filiis praefigendum tempus, ad agendum in puncto executionis seu executorialium, quod audita prius illius puncti relatione, decerneretur.

Primum, quia iam ante constituerunt D. Nusspurger / qui & ipsorum nomine in hac causa intervenit. Deinde, non tantum contradicendo, actui, & processui patris: verum etiam tertio in causa restitutionis in integrum, contra ipsum pro Mauritii Stiffi iudicatum. Quarto: quia pater Hermannus, ipis filiis praesentibus, & cum ipsis constituendis, procuratorem, nomine filiorum egit, non tantum nomine administratorio. Quinto: Verum etiam ipsius propter intuitu spoli, per ipsum, & non per filios commissi. Sexto, Licet igitur sententia definitiva executorialis, & subsecuta euentualis sententia, in personam tantum patris sint concepta: possunt tamen eo iam defuncto, etiam extendi ad filios, partim tanquam principales, quorum nomine administratorem egit, partim tanquam heredes patris, quatenus imple ob spoli commisso ad restitutionem est condemnatus.

Ego cum Domino Referente, ex benignitate indulgendum sit altem vberius.

Inter easdem, in puncto principali, in quibus submissam, 1. in puncto legitimationis. 2. partitionis executorialium. 3. Commissariorum in puncto liquidatorum. 4. Admissionis articulorum pro restitutione in integrum pro Actoribus.

Quoad primum, Nusspurger nomine filiorum N. 13. Martii. Anno 76 per generale mandatum, vna cum patre constituerunt: quod mandatum D. Nusspurger/ Anno 77. 17. Octobris repetiuit: Deinde illius mandati vigore, nomine filiorum, executorialibus hisce se opposuit, & restitutionem contra sententiam petiuit: quae argumento sunt, eos in lite fuisse, & esse, vt de nouo eos citare non sit necesse.

In 2. puncto, vt dicti filii, & sententiae, & executoriali-

torialibus parent, omnino concludi, r. ideo, quia vt dixit ad causam se, eum clausula rati, legitimarunt, & iudicatum solui promiserunt: Deinde; quia dicti filii heredes & patris absque dubio sunt, & si hi non sunt, adhuc excipere debent. A. fin. in praxi iudic. §. 31. capit. 1. ampli. princip. 16. numer. 13.

Tertio, constat ex actis, patrem bona controuersa inuasisse, eoque iure conuento, ante sententiam latam, in filios possessio est translata, ex quibus Conradus. S. iam eos possidere affirmat. Iuris autem est, sententiam executioni mandari posse, & contra eum, in quem durante lite possessio est translata. l. 2. C. de litig. Bartol. in l. si superatus. §. 1. de pignori. A. fin. dicto loco. ampli. 2. 4.

Quarto, non tantum restitutio in integrum contra dictam sententiam filiis est denegata, sed etiam exceptiones executioni oppositæ iam dudum sunt reiectæ, frustra igitur dicta sententia iterum replicatur. In tertio puncto articulorum liquidatoriorum &c. ex prothocollo deprehenditur, dictos articulos non & quotatos, & pplexæ ad illos responsum; Ex præscripto igitur ordinationis, quorationem, & quod Procuratores recte procedant adhuc iniungit. In quarto puncto, supplicationem articulorum, pro restitutione in integrum, ab actoribus productorum, quos ad probandum non admittit: Primo ideo, quia ex conclusione constat, rescissorium, quod cum rescindente iudicio coniunctum est, tantum intentari quoad petitorium, in quo actores læsi non sunt, cum in possessorio tantum maioribus votis dominorum sit pronunciatum: & restitutio vero ea tantum reddere potest, quæ abstulit læsio. l. 1. & fin. C. de sentent. passis. l. quod si minor. §. restitutio. de minoribus.

Deinde cum petitorium iudicium; quod ordinarium est, vtrique parti super sit, frustra ad extraordinarium iuris & remedium recurritur. leg. in causa cognitione. ff. de minoribus. Quod, autem rescissorium iudicium respiciat petitorium, patet ex eo, quod actores petunt, die streitige Acht Hoffe vnd Erben / cum fructibus sibi restitui, quibus verbis, res ipsa non possessio significatur: eaque petitio ad petitorium non possessorium pertinet. Menoch. in remed. recuper. num. vi. Non obstat artic. 36. 37. 38. 39. 40. 41. possessorium respicere, vt ex eorum narratis, vt clausula salutaris, & in fauorem actorum, petitionem ad possessorium extendere debeamus. Resp. contra Actorum intentionem, quæ clare, & in reliquis articulis, & in ipsa conclusione de petitorio intentato exprimitur, id fieri non posse. Socin. significatur. num. 62. c. dilecti. num. 53. de libelli obligatione.

Neque etiam petunt medietatem obuentionum, quorum possessionem articularunt, sed ipsa bona controuersa cum omnibus fructibus. Accedit, quod dil. tre in articulo 43. asserunt, daß inen solcher nützlicher Besiz vnd Gebrauch / aber fant sey. Ergo nec petitorio restitutionis eo pertrahi potest.

Addit quod nec articularint, se tempore occupationis in possessione fuisse, q. in iudicio possessorio recuperanda est necessarium: nec omi-

ssissent, si de eo restituendo cogitassent, maxime cum singula, quæ petitorium concernunt scrupulose sint persecuta.

Concludit: restitutionem petitam denegandam, eum reservatione petitorii, hic in Camera proponendi. Idque ideo; & quia ex reservato-ria principali Camere sententia constat, priores iudices Actores grauasse, & ideo ad eisdem remitti non debet.

Cæterum cum exceptiones & protestationes reorum iam filii des. A. iterum inculcant, etiam petitorii fines, quoad R. & C. attingant, ne videamur ipsis minus fauere quam Actoribus, reservationem etiam, quoad eos, sub correptione Dominorum, compensatis expensis, faciet.

D. R. Tametsi executoriales, quæ contra patrem defunctum, & non contra filios decretæ, sibi antea dubium mouerint; tamen iam concludit cum Referente, quia filii constituerunt. In secundo puncto, cum Referente. Similiter in tertio puncto, quod debito modo, vnd vnterschiedlich procedere, quotando debeat. In quarto puncto, pariter cum Referente, als vnformelich abgeschlagen / cum reservatione quoad petitorium, &c. compensatis in hoc puncto: quia aliud in puncto partitionis.

D. M. cum Referente, quoad 1. 2. & 3. punctum quoad quartum punctum, vult, solum modo non admittere articulos, ad probandum. Quia in causa principali nondum possumus pronuciare, quod merita eiusdem causæ nondum sint deducta, nec definitiue in ea conclusum, existimat articulos illos saltem vt irrelevantes & impertinentes reiciendos; vel certe ad probandum non admittendos: Dubitat etiam, an petitorium expresse referuari possit, cum id iam ante in definitiua tacite sit factum, vbi commodius fieri poterat, compensatis expensis.

Ego cum Referente per omnia; quia ex actis & proposita petitionis materia, iam constat, causas restitutionis non esse sufficientes, nec relevantes, ideo petitionem denego, cum reservatione, compensatis expensis.

D. B. Cum Referente.

Forma Sententia.

In causa executionis, contra H. A. fero filios & Erben/beklagte / läßt man es bey D. Augspurger den 13. Martii Anno 76. beschehener / vnd den 17. Octob. widerholter legitimation. bleiben / darauff ihme/vorgewenter Einrede vngehindert/dem Brtheil am 20. Nouembris Anno 78. vorgangen ein gnügen zu thun/zeit 3. Monat/von Ampts wegen nachmals angeferet / sub comminatione prioris tenentia.

Ferner in puncto liquidatoriorum ist Erkant daß L. Braidschwert die am 7. Januarii/bemeltes 78. Jahrs fürbrachte specification vermöge der Ordnung / quotieren / vnd darauff beyde Procuratores formlich verfahren sollen / gegen ihnen auch D. Naminger/als gewesenem Procuratorem, vmb

vmb des willen sie solches vnterlassen / die Straffe derselben vorbehalten.

Eslich ist gedachter & Braidschwerd in der Supplication pro restitutione in integrum, den 29. Februarii Anno 80. per articulos eintommen / als vnformlich / abgeschlagen / vnd der Bescheid / wollen die Partheien in Petitorio ein ander anspruch vnd forderung nicht erlassen / das sie solches an diesem Keyf. Cammergericht / thun mügen die Gerichts Kosten in diesem puncto vffgelauffen / auß bewegenden Ursachen compensirende.

Votum secundum.

De executorialibus in bonis immobilibus: & de exceptionibus variis.

In causa C. V. V.

Contra F. V. S. Erben.

SUMMARIA.

- 1 Exceptiones contra sententiam quæ opponantur.
- 2 Interrogatio: an possederit, in realibus act. necessaria.
- 3 Camera potest saluare nullitates: & si illa super actibus prioribus, pronunciet eius sententia non potest ex illis impugnari.
- 4 Verba in sein Gut weisen / immisionem significant.
- 5 In realibus & mixtis declaratoria sufficit.
- 6 Sententia declaratoria eius est efficacia, cuius est condemnatio.
- 7 Exceptiones in causa principali obiecta in executione obici non possunt.
- 8 Offerens se liti, condemnatur, nisi panituerit ante liti contestationem, nu. 9. & 11. vel decesserit.

ET si executoriales ad plures filios Frid. fuerint destinati, hq; omnes citati, vt & ante sententiam definitiuam nomine F. & W. 7. octob. an 65. se W. post obitum parentis legitimauerat; tamen Wilh. mortuo, vt ex insinuatione executorialium constat, & Frid. quoque vt Wilh. 20. Ianuar. & 20. Febr. An. 70. ob quam causam nec executoriales illos executores puto, solus Conradus vi mandati, per d. Wilh. comparuit, & ad impediendam executionem sententia, 30. Mart. An. 69. lata, 13. Mart. An. 70. has opposuit exceptiones: 1. Quod sententia primæ instantiæ, ad quam se refert sententia Cameræ, sit nulla. 2. Quod sententia primæ instantiæ nihil iniunxerit patri suo St. nec condemnarit. 3. Quod nunquam interrogatus sit pater suus à patre appellantium an possederit: quæ interrogatio omnino in actionibus in rem sit interponenda. 4. Quod nec possiderit d. prædium, nec dolo defierit possidere. 5. Das er sich auch nicht pro possessore angeben neque liti se obtulerit. Sed has exceptiones non puto obstaré, quo minus d. Conrado partitionem iniungamus. Nam ad primum quod attinet, tamen ex variis causis, primæ instantiæ, sententiam nullam esse dicit in duplici: vt quod acta fuerint

manca, & mutila, quod verã contineat conditionem: tamen causæ illæ non releuant eum. Nam vt manca essent acta primæ instantiæ, quod actores negant, quoad substantiam, & merita causæ, tamen sibi imputare debet pater citati, quod cum in secunda instantia appellati, non integra acta produxerit.

Nec vero conditio illa: si quis meliori iure se suffultum docere possit, quo ad tertium extraneum, non eos, qui in lite erant pertinet. Et vt nulla fuisset d. sententia primæ instantiæ, nihilominus eã Camera, vt supremus appellationis iudex, cõfirmare potuisset, vt alias sæpe ostendi. Itaq; licet sententia nulla exequi non possit. Ferrar. de exec. sentent. §. 1. nu. 6. tamen Cameræ sententia non potest dici nulla; de cuius executione agitur, licet implicite in se contineat primam sententiam: Illam enim confirmando informem format. Nec obstat secunda exceptio: Nam iudices primæ instantiæ, postquam reos titulum possessionis suæ non pbasse pronuntiarunt, actorẽ autẽ dominũ, vel quasi, prædii pbasse, weisen sie in in sein Väterliches Gut ꝛ que verbaliter d. St. fuerint cauiliati, tamen certũ est de possessionis immisione intelligenda. Vnde actor in actis primæ instantiæ vrit, veram & realem immisionem in possessionem à paribus decretam: Ac tamen reus non fuisset condemnatus, sed iudex tantũ rem ad actorem pertinere declarasset, nihilominus & sententia contra reum exequenda fuisset, ꝛ cum in realibus vel mixtis declaratoriæ sufficiat. Angel. ad §. omnium, num. 12. ad fin. vers. quid si agi rei vend. & Iaf. ibidem num. 23. Instit. de actio. Dd. ad l. si à te in prins. & §. 1. de except. rei iud. vbi rationem exponit Barr. Socin. Quod sententia declaratoria eiusdem sit efficacit, cuius est condemnatio. ꝛ argumento l. 6. ex diuerso. de rei vendic. Et hanc conclusionem, vt veriotem, sequitur Bart. num. 139. Iafon in 4. colum. Corraf. num. 41. ad l. naturaliter §. nihil commune. de acquir. pof. Roland. à Vall. conf. 56. num. 8 & 9. libr. secund. Ioann. Bapt. Afin. in prax. iudic. tertia, ampl. 26.

Reliquæ rationes merita causæ continentés, etiam ante sententiam, in vira peremptoriæ obiectæ fuerunt ꝛ vnde eo minus releuant quamuis ex his præcipua fit, ordine prima, alias tertia. Nam glo. fin. ait in d. c. penult. de except. Item si quis non possideat, & liti se offerat - ꝛ actore ignorante condemnari ac si possideret, l. fin. autem. in pr. l. is qui se liti. de rei vendic. Quod intelligunt Dd. si scilicet non sit citatus: secus si sit citatus, & non interrogatus, perinde ac si sciret eum non possidere, quemadmodum in d. gl. notatur, iuxta. Specul. de Interr. §. 2. vers. pone ergo. & Ioan. And. ibid. Vnde allegati Anchor. n. 1. & Feli. nu. 3. vt & Panor. ad d. c. 1. idem Panor. ad cap. examinata de iudic. tradunt, si non possidens citatus compareat, & non interrogatus, an possideat se defendat, nõ dici se liti offerre. vt & gloss. notat. ad dict. l. qui se. in verb. possideres per l. si à te §. 1. de except. rei iudic. Verum id locum non habet, cum sua sponte reus, vel in iudicio, vel extra ait se possidere. Nam tunc condemnatur, vt allegati Canonistæ locis citatis notant, & Bart. atque Doctores ad l. is qui se obtulit. de rei vendic. vbi tradunt, eum qui se liti obtulerit posse

9 posse ꝑ ꝑœnitere ante litem contestatã, nam post litem contestatã non potest ꝑœnitere, nisi actor sciret offerentem se non possidere, *l. nam si actor scit*, ubi non adiungitur, q̄ non ab alio sed à seipso decipiatur. ff. *de rei vend.* quod à reo probandum esset, *l. qui se liti. ff. de pet. hered.* Et hæc doctrina delumpta est ex *d. l. in qui se obtulit*, & ex *dnab. l. seqq. ff. de rei vend.* & ex gloss. in verbo, *absoluend.* & in verb. qui discessit à Rei defensione sine causa, cum non possideret, nec dolo fecisset quo minus possideret, si actor ignoret, esse absoluendum: secundum Marcell. Addit ibi hanc sententiam veram esse, sed post litem contestatã. Cæterum ante iudicium acceptum, non decipit actorem, qui se negat possidere, cū vere non possideat, nec videatur se liti obtulisse, qui decepsit. ꝑ Eodẽ pertinet *l. vlt. in fin. ff. si vsufr. pet. & l. amplius. Rem. rat. hab. & l. si eum dotem. §. eo autem. sol. marr.* & similes allegatæ à gloss. in *d. verb. qui decepsit.*

10 Cur ꝑ autem post litem contestatã sit condemnandus, rationem hanc tradit Feli. *d. nu. 3.* allegans *Bar. ad l. 1. d. §. 1.* quia contestando litem videtur negare contenta in libello, scilicet, agentem esse dominum, & se possessorem. At vero non modo in Instantia in prima audientia pater citati se liti obtulit, sed & petiit, *Sich bey d. Besiz/vermõg Brieff vnd Siegel zu handhaben.* Itaque confessus est, se possidere. Item 3. in Instantia, hic litẽ est contestatus. Denique licet hanc exceptionem, vt & sequentes, tanquam merita causæ concernentes pater citati in der *Änzeitg 30.* Iunii Anno 63. in vim peremptoriæ opposuerit, tamen non fuit attempta. Quare iam iterum in puncto executionis opponi non potuit. iuxta *l. à Dino Pio. §. si super reb. ff. de re iudicata.*

Idem status, de 4. & 5. exceptione. Nam & eas ante, vt peremptorias, opposuit: Itaque hic nõ attendendæ; & vt hic non opposuisset, tamen quod & se pro possessore, & liti obtulerit, ex actis constat: At vero non modo eum qui se liti offert condemnare, sed & sententiam in eum exequi licet, quamuis non possideat, veluti procurator, si modo soluendo sit.

Votum tertium eiusdem tenoris.

In causa. G. L. contra F. J. genand S.

SUMMARIA.

- 1 Heres succedit in ius defuncti.
- 2 Heredem aliquem esse actor probare debet.
- 3 Hereditatis petitio in facto consistit.
- 4 Hereditati quem se immiscuisse, probandum est.
- 5 Aditio hereditatis ex quibus actibus probetur.

A. R. Instituta est actio iudicati aduersus hæredes debitoris vel rei, eo respectu, quo hæredes in ius defuncti succedunt. ꝑ *l. miles in fin. de re iudic.*

An probata; Constat eam probatã, ex sententia primæ Instantiæ quæ transiit in rem iudicatã.

An Elisa: Excipiunt citati se non esse hæredes, cumque iuris sit, neminem ex aliena actione, &c. contendunt, ad cassationem citationis, vel abtolutionis ab instantia. Hinc oritur controuersia: an

sint hæredes, cuius probatio actori, ꝑ non citatis incumbit: Sed actor, tantum non probet, hæredes eos esse; sed quod tempore mortis debitoris rei, ipsa Catharina in viuis fuerit, quam ipsimet ponunt, marito suo successisse ex testamento. Itaque Catharina eo tempore hæres fuit, non citati. Restabat ergo vt probarent citatos hæredes Catharina fuisse, quæ debitum exsoluit, non tamen hæreditario nomine, sed vt res suas obligatas à marito liberaret. Vnus ex citatis tanquam fideiussor Catharinæ partes suas interposuit. De reliquis consortibus ne quidem verbum.

Quid pronuncianum.

Cum petitio in exceptionibus tria membra contineat.

Primum, quod ad rem non adeo pertinet. Secundum vt cassetur citatio. Tertium vt absolatur ab instantia. Primum, & tertium eligendum, quia citatio non est nuda, sed actor in probatione defecit, cum expensis.

D. Corref. S.

Putat actum iudicati actione. Et quemadmodum hæreditatis petitio ꝑ in facto vt plurimum consistit, ita actori vel actrici incumbit probatio; quod citati se pro hæredibus gesserint, ꝑ & one- 4 rib. hæreditariis se immiscuerint. *l. Iulianus de acquir. possess. Rom. cons. 154. n. 2.* Quales autem ꝑ actus ad probandum aditionem requirantur copiose tractat Mar. in *repet. l. in potest. de acquir. hare. n. 72.* Bald. *cons. 488.* inter quos actus Mar. refert, si quis defuncti debitoris nomine debitum hæreditarium soluat, eo ipso probationem hæredis induci. Et cum vterq; testis ad 9. art. deponat. M. B. vnum ex hæredibus debitum. t. B. post coniugum mortem soluisse, videri posset, per hunc actum hæreditariam actionem probatã.

An elisa.

Esti testes asseuerent d. M. soluisse, in quo actu fundamentum elisionis consistit, tamẽ d. M. non vt hæres, sed vt fideiussor restans debitum soluit. Quare concludit cum Referẽte elisam intentionem actorum, & pronunciat citatos esse ab instantia absolueandos, condemnando actores in Camera expensas.

D. M. Actio, quoad citatos, non est probata, sed quo, ad S.

Quid pronuncianum: Quia summarie est processum vult ab instantia aboluere citatos, condemnando in expensas Camera.

D. E. Concludit cum Dominis:

Sic S. F. C.

Votum quartum.

De exequendo compromisso, & quis eius rei iudex:

In causa F. S. Auch Schultheiß vnd Gemein zu F.

Contra Schultheiß vnd Gemein zu J.

SUMMARIA.

- 1 Examen testium est nullum, quando sit publicatis citationibus.

- 2 Super nouis articulis fieri potest examinatio.
- 3 Examine quod per iudicem commissum, creditur.
- 4 Examen firmat consensus partium.
- 5 Sententia incerta est nulla.
- 6 Sententia certitudo ex actis probatur.
- 7 Executio compromissi, actione in factum petitur: maxime pœna non adiecta. num. 8.
- 9 Executio potest fieri intra 30. annos. etiam in laudum num. 10.
- 11 Executio laudi ad ordinarium spectat.
- 12 Conclusio est de consuetudine, & ideo omisa non causat nullitatem.

Votum Referentis.

Si vellet impertinenter disceptare, posset de compromisso, & eius vitibus multas rhabodias in medium adferre: sed quia compromissum non fuit impugnatum, missa isthæc facit.

Sed ad nostræ causæ decisionem dicit potissimum tria puncta principaliter esse tractanda.

1. De validitate processus primæ instantiæ.
2. Qua actione actum.
3. Vtrum exceptio præscriptionis & rei iudicatæ Reorum locum habuerit: actionemque eliserit.

Quo ad primum, potest videri processum primæ instantiæ esse nullum, idque ex duobus fundamentis, seu causis.

Primo ratione examinis testium, super additionibus facti nimirum post aperturam examinis super principalibus.

2. Quia sententia videtur incerta, ideo nulla. Redeundo ad primam causam; an examen illud sit nullum, eo quo factum sit post publicationem alterius examinis; videtur dicendum quod sic, per apertum textum, in *Auth. qui semel. Cod. de probat.* vnde videtur nullum. Sed ille textus loquitur quando super iisdem articulis sit examen: quia tunc non admittitur reproductio testium: secus si super nouis & diuersis, textus est in *capit. causam que, cap. cum venissent, de testibus.* vbi super diuersis, admittitur reproductio testium. Igitur & in casu nostro valet examen, etiam de iure.
2. Adde quod illa & omisso examinis posterioris, facta est ex negligentia Commissarij, quæ non nocet principali, per text. in *capit. per tuas, extra de testibus.*

Ergo & in casu nostro non præiudicabit producenti, vt qui simul vtrosque articulos eodem tempore exhibuerit, &c. vt in actis.

3. Tum etiam iudex ex officio per interlocutoriam commisit examen, & vnde tali examini creditur, gloss. verb. *audiendum, in d. cap. per tuas, supra alato.*

4. Quod dem/ mutuo cōsensu partium admissi sunt testes: & vnde patet ex consensu partium examen admitti. Bald. in *cap. si inter dom. & vasall. consent. l. Titio centum, de condit. appof.* vnde tollitur suspicio. Ex quibus omnibus conseruatur examen, diciturque validum, non obstantibus exceptionibus Reorum.

5. An sententia sit incerta? & videtur quod sic; ideoque nulla, per *l. hac sententia, C. de sentent. que siue cert. quantitat. profert.* Quia hic non constat,

ut vici Schaffe einer ernehren fan / & sic incertum continet sententia.

Sed eo tamen non obstante, dicit sententiam certam; Idque per doctrinam Bartoli, in *d. l. hac sententia.* vbi dicit, quod certitudo sententiæ, potest ex actis probatoriis sumi, vt & sententia sit certa, per relationem ad acta probatoria, etiam si nihil certi contineat sententia; pronunciat enim super probatis, secundum probata. Ergo & in casu nostro concludit sententiam valere; relata scilicet ad acta probatoria. vide Bartolum in loco præallegato.

Secundo principaliter videndum; quæ actio intentata sit; & videtur actoribus nullam competuisse, per textum in *l. 1. C. de arbit.* propter laudum scilicet, vt ibi.

Sed dicit actum hic esse actione & in factum pro executione laudi, ex *l. cum antea. C. eod. de arbit.* vt sit specialis prouisio, quemadmodum illa quæ datur ex re iudicata: maxime hic ita actum, cum non sit pœna in compromisso adiecta, & vt patet ex *d. l. cum antea*; Sicut pro executione sententiæ competit actio in factum, ex re iudicata: Ita pro executione laudi, siue sententiæ arbitralis, datur actio in factum.

Tertio principaliter videndum: An Reorum exceptiones perimant actionem actorem.

Quoad exceptionem & rei iudicatæ, dicit executionem sententiæ posse fieri intra triginta annos: Ergo & laudi executionem quoque, Baldus in *Rubric. Cod. de re iudicat.* Ioan. Andr. in *tit. de execut. sentent. in addition. ad Speculator.* ita quod & illa exceptio præscriptionis non habeat hic locum, diereil noch nicht 30. jahr post laudum verlauffen.

Ad executionem laudi quod attinet, ea iure pertinet ad ordinarium. & Bald. in *l. cum speciale. de iudic.* vbi patet, executionem laudi pertinere ad ordinarium non ad arbitrum. in *l. a. Dico. ff. de re iudicata.*

Concludit illas exceptiones reorum non habere locum, & sic est conseruatus processus à nullitate, vt subsistat.

Videndum igitur postremo, quid pronuncian- dum, id constat ex collatione probationū hinc inde.

Dicit actores I. suam intentionem bene probasse; & reos nihil probasse concludit, iccirco pronuncian- dum.

Quod in voriger Instanz wol geurtheilet / vbel darvon appellieret / cum refectione expensarum.

Quia appellantes non grauati appellarunt; Debui- sent potius acquiescere sententiæ.

D.M. Correferens.

Concordat cum Referente in instituta actione: videlicet actum esse ex actione in factum. ex *l. cum antea. C. de arbitris.*

Seruat processum à nullitate, subscribens voto Referentis.

Conclusio in foro ciuili: (secus in foro Canonico) non est de substantia iudicii, & sed de consuetudine magis, idcirco non obstat nullitas. Cardinal. in *stem. supe de V.S.* Quia conclusio non sit de sub;

substantia Iudicii, secus de iure ciuili. Felin. in c. per suas.

Restat videndum; an inique pronuntiatum nec ne. Et dicit actores in prima instantia; appellaros, in secunda melius probasse, idcirco pro iis pronuntiatum videlicet bene iudicatum, male appellatum. Cum condemnatione expensarum, hic in Camera aufgelassen.

Votum V.

De executorialibus: contra testes.

In causa Herin Frider Marggraff zu B. contra S. H. zu D.

SUMMARIA.

- 1 Commissarius quomodo ad pœnam procedat.
- 2 Privilegium litigiosum non est allegandum.
- 3 In dubio pro imperio iudicandum.
- 4 Cum ardua occurrunt causa ad plenum consilium referuntur in Camera.

DV o hic breuiter examinanda sunt. Primum; an processus contra testes contumaces Camerae rite sit obseuatus? & dico quod sic: quia omnia huius processus requisita interuenerunt. Primo enim Commissio in personam B. fuit decretata: deinde eidem concessa potestas contra testes contumaces, pœdendi eosque puniendi. Tertio citatio decreta, & legitime per nuncium testibus insinuata. Quarto, illis testibus contumacibus existentibus, ad instantiam Marchionis impetrantis contra illos monitorium pœnale, sub pœna 2. marc. anti denuo legitime decretum fuit, & executum. Quinto, contra notorios contumaces testes fertur condemnatoria; qua quilibet testium punitur 4. Marcis. Et hæc omnia vigore commissionis remittendo causam in puncto executionis huc. Sexto, hic petuntur executorialia; quo ad pœnam, & in arduos processus; ut testes contumaces adhuc pareant. Ergo queritur: an petiti processus sint decernendi? Et dico quod sic: quia cum processus sit rite obseruatus, & causa sui natura huc pertineat, & in possessione, vel quasi decernendorum processuum sumus. Nil etiam ob stare videtur privilegium exemptionis: 2. Primo, quia illud est litigiosum, nec in hunc usque diem approbatum. Secundo, tam dubium est, ut id inualidum esse vno quasi ore omnes concluderint. At in dubio magis pro, quam contra Imperium iudicandum. Quarto, multa existant præiudicia, ubi non obstant privilegio, processus sunt decreti. Ultimo, & ne vlla sit dubitatio, ratione iurisdictionis, etiam simplex actio & inhibitiio autoritate Collegii fuit decreta.

D. S. distinguit inter Erbländer & E. ideo vult denegare.

D. S. Processus vult decernere, propter rationes non solum à Domino Referente adductas: sed & quod actionis mandato annexa sit citatio: ita ut nihil Austriacis præiudicetur, sed ipsis ex-

ceptiones, & allegationes privilegiorum sint saluæ. Cum vero privilegium sit litigiosum, & controuersum, in dubio processus decernere, quam denegare malo.

D. A. Quia causa præiudicialis est, & magni momenti, nec sciam vllum præiudicium exstare, in hoc puncto, tutius putat causam ad plenum senatum referri, ut factum est in similibus.

D. A. Non putat contra privilegium disputandum esse, neque citationem, vel vlllos processus, decernendos will es noch zur zeit abschlagen.

D. W. Non vult adhuc denegare processus: Interim videtur maximum præiudicium factum per Commissarium, qui privilegiis allegatis, & non disputatis in pœnam condemnauit, & ne videatur, id præiudiciū, will es noch zur zeit abschlagen & testes ad Cameraam citiren. Si id non placet, tenet cum D. Sch.

CLASSIS III.

De debitoribus: creditoribus eorundemque prælatione, accommodata ad materias pertractatas ab Afinio §. I. c. I. 2. 3. 4. & §. 5. & §. 6. à cap. 54. vsque ad 72. ac §. 7. à capite primo, vsque ad 170.

Votuum vnicum.

De Anno 1558. mense Iun. In causa:

Iob. Bre. contra wendel. Burck.

SUMMARIA.

- 1 De hypothecaria actione, & contra quem ea detur. num. 2.
- 3 De Remedio l. final. de acq. possess.
- 4 De vtili interdico Saluiano.
- 5 Pactum, ut fructus rei pignorate defalcetur, valet.
- 6 Iuramentum oblatum fuisse sufficit.
- 7 Magistratus consensus in præiudicium tertii adhiberi, nequit.
- 8 Prescriptio contra minorem non valet. nu. 15.
- 9 ad executionem non proceditur existente tertio possessore.
- 10 Executio non potest fieri contra fideiussorem sine nouo processu.
- 11 Testis officialis dictum multis corroboratur.
- 12 Arrestationis ius ad hypothecam non extendendum.
- 13 Prescriptio in tertio possessore quomodo procedat.
- 15 Minorem esse. probari debere, quia maiorem non presumitur. n. 31.
- 16 A iuramenti delatione, an appelletur.
- 17 Ad iuramentum non adigendus is cui res non potest constare per sensum corporeum.
- 18 Hypothecaria non nisi contra possessorem datur ut & Saluianum. num. 19.
- 20 In hypothecaria & Saluiano par probandi ratio.
- 21 Requisita dictorum remediorum pulchre recensentur, & applicantur.
- 22 Res in hypothec. debet esse talis, ut possit obligari, ut & persona habilis.
- 23 An dominium hic probandum sit.

- 24 Feudalis res non potest oppignorari: si modo probetur talis.
 25 In dubio res non feudalis, sed censita presumitur.
 26 Excusio non est opus, si quis notorie non sit solvendo.
 27 Hypothecaria praescribitur decennio.
 28 Iudex debet omnia rimari.
 29 Expensa ex causis compensanda.
 30 Permittens rem alienari, ius amittit.
 31 Hypotheca tacita non venit ex mutuo.
 32 Sententia stricte intelligenda.
 33 In executione iudex non debet iudicis partes sustinere.
 36 Actio iudicati datur contra tertium possessorem.

PRIMA instantia zu Ditten Zimmern sub Comite Ludouico Casimiro zu Hohenloe Anno 1520. Veneris post Ekto mihi hat Leonhard W. mit recht angesprochen Michael W. Gut / wie er bey seinem Leben mit ihme gerechnet / in bey sein etlicher vmb 138. flor. Daran hab er jme bezalt 10. fl mit mit 26. Schaffen: weiter sey er nicht Bürg / sondern selbst schuldiger worden / gegen den heiligen zu Konzelhar zu S. Wolfgang / ohngesehr vff 50. fl. vnd für die Schuldt hab er ihme eingesetzt coram Schulteto & quibuldam aliis. alles das er an seinem Hoff bezalt hab. Item interpellalle Schalterum, daß er Walters frucht / so viel der zeit in der Scheuren gelegen / verbieten solt: Separat er sol von niemand geirret werden / bis er bezahlet / etc.

Contra comparat Wendel B. & filia W. cui etiam debeat, vnd ihnen verhafft ist / an den Hoffen / vnd auch andere mehr so vmb schulden Einsas haben / quorum multi comparaerunt, tam ex delictu d. Comitis, quam extra. Moris & iuris esse: da verdorben leut sein / das erst bezalt werden Gerichtsherin / Lehenherin / post die Heiligen / darnach die vnter dem Gerichtsherrin / vnd in der Herrschafft gefessen / vnd sein kein aufwendige zu zulassen / bis die genante zu vor contentirt / post Replicas Triplicas, &c. & testu attestaciones cöclusum in causis, & lata sententia. Die weil Leonhard W der erst verbietet / sol er auch der erst bezahlet seyn / dargegen sol er bey seinem Nydt behalten: wie er die Rechnung beschlesse / der Schuldt / so ihme der Michel W. schuldig / daß dem also sey. Was vbrig / sollen die andern / so im Rechten anhangen / jeglicher nach seiner Gebür / nemen / vnd sol jegliche Parthey ihren / in dieser Sach auffgelassenen Costen / selbst tragen. Post eam sententiam mortuus Lehenhart W. vnd ist die Sach 17. Jahr also anstehen blieben. Tunc demum comparaerunt haeredes B. Actores coram Comite de Hohenlohe, & petierunt executionem sententiae.

Rei fatentur sententiam latam, ante Annos, 17. Sed cum sic iudicatum contra consuetudinem, se appellasse, & licet appellatione prosequerentur; tamē B. hab vber jr durch de Schultheissen beschelhe verbieten Wollt / vnd frumētum, vnd anders auffgeladen vnd hinweg gefürt: Petunt das hingefürt Gut wider darzu thun / offerunt se iuri: P. ior sententia confirmatur vor dem Hoffgericht Comitis

de Hohenloe, de quo ad Cameram appellatum, Anno 1553. 16. Augusti.

In formalibus nihil desiderat; quia debite appellatum. Et apud iudicem ad quem institutum pro decernendis processibus: Quoad merita infertur ordini consueto. i. Actū videri vtili Hypothecaria § l. i. & 2. C. de pratorio pignore, quae in speciebus pignorum, & contra quemcunque locum habet. §. item Seruiana. Instit. de action. §. interdum quoque. Instit. de interdicit. Competere autem putat in praesenti casu creditori B. Vtile saluianum ad saluandum ius suum, quod habet in bonis sibi cum consensu Schulteti in Zimmern a w. defuncto, obligatis. Dicit enim sibi esse ius, quod habuit w. interueniente decreto Schulteti, donec sibi satisfiat de debito: Ita quod debeat erster bezahster seyn: Et datur contra quemcunque; §. possessorem. l. i. C. de saluian. interdicit. Agi enim ita posse contra tertium possessorem rei sibi obligatae. glo. & Bar. auth. hoc si debitor. C. de pignor. l. si fundus. §. in venditione. ff. eod. contra tertium; quia personalis alias nulla contra tertium competit. Capic. decis. 172. num. 7. Vbi sufficit probare debitorem fuisse possessorem. Zaf. §. item Seruiana. versic. non principaliter. Instit. de action. cum in Hypothecaria alia sint requisita. Ferrar. in titul. de action. Hypothec. verb. supr. eadem obligatione. nu. 18. Et in verb. ex memoratis. n. 2. & §. Potest etiam dici, actum ex conditione. l. final. ff. de acquir. poss. ff. cum etiam datur contra tertium §. possessorem, nec praescribatur contra eundem 10. annis, sicut in hypothecaria, vel saluiana. l. i. C. si aduers. credit. Sed requiri 30. Annos. Marant. part. 4. dist. 7. num. 51. Verum tamen magis crederet competere vtile interdicitum Saluianum: quia quis minus tenetur in eo probare.

Apparere ex attestacionibus Actoris, defunctum W. dolo tamen contra creditores non carentem, ipsi Actori, nunc Actorum patri coram magistratu in Zimmern eingesetzt / alles das so W. an dem Hoff bezalt / iuxta acta, per quae factus probatur defunctum w. omne ius seiner Erbgerichtigkeit auff dem Hoff / pro solutione facienda obligasse, idq; cum consensu Schulteti deponentis, desuper, cui credendum, vt ei, qui interfuit negotio, & eo magis validum cum contra eum nihil exceptum, per iur. vulgat. etiam iuris fesse: Valere pactum cum debitore. Vt fructus rei hypothecatae defalcare liceat Ferrar. sit. vt supr. gloss. in verb. ad relaxand. circa princip. Cuius quidem debiti solutionem per consuetudinem nomine priuignae per Reum allegatam impediri, cū & iniqua, & non probata existat. Defuere etenim requisita ad inducendam consuetudinem. Merito ergo sententiam latam Anno 1520. & Anno 41. confirmatam, suum effectum sortiri, & executionem fieri debere contra detentorem pignoris? Cum melius sit incumbere pignori, quam in personam agere, quod tamen ob mortem w. amplius esse non posset, Decius in l. contractus. ff. de regul. iuris.

Cui sententiae non videtur ob stare: si dicatur iuramentum delatum, non fuisse praestitum, sufficere enim iuxta Stylum Camerae si obligatum sit: sicut actorum pater fecerit. Licet sic postea

postea omiffum per eundem, vt morte præuentum. Siquidem nihilominus credi iam regeffis, per actorem patrem sine dubio fcriptis, & non minus fidei iis adhiberi debeat, ac fi iuratum fuiffet, cum debitum non negetur, fed tantum de prælatione litigatum fit, ideo fe reum inde liberare non poffe, & Comes, ad quem caufa per executionem remiffa, merito eam facere debuit, neque huic debere obftare appellationem interpofitam, quia non fuit profecuta, fed ann. 17. elafpos, quibus nihil actum, per quod deferta appellatio & fententia tranferit in rem iudicatam. Ex quo iterum pateat, reo non licuiffe pendente lite, donec actoribus fatisfactum, huiufmodi hypothecam *fäufflicher weiff an fich zu ziehen*. Ideo fibi imputet, qui rem alteri oppignoratam & obligatam fciens, & prudens emerit, cui contractui magistratus in præiudicium tertii ¶ dare confenfum non debuit.

Videri enim reum in mala fide, ita quod melior conditio creditorum, & deterior emptoris effe debeat. Ex quo pignoris obligatio præceffit contractum emptionis. *Zaf. difc. §. item feruiana.*
 8 Tam reus non potuit ¶ præfcribere contra minorem Guido Papa *decif. 432. num. 16.* Sed minores fuiffe Actores allegari ex miffiuis, & fic pro negotii qualitate putat actorum intentionem probatam. Quoad 3. An. Elifa. Putarit quod fic, quia allegatur ex actis, quod reus cum actore nihil vnquam egerit, fed cum priuigna fua, tanquam defenfior in iudicio femper comparuerit.

Nam ad quid alias opus priuigniam in ius trahere fecum, fi reus W. creditor extitiffet, neque dolum, qui in dubio non præfumatur, fufpicari eum poffe, quafi dolo adductus priuigniam fecum in iudicium duxerit. Itaque exiftimaret fententiam priorum iudicum reo, tanquam tertio præiudicare non potuiffe, fed bene feciffie comitem, quod ad executionem non procefferit.

9 Etenim existente ¶ tertio poffeffore iudicem non debere procedere ad executionem indifcuffa caufa conditionis, Baldus in *leg. 1. num. 4. fi ex noxal. cauf.* Sed tunc nouam instantiam incipi. Felinus *cap. veniens de teftibus*, in qua fufficit fummariè doceri de iure alicuius, refpectu alterius intereffe. Sententiam enim latam contra principalem, ¶ non poffe contra fideiufforem executioni mandari, imo habent exceptiones, poffe illos vti via ordinaria & non executiua Chaffanæ. *titul. des Rentes §. 2. num. 2. l. 1. C. de execution. fenten.* Quod vero ibi dicatur de fidiuffore, habere locum in tertio poffeffore ex identitate rationis. Non ergo ab executione contra talem effe incipiendum, fed reum vti tertium poffefforem poffe referre quæftionem dominii, cum bona fide poffideat rem empram, Cynus & Battolus in *leg. rem alienam. de pignorat. action.* quia non habeat cautam à debitore, fed à fuo magiftratu vendente illud prædium post litem fopitam fine vitio. Secundo obiici quod coactus fit *Das Gut an junemen / damit es bey einander bleibe / vnd nicht wüff lege* / ficut apparet ex dictis teftium per reum. Et quamuis contra primi teftis perfonam excipiatur, tamen ob id totum ipfius di-

ctum non corrumpi, ¶ quia fit officialis, & ante publicationem contra eius perfonam non exceptum, tum etiam ei credi, qui de facto proprio deponat, præfertim cum alias præfumptiones vehementer corroborat, quod defunctus W. in maximo dolo fit verfatus, nunc huic, nunc alteri ius fuum oppignorando, quod habuit in bonis fibi concessis ab Abbacia in Gnadenthal / quod postea facile creditur apertum der *Obriegkeit* / & quam facillime præfumi in homine ære alieno grauato deteriorationem prædii. Verum vtrumque id fi apparet eum non emiffe à debitore, fed à fuo magiftratu, pretiumque pro re empram de pofitum *Hinder Gericht*. Itaque reus vti bonæ fidei poffeffor, & emptor non conueniendus. Item apparet ex actorum patris confessione, quod non petat *zu vnderpfänd den Hoff / sondern die Schuld*. ¶ Quare ius illud prælationis, quod verius arrestatio in effectu est, ad hypothecam applicari non poffe, cum fint diuifa. Vnde intuitu huius, actionem & regressum contra concreditores potius, quam contra tertium à magiftratu bona fide & titulo rem habentem competit.

Potuit enim magiftratus, cuius titulo emit reus, ne prædium emphyteuticum plus deterioretur detrahere. Tertio ¶ obiici præfcriptionem, apparere enim ex actis inter tempus latæ fententiæ & contractus initi tredecim annos elafpos, & interim reum nunquam fuiffe moleftatum. Sed iuris effe tertium poffefforem actionem præfcribere cum bona fide, & iufto titulo decem annis, *leg. 1. C. fi aduers. creditor. præfcript. oppon. leg. final. de action. & obligat.* Cui non putat obftare allegationem ¶ minorennitatis, quæ alioqui præfcriptionem impediret, *iuxta Authent. quas actiones C. de SS. Ecclef. leg. final. quibus in cauf. reftitut. in integr. non est neceff.* Quia allegans ætatem, probare debet *in præfentia cuius glos. in verb. fecunda Ext. de probat. fiue actor fiue reus glos. in leg. cum te. C. de probation. Bartol. in leg. fi minorem. C. de in integr. reftitut.* Quod hic arbitratur deficere, putarit ergo concludendum per iudicem executionis bene iudicatum, male appellatum, compenfatis expenfis, cum probabilem litigandi caufam habuerit, obtinendo fententiam bis.

Meum Votum correferentis.

Quia appellatum ab interlocutoria, videlicet à delatione iuramenti, à qua tamen appellatio deferri ¶ non debuit, *leg. generaliter. C. de reb. credit.* Quia iuramentum probatio est, & probationes non constringendæ vel denegandæ. Videndum de grauamine, & appellans in effectu principaliter allegat. I. Refricatum negotium principale, cum iudex ad executionem simpliciter procedere debuerit. II. Contrarias fententias latas. III. Quod ipfe fufficienter probarit intentionem. IV. Contra appellantem nihil probaffe, etiam in refricatione principalis negotii, & etiam fi probaffet, tamen non obftitutum.

Primum non attendo: quia mere exequi iu-

deus non debuit, cum sententia prima in Dürren Zimmern / in reum nostrum principaliter lata non sit, sed ex iure, quod sententia illa de actori causam contra reum, qui postea rem litigiosam possidere cepit, desumpta; exque eo contra eum primum declaratio facienda fuit.

Secundum similiter non attendo, quia puto posse saluari contrarietatem ex eo, quod decisio contraria primæ sententiæ licet videatur in dorso eam portare dilationem iuramenti, expressa tamen non fuerit, & adhuc potuerit à iudice euitari.

Tertium similiter, cum probationes appellantis ad id non respiciunt, quod videlicet iniungitur iurare, non esse emptum è mandato Schulteri, nisi ita intelligi velit, ob suas probationes id factum esse, vel non: neutiquam attendendum.

Quartum puto minoris esse momenti, & bene allegatum, quia autem res est feudalis, aut emphyteutica, talis scilicet, quæ oppignorari non debuit ab appellante, & tunc non opus est reo, & appellato probatio, quod cum consensu aut mandato Domini emit, sed per se nulla est oppignoratio, & obtinere alias contra appellantem potest.

Aut non est talis, & etiam si nullius ad alienationem fundi litigiosi magistratus interuenisset authoritas, taliter vt venit sine alia causa, alienatio tamen non subsisteret, nec interuerti eo modo potuisset ius oppignorantis.

Itaq; id iuramentum neutiquam à priori iudice existimo deferri debuisse, sed nec sine periculo summo periurii puto præstari posse ab appellato, ex eo, quod appellatus in primo suo articulo tertie instantiæ ponit sibi nicht angezeigt / de mandato Schulteri in Eberstall. Quomodo ergo iurare potest, sicut iniunctum est, Schultertum illum mandatum habuisse. Potius neutiquam videtur ad iurandum admittendus, cum prædicta articuli positio in conditione appellatum constituat, † quod verisimiliter per sensum corporeum veritatem scire non possit. *gl. leg. admonendi. verb. exactum.* & ibi Bartol. ff. de iureiur. & *gl. in l. in bona C. de reb. cred.* Ergo puto pronuntiandum, male iudicatum.

Quia verò, cum ita pronuntiandum appellans ab interlocutoria etiam causam principalem deuoluit ad iudicem appellationis, de illa etiam nunc dispiciendum, itaque consueto ordini insistens.

Primo in formalibus nihil desidero, quia appellatum decimo Februarii, & causa introducta 17. Februarii intra sex dies ab interposita appellatione, & hoc rite iuxta ordinationem Cameræ.

Secundo de actione. Ante appellationem ad Cameram videntur tres instantiæ fuisse. Quo ad primam, videtur sustineri posse actum esse hypothecaria, vel vtili Saluiano interdicto, sicut illis etiam remediis contendere inter se creditores hypothecam habentes Ferrar. firmat in form. libel-
18 li Hypoth. in verb. sub eadem obligatione. Sed † tamen, quia hypothecaria etiam isto casu non datur, nisi contra possessorem l. si fundus, §. si duo. de pignor.

Et in prima illa instantia non est intentatum, contra possessorem, sed ab actore petatum, se in prioritate iuris hypothecarii sibi competentis non turbare, & potius imploratum officium iudicis.

Vt vt sit, non puto pluribus hic disputandum, cum sententia ibi lata transferit in rem iudicatam, nec eam postea reus specialiter conuentus oppugnat. Sufficit ergo inde notari, vigore sententiæ ibi latæ, actorem intendere adiudicatum, sibi quod prius ei satisfieri debeat in bonis W.

In secunda instantia puto actum hypothecaria, vel interdicto Saluiano cum actor intendat, reum possidere rem sibi hypothecatam, & sint istæ actiones in rem. *leg. pignus. leg. pignoris C. de pignor. & ibi gl. Danturque contra † quemlibet 19 possessorem §. item quasi Seruiana. Instit. de action. leg. si fundus. §. in vindicatione. de pignor. leg. distractis. C. cod. pulchre textus ad terminos nostros in leg. Grege. §. etiam & seq. ff. de pignor.* Denique quod petitio ab actore fiat, sibi satisfieri de debito, vel immitti in rem hypothecatam, quæ propria est istis actionibus. *leg. Actio quidem. §. si vnus ex pluribus heredit. credit.* Bartol. in l. rem alienam. de pignor. action. & in d. §. in vindicatione. Imol. c. ex literis. de pignor. Ioann. Faber. & las. in dict. §. item quasi Seruiana. num. 128. de action. Instit. Et eiusdem effectus puto, quod adiungit fieri executionem prioris sententiæ, cum ad illius executionem, quia debitoris bona affecta sunt; pertineat ius hypothecæ perdurare, apud quemcunque possessorem, *dict. leg. grege. §. etiam. de pignor.*

Et executio mera prioris sententiæ, cum actum contra eum principaliter non sit, contra reum fieri non possit. Ergo ex postfacto acquisita ab eo possessio causam contra eum agendi firmauerit primum.

Nec hic valde attendo differentias inter hypothecariam, & Saluianum interdictum vtile, † cum
20 eadem sint in vtraque fere probationes *gl. & las. d. §. item Seruiana.* Et vnicuique creditori Hypothecario competat inter dictum Saluianum vtile. Bartol. leg. 1. ff. C. ad Saluianum. Neguzant. tractat. de pignor. & hypothec. 3. membr. 8. part. princip. num. 19. Et etiam in Saluiano contra tertium possessorem dominium probandum quidam velint. *las. d. §. Item Seruiana.*

III. An probata. Discutro per † requisita in 27 hac actione, vt probentur.

Primo, quod præcedat aliqua obligatio. *leg. 1. C. si pignoris. conuentionem muneratio pecunia secuta non sit. l. solutum. ff. de pignor. action.* Quia hypotheca est accessorium, & nulli obligationi accedens per se censerit non potest. *leg. res hypothecata. leg. quasitum. §. fin. de pignor. argumento. leg. fideiussores. §. 1. de fideiussor.* Hoc autem hic probatum exactis, & sententia primæ instantiæ clarum videtur, nec nunc valde curandum, cum in liquidationis terminis adhuc res deduci possit, & ante eam nullum sit præiudicium reo.

Secundo rem, ad quam agitur, adhuc esse obligatam consensu, vel traditione. *§. inter pignus. Institut. de action. l. contrahitur de pignor. l. cum tabernam. §. si. co. §. 1. de obligatione ex consensu. Institut. & c.*

Sed

Sed die Hoff / ad quos agitur hypothecatos actori. Schultetus in prima instantia primus testis deponit. Similiter licet pro parte tantum secundus testis. Et reus ipse post interlocutoriam primæ instantiæ, de admittendis probationibus, fatetur eatenus hypothecariam factam, quatenus daran bezalt / sed quia Schultetus ille & ipse a reo hoc pro testimonio interpellatus est, & præsumptio non est, quod principaliter tantum sibi voluerit creditor actor prouideri, etiam quod, ut mox dicitur, sententiam illam primam censeri possit ius hypothecæ firmare.

Puto & hoc secundum requisitum probatum, videnturque iudices proximi, dum iuramentum reo detulerunt, item in præcedenti interlocutoria, cum rationes ab actore postularunt censuisse.

Tertio requiritur, rem fuisse talem, quæ potuerit obligari, §. l. i. §. eam rem ff. quæ res pignori oblig. non poss. l. qui filius. l. qui pignorum. l. agricultores. quæ res pignori. &c. Hæc autem iuxta regulam omnium prohibitoriorum præsumitur, nisi ipsum contrarium doceatur, l. i. de restam. cap. 1. per quos fiat inuestit. Speculat. de aduocat. §. & primo obiicitur vers. generaliter. Alexand. consil. 156. versic. non secundum. §. vltimam.

Quarto oppignorantem fuisse maiorem. l. maior annis. C. de pignori. l. 1. & 2. quæ res pignori oblig. non poss. Nec talis cui interdictum bonis. l. is cui. ff. de verb. signif. Id similitur iure præsumitur glos. in l. cum te. C. de probat. l. si minorem. Vbi Bart. C. de integ. restituitur.

Quinto quod fuerit in bonis debitoris. l. & qui nendam. §. quod dicitur. de pignori. id est, bona fide possedisse debitorem hypothecantem, quod in Saluiano sufficere communiter tradunt Dd. in l. cum res. C. si res alien. pign. data sit. Id quoque ex actis manifestum est, nec reus diffitetur, sed posito etiam do-
23; minium ¶ probandum (sicut contra communem lason tenet. d. §. item seruiana. n. 39.) in Saluiano requiri, & in hypothecaria indubitate teneatur, etiam dominium probatum censetur, cum id ex possessione præsumatur, & infra latius videbitur.

Sexto, reum possidere, ipsius confessione clarum est.

Septimo, rem hypothecatam fuisse actoris priusquam tertius contra quem agitur, possideret. l. de rebus. C. de donat. ante nupt. Atque id quoque ex actis videtur manifestum, sicut & ex dicto primi testis in tertia instantia mortui w. fundum litigiosum emisse reum. Intentionem ergo actoris puto probatam.

IV. An Elisa. Excipitur primo, quod nihil cum actore reus contraxerit, aut nulla obligatione strictus sit ex suo facto procedere, sed illud non puto obstare, quia res quæ possidetur est obligata, eaque transiit cum onere, & ob id agitur, non quia persona est obligata. l. non alias. §. i. de iudic. l. vnica. C. de alien. mut. iudic. ca. l. si rem. §. final. de pignorat. action. Roffred. in tit. & form. libelli, de quasi seruiana.

Secundo, quod nihil possideat, quod hypothecatum sit actori. Sed & id puto elidere probationes actoris & rei confessionem, qui fundum litigiosum se possidere fatetur, nam quod nicitur

diuersum facere fundum ipsum, & die Schuldt so darauff bezalt / non puto iuxta naturam rei, & rationem fieri posse, quia censetur, was darauff bezalt / in rem ipsam dedisse ius actori, & quod siquidem potuerit rem ipsam hypothecare etiam ratione eius, was darauff bezalt / ius hypothecæ datum sit creditori.

Tertio excipitur, sententiam non dedisse ius hypothecæ actori, sed contra puto, idque vel ex eo, quod sententia esse conformis libello debeat, & quod causam solutionis prius actori faciendam vniuersam complectitur.

Quarto, licet sententia dederit ius hypothecæ, tamen reo non debere præiudicare, quia iudicio non interfuerit. Sed id friuolum puto, cum sufficiat rem affectam iudicato datam fuisse.

Quinto, non potuisse ¶ rem litigiosam, vt 24 feudalem, vel eim Guldtsbargitt oppignorari. Hæc exceptio iuris est, cap. Imperialem. in princip. de prohib. feud. alienat. per Federic. cum ibi notat. Sed esse feudalem vel emphyteuticam non est probatum, sed nec præsumitur, verum potius contrarium. Alciat. tractat. præsumption. reg. 2. præsumpt. 3. Et quia ipse appellatus vocat eim Guldtsbat Gult / primum id videtur contrarium naturæ feudali, & in dubio potius censetur ¶ res, quam emphy-
25 teuticæ obligatæ ad censum censeri debent. Barthol. Socinus. consil. 266. versic. significando quia in 2. parte.

Censuræ vero rei dominiū directum apud possessorem manet. Ias. in authentic. qui rem col. 3. C. de sacrosanct. Eccles. Bartolus & Doctores in leg. 1. §. hic titulus. ff. de publician. Ioan. Imol. cap. ad audientiam de reb. Eccles. non alienand. Ita oppignorari ab eo potest. Et censualis non cadit suo iure, etiam per mille annos censum non soluens. glos. cap. constitutus de relig. dom. Ioann. Faber. §. adeo Institur. de action.

Sexto se coactum emere propter congruum, cum iam antea partem fundi litigiosi possideret, sed nulla hic apparet iuris coactio.

Septimo se bona fide ac titulo possidere, quia emerit ad mandatum magistratus, pretiumque deposuerit. Sed nec ista excusant reum, quia nihilominus quoad actorem iniuste possidet, cuius ius pignoris interuerrere non debuit, nec ita simpliciter interueniens auferre potuit magistratus.

Octauo non excusso principali, contra se agi hypothecaria, idque eo etiam competente iure non potuisse. Et id quidem iuris est. Authent. hoo ita si debitor. & ibi Dd. C. de pignori. Sed hic iam mortuus debitor principalis, eum ipse reus in prima instantia ¶ asseruit einen verdorbnen Wanti. Itaq; inutiles futura erat excussio. Vulg. reg. l. nam u. ff. de dol. mal. Sicque pro facta habetur.

Nono actione præscriptam ¶ & hypothecariam 27 decennio præscribi traditur per gl. & Ias. d. §. item seruiana. num. 12. Sed id procedit in bona fidei possessore tantum glos. & Barr. in l. i. §. cum prædium de pignori. Ias. d. §. item seruiana. Sed hic reum malæ fidei apparet, qui sciens rem hypothecatam eam comparauit. Puto ergo non Elisam. Quia vero aliquid habet dubit adhuc, an non talis res fuerit, quæ obligari non potuerit feudalis, vel emphyteuticaria. Primum, quia ipse actor asseruit in,
prima

prima instantia, se emisse cum consensu des Ehenherin vnd Obrigkeit / licet malim Partheyen gar von einander helfen / tamen pro maiori securitate, † & quod iudex omnia timari debet, iniungerem probationem reo, talem fundum fuisse, qui oppignorari non potuerit, compensatis expensis, quia pro reo in prima † instantia pronunciatum, iuxta Bart. in l. generaliter. §. si iuramento in fi. C. de reb. Cred.

D. N.

An prima instantia in re empta ab appellato, prebeat ius hypothecæ, dubitat, Sed posito, quod sic amissum ob id existimat, quod permiserit rem hypothecaram alienari, & emptorem in sua † possessione iudiciali interpellatione non molestarit, iuxta regulam, l. creditor qui permittitur de regul. iuris. Nec mouet me, quod appellantes allegant minorem ætatem cum ex actis constet Andream B. nomine matris suæ. Anno 1544. comparuisse in iudicio.

Præterea appellantes tempore latæ sententiæ, & multo minus tempore venditionis minorenes fuisse non probarunt, maiorem quemlibet præsumi. † l. si minorem. C. de in integr. restitut. l. nam postea, §. si minor ff. de iniur. c. in presentia. vbi glos. supr. verb. secunda. extra. de probation. Cumque iura vigilantibus scripta, sibi impuissent, quod depositam pecuniam neglexerint, & passi rem alienari. His, & aliis rationibus, nempe weil es iussu der Ehen vnd Eigenthumbherin verkauft / absoluiret er appellatum ab impetitione appellantis, compensatis expensis, cum probabilem causam litigandi habuerint appellantes.

D. S.

Non institutum nouam actionem tantum petitam executionem prioris sententiæ, illam non dare ius hypothecæ, nec alias probatum id constitutum fuisse in corte, nec iudices darauffgangen / sed tantum auff's Arrest / vnd gehe auch nicht weiter / darauff die Frücht der Scheuren allein / itaque sententiam hanc, & iudicatum suæ possessioni non posse obitare. Ergo absolui Reum debuisse in proxima instantia. Tamen licet nostræ rationes bonæ, ratione iuramenti, nihilominus quia appellatus in eo sententiam non oppugnat, sed simpliciter petit priorem sententiam confirmari, sibi que videatur, eum sine petitorio præstare id iuramentum posse, quia potuerit etiam ex postfacto rescire, mandatum esse Schultero, vellet simpliciter iudicare male appellatum. Tandem tamen, quia reus est, & petit iudicati, vt in proxima instantia, vult reum absolueret.

D. A.

Breairatis causa secundum Dominorum referentium sententiam, putat intentatam actionem hypothecariam non probatam, quia hypothecam tacitam eam habere non putat, ratione contractus, quia debitum ex causa mutui maxime fuit, tacitæ autem non nasci ex mutuo, † sed tantum ex priuilegiatis leg. Absolutus, vbi Bartolus & Doctores C.

qui potior. in pignor. hab. l. certi iuris. C. de locat. & condit. Similiter nec expressam hypothecam haberi posse, cum nulla pignoratō vel conuentio existat, nec per sententiam ei attributam, quæ loquatur de prelacione, non autem quod mittatur in possessionem, vel quasi. Sed sententiam striete intelligendam, † & satis illam elisam putat, quia Reus emit cum consensu domini, & pecuniam non occultauit, sed deposuit, nec dolo vel fraude distractio facta, sed ne a deficiis per non usum deustarentur, denique redditus annuus solui posset. Deinde facta fuit alienatio mandato Schulteti, qui dolo carere præsumitur, vt administrator bonorum Abbatis præuidens damnum emergens ex deuastatione fundi. Et quia vnus testis Schultetus, eidem propter inopiam, iuramentum bene delatum l. bona fidei. C. de reb. credit. vbi Bartolus & in l. admonendi. ff. de iureiur. Nec periculum esse petitorii, quia articulus dicens, quod captio sit celebrata ex mandato Schulteti iur. An vero hoc Schultetus ex mandato magistratus iusserit, Reus ignorat, & præsuppositum est, velle mandatum Schulteti in Gnadenthal / non autem magistratus probare, sicut deponit primus testis, & ex iussu Schulteti in Gnadenthal iniunctam venditionem, ideo curandum de mandato Schulteti, & non magistratus, itaque putat bene iudicatum, male appellatum, compensatis expensis.

D. B.

Quoad iuramentum concludit mecum. Quoad primam instantiam, putat actum contra hæreditatem iacentem & non contra modo Reum, quia ille tunc interuenit ad litem (sive suo, sive filii nomine non attendit) tanquam creditor, cum actore simul contendens W. sibi obligatum, in illa instantia putat actum vtili saluiana, vel seruiana, in eaque sibi sufficit, omnia bona W. fuisse B. hypothecata, quibus ita productis lata sententia in fauorem B. per quam prior, & potior creditor fuit iudicatus, eamque transiisse in iudicatum; quoad secundam instantiam coram iisdem iudicibus, & in qua actoris filius petit à modo reo debitum, vel immisionem in rem, executionemque sententiæ, quæ omnia non alio tendunt, quam ad prioris sententiæ executionem. Sed in executione iudicem non debere iudicis partes sustinere, † sed tamen exequi, l. si vt proponis. C. de execut. rei iudicata. Nec libellus admittendus. leg. edira. C. de edendo. Id vero cum hic factum, posset videri executionem sententiæ non petitam, sed responder executionem interdum peti per † actionem in factum. Speculator in tit. de executio. sentent. §. breuiter. num. 4. Ita & hic, quia non satisfactum creditori de iudicato l. grege §. pen. de pignor.

Quo casu minime posse intentari officium iudicis dicit Speculator: sed tali casu pronuncian- dum, executionem faciendam, vel non, vbi nisi pateatur, mandabit eam iudex executori ex officio, idque multo magis hic putat, quia successor petit sententiam exequi, idque contra tertium possessorem. Quo casu, quia recte posset dubitari, de sententia, bene datur libellus. Specular.

vbi

vbi supr. num. 6. in fin. ideo solum quæri nunc, an prior sententia lata debeat contra hunc tertium exequi, vbi etiam de exceptionibus rei videndum.

36. Posse ꝑ contra tertium possessorem intentari actionem iudicati, patet ex l. miles. §. fin. ff. de re iudic. Ideo illam exceptionem non attendit, sed potissimum illum fundum non constare, esse pignoratium. Deinde nec sententia, quæ petitur exequi, declarat patrem agentis pignus habere debere, sed tantum arrestationem attendit. Vult igitur absoluere reum, & pronunciare. das der Appellat das iuramentum à proximis iudicibus deferit nicht zu erstatten schuldig / sed ab actione Anno 1540. coram iudicibus in Dürren Zimmern instituitur zu absolviren sey / compensatis expensis, ex æquitate, licet haberet rationes in eas condemnandi.

Tandem dahin geschlossen / daß die Urtheil in nechst vorgehender Instanz zu reformiren sey / als wir sie auch hiemit reformiren: Nemlich dero gestalt / daß gedachter Burchhardt von der zu Dürren Zimmern vorbrachter Klag zu absolviren / oder zu erledigen sey / wie wir inen hiemit daruon absolviren / die Gerichtskosten derhalben auffgelassen / auß bewegenden Ursachen gegen einander compensirend, vñnd vergleichend. Pronunciatum 15. Iunii Anno 1558.

CLASSIS IV.

De statuto & consuetudine pertinens ad Altnii §. 1. à capite 30. vsque ad 83.

Votum I.

De statuto Iuliacen. ratione successionis matris in bonis filiorum.

In causa

C. S. contra B. B.

SUMMARI.

1. Hereditatis petitio instituta, & qua ibi probanda venians. num. 2.
3. Interpretatio consuetudinis ex eo, inuatur quod secundum eam pronunciatum.
4. Ordinationes principum confirmate, magnum robur habent.
5. Consuetudo notoria saltem alleganda.
6. Mater quomodo de iure communi succedat.
7. Presumptio reuocit onus probandi in aduersarium.

Actum ꝑ petitione hereditatis, Rofr. de per. hered. Mynl. in §. actionum. Institus. de Action. num. 203.

An probata.

2. Primo probat se heredem esse ꝑ proximio:

rem id quod requiritur leg. vlt. ad S. C. Tertul. Secundo probat, quod animo adierit, das er dieselbige Gerichtlich empfangen. Tertio faentur rei, se bona possidere. Concluit ex instrumento scripto actionem probatam. Immo allegat pro se titulum: Von Erbung vñnd Succession in auffsteigender Linien / wie Vatter vñd Mutter. Vbi dicitur parentes liberis succedere, si nec descendentes, nec fratres ad sint, & cap. 82. vbi statuitur, etiam si mater transierit ad secundas nuptias, nihilominus liberis prioris matrimonii, vt in Erbgiutern / succedat, tam quo ad vsum fructum in acquiritis, quam ad proprietatem.

An Elisa.

Ad elidendam intentionem actoris rei vtuntur vnico fundamento, scilicet consuetudine. Ad probandam consuetudinem allegat reus primam fol. 88. & secundam de anno 64. sub e. 88. fol. 95. in rubr. Beschluß / quæ verba videntur denotare consuetudinem antiquam. At hodie contrariare videtur titulus: wie Vatter vñd Mutter / sup. allegat. Ita, vt si probationem consuetudinis ex statuto Iuliacensi sumere velimus, habeamus in specie probatam intentionem actoris de filii successionem, quoad bona materna, sed si initium dict. cap. Beschluß in posteriori, & finem posterioris recte intueamur, correctio eorum quæ antecesserunt elucescit in allen vñd jeden obbestimmten Fällen. Nam verba illa, tam quoad petitiones, quam quoad casus quorum dispositio antecesserat emendationem inferre videntur, quam interpretationem non parum iuuat, ꝑ quod ex actis constat, bis secundum eam consuetudinem iudicatum fuisse, tam per inferiores, quam per superiores iudices iuxta Bart. in leg. de quibus num. 10. II. & 12. maxime consilio accedente, quod verificari potest maxime in commissariis.

Nec parum facit, quod ex certa scientia ꝑ ordinatio sit confirmata & in Camera insinuata. Ad hæc d. consuetudinem dispositiue à Iuliacensi in scripturam redactam esse notoriam, notoria autem consuetudo ꝑ est alleganda, non probanda, Bartol. in leg. pen. in fin. de except. Alex. leg. 1. C. de his qua desunt adu. Nec indigent productione statuti in eo loco, vbi statutum vigeret. Baldus. cons. 238. Concludit quoad Stammgiuter / pro consuetudine iudicandum. De bonis constante matrimonio quæsitis, cum consuetudo non disponat, nec actor fateatur, excepto quod allegat quædam ex iis redempta, quod tanto magis arguit, quod se in iis legitimum successorem credat: Verum acquisita eodem iure, & æque vt Stammgiuter / indifferenter petat, & distincte, ita vt consuetudo, quo ad ea, non sit probata, succedendum erit secundum iuris communis dispositionem, vt mater in bonis extrinsecus acquisitis ꝑ pleno iure succedat, tam antiquo iure per dict. leg. mater C. ad sã. Tertul. quam nouissimo. §. Hinc nos. column. 4. de nupt. pulchra glos. in verbo. coniugum dict. l. mater. Mathel. in succes. ab intest. in 2. art. princip. nu. 5. & 6. in verbo omnino.

Cui

Cui accedit vtraque ordinatio, quæ minime concedit proprietatem in bonis acquisitis. Veruntamen quia reus expressum Landrecht allegat, etiam in bonis acquisitis, daß sie sollen zu beyden Eheleuten Seiten fallen/ quemadmodum & sententia priorum iudicum manifeste exprimit, nec tamen probata sit, maualt propter præsumptionem reo posterioris consuetudinis probationem iniungere, & in eo sententiam reformare. Compensatis expensis.

Votum II.

De eodem Statuto, quod religionem ingressis, tantum vsum fructum assignat.

In causa appellationis Dn. B.

- 1 Nullitates circa acta probatoria commissa inexcusabiles.
- 2 Consuetudo non valet, vs credatur testi non iurato.
- 3 Iudex debet breuitati litium studere.
- 4 Acta inferioris Germaniæ facilius à nullitate defenduntur.
- 5 Probatio de renunciatione facta offertur.
- 6 Ordinationi Iuliacensi fides adhibetur.
- 7 Ordinatio impressa pro notoria habetur.
- 8 Hereditates ad moniales non deferri ex statu Iuliacensi.
- 9 Nullitate omissa, quando super meritis pronuciari possit.

DC. Dubium non est, quin super nullitate pronuciari possimus: Nam intuèti mihi libellum, & grauamina appellationis, & responsiones, & defensionales, & quæ desuper sunt deducta, præcipue nullitatem concernunt, ac sunt quædam nullitates, quæ excusari nequeunt, t̄ veluti commissæ in probatoriis, præsertim quod testes non iurauerunt.

2 Nam nec consuetudo valet, vt testes t̄ non iurati examinentur, & vnica est exceptio, si consensu partium remittatur iusiurandum. Verum cum amplius quam quadraginta annis partes contenderint, & difficile admodum sit iudici, qui studere debet breuitati t̄ litium vt de nouo procedant post tantum interuallum iniungere.

Nunc videndum est, an vllò modo neglectis nullitatibus, possimus in causa principali pronuciare. Et si opus nobis sit examine testium, certum est, nos non posse, quia nullitates illas non possumus non spectare? Sin autem absque examine illo, nihilominus causam principalem diiudicare poterimus, perinde ac si nulli testes producti fuissent veluti ex confessione litigatorum, & ex productione documentorum fide dignorum, tunc existimat nullitates non inspiciendas, sed merita causæ consideranda, præsertim

4 cum hæc acta ex inferiori Germaniâ t̄ sint allata, & tum Ordinatio, tum Mynsing. & Gail. statuunt, atque ita stylo obseruatum sit, nullitatum

rationem non esse habendam in actis ex iis locis productis, sed merita spectanda.

Constat autem proximitatem ex confessione rei, in prima instantia, & ex documentis hic prolatis satis esse probatam. Deinde pater, & Damianum & Albericum, cum Susanna, & Iohanne, tempore mortis Gothardi & matris eius fuisse superstites atque ita pro virilibus portionibus Gothardo hæredes extitisse. Sed reus opponit Beatricem superstitem fuisse, & matrem & fratri, & in eam hæreditatem translata vnuerfam.

Adhæc & testamentum à Gothardo factum, & transactione cum B. hæreditatem post mortem eius ad se deuolutam. Sed de Gothardi testamento nihil constat, quoad B. si ipsa capax fuit hæreditatis, aut hæres extitit iam etiam sine transactione reo competit hæreditas, quia Susanna in quarto gradu fuit coniuncta dictæ B. Ac nepotes ex fratribus, & sororibus iis defunctis, in quinto. Sed quæstionis est, an vera hæres fuerit cum hæreditatem adeptæ est, nam reus negat illam renunciaisse, t̄ & incapacem fuisse, idque s̄ probandum se offert.

Verum putat ordinationem t̄ Iuliacensem, 6 quæ notoria est propterea quia confirmata à Cæsare, insinuata Cameræ, & in lucem edita, id decidere, nam impressam t̄ ordinationem pro notoria haberi tradit Chassanæus in præmio consuet. Burg. Nam in ea titulo von Erbtheiln cap. 93. §. Was auch /ic. vsque ad fin. & §. sequenti traditur, hæreditates nec ad moniales, nec ad conobias deferri, t̄ sed proximis agnatis, ita tamen vt 8 vel vsum fructum percipiant, vel alius reditus vsum fructus nomine, iis constituatur, atque hoc ipsum de vsum fructum etiam constitutum est in veteri ordinatione iisdem plane verbis, licet illi §. in noua quædam sint adiecta.

Mihi igitur dubium non est, quin ex moribus vetustis illarum ditionum id sit in ordinationem Iuliacensem translata, accedit quod eadem consuetudo etiam probata fuerit ab actore Wilhelmo, non quod examini nullo fidem plenam adhibeant, sed quod ex dignitate testium examinatorum adminiculum aliquod ad superiora accedere existimem.

Sed cur hæc omnia non spectentur, ne examen testium plane reiiciatur, & adhuc dubitari possit, à eiusmodi vetusta antiqua, & infinitæ memoriæ consuetudo in dictis ditionibus, Iuliacensi Duci subiectis fuerit, tamen cum eadem articulata sit in interuentionalibus, quos Vomeilius decimo septimo Ianuarii. Anno septuagesimo sexto produxit nomine tutorum relictorum Adam von Hansfeldt / & eosdem ad probandum admitti petat, & Annæ procur. cui ius cessum à fratribus suis Wilhelmo & Balthasare à Flodorff vt ex documentis numero quadagesimo quinto, & quadagesimo sexto constat, eos veros confiteatur in acceptatione, & confessione dictorum articulorum leco litis contestationis & responsionum duodecimo Septembris eodem anno producta, & vigesimo Iunii Anno septuagesimo septimo, idem nomine suorum principalem interuenientes ad 4. partem hæreditatis ad-

mittat

mittat vel admitti consentiat, idque Vomelius acceptet ex probatione eorum, si respectu Bateberg admissi fuerint ad probandum, (vt sane in hoc casu ab iis, qui de hac consuetudine dubitant, admittendi erunt) eadem facile probabitur.

Quod cum ita sit, non videt, cur super nullitate sit pronuntiandum, cum super meritis sententiam + dicere possimus, idque iuxta ordinationem *part. tertia, titul. vigesimo quarto, de nullitatibus. §. secundo.* debeamus, præsertim cum non per viam nullitatis, sed per viam appellationis causa hæc ad nostrum iudicium sit delata, & sit tam iniquitas, quam nullitas deducenda.

Nam & ipse reus siue appellans proposuit libellum appellationis 20. Ianuarii, Anno 39. num. 6. In quo petit, pronuntiari nulliter, vel male appellatum, superflue vel bene iudicatum.

Lis etiam 7. Martii, Anno 39. & super nullitate, & super iniquitate sit contestata, adhuc 14. Ianuarii, Anno 40. eiusdem rei procurator protulerit grauamina appellationis, in quibus, licet præcipue debeat nullitatem; tamen repetit petitionem libelli, nulliter, vel saltem inique iudicatum, &c.

Vnde & procurator appellati Flodorff, in exceptionibus suis contra grauamina, vltima Iulii, eodem anno 40. productis contendit non attendendam nullitatem, quæ irreparabiliter parti non præiudicet, & quæ sibi magis, sine sua culpa nocere non debeat, cum perierit in examine testium iuxta iuris formam procedi, quam aduersario oblit; sed super iniquitate pronuntiandum.

Ac de industria reus, licet per viam appellationis hæc venerit; nihilominus tamen postea, per 29. annos, relicta iniquitate, cuius cognitio sibi perniciofa futura esset, nullitatem tantum vrsit, vt scilicet eo diutius aduersam partem vexare, & causam protelare, & possessione hæreditatis frui posset.

Porro si merita iuxta ordinationem spectare voluerimus, aut liquidum nobis erit ius actoris & appellati, aut non.

Ac ego quidem; quia morte Gothardi, pari gradu Albericum, vt & Damianum, coniunctum eidem ex actis reperio, vt & Susannam & Ioannem, idque reus confiteatur, pro virilibus quoque portionibus puto hæreditatem descendentibus dicti Alberici, & Damiani competere.

Satis etiam constare puto dictam B. profectam hæreditatis capacem non fuisse, sed ex vtraque ordinatione Iuliacensi, & ex antiqua consuetudine, vel vsusfructus, vel annui redditus, loco vsusfructus, constituti, vt in hac causa

20. modiorum frumenti

annuorum.

**

*

Votum III.

De consuetudine Aquisgranensi circa successionem mariti & vxoris, & quod liberi soluto matrimonio consequantur immobilia, coniunx mobilia omnia.

In causa G. Z. contra I. M.

SUMMARI A.

- 1 Libellus ineptitudinis arguitur.
- 2 Actio ex capite morum Aquisgranensium.
- 3 Consuetudo in actis prioribus probata.
- 4 Confessus pro iudicato habetur.
- 5 Instantia mutata non mutatur iudicium.
- 6 Consuetudinem notoriam sufficit allegare.
- 7 Præiudicia, in quibus d. consuetudo approbata.
- 8 Consuetudo derogat iuri communi.
- 9 Fructus an veniant sub hoc statuto, & cui debeantur, & num. 24.
- 10 Fructus percepti extantes sub mobilibus continentur.
- 11 Fructus consumpti, an inter mobilia, vel immobilia referantur.
- 12 Fructus hic inter mobilia referri, perceptos scilicet, & consumptos.
- 13 Fructibus non extantibus, pretium refundendum.
- 14 Exceptio rei iudicata, quando obstat.
- 15 AEs alienum quis ex consuetudine Aquisgranensi soluat.
- 16 Vir & vxor de iure communi quomodo succedant, & num. 17.
- 18 Hæreditas cum fructibus restituenda.
- 19 Fructus augere hæreditatem, & 20. 22.
- 21 Actio an pro re mobili vel immobili habeatur.
- 22 De hæreditate transgens, & de fructibus videtur transgisse.

NVlla hic interuenit eiusmodi nullitas, quæ sit attendenda: nec in formalibus appellationis quicquam est vitii. Igitur videamus de actione, & similibus capitibus, quæ hic discuti solent.

De Actione.

Ac primo animaduertendum est, satis + obsecurum & ineptum esse libellum, vt qui nec plenam facti contineat narrationem, nec petitionem seu conclusionem habeat recte conformatam.

Primo enim nec mentionem quidem facit in libello consuetudinis, in qua petitionem suam fundat.

Deinde ea specificatio & liquidatio, quam produxit, prædiorum est, & reddituum, non mobilium: & tamen quartam partem quintæ, iure fructuum, petit. Fuerunt enim quatuor hæredes Gerlachi, vt intelligi potest, ex mandato, in

priori-

prioribus actis Deslero dato, num. 31. & ex citat. num. 32.

Porro egisse conditione ex eo capite morum Aquifranensium, quod est de successione superstitis coniugis, liberis prioris matrimonii existentibus. Nam & in replicis suis eam consuetudinem ponit, scilicet, dass alle die gereidte Güter der lezten Handt justendig seyen, & in priorum actuum articulis elisiuis, num. 39.

An probata, &c.

Quod ad ipsam consuetudinem, qua actrix suam intentionem fundat, & quam in replicis suis allegat, satis in actis prioribus est probatam esse, communi consensu Domini, 11. Iunii Anno 61. censuerunt. Et quidem per confessionem ipsiusmet Benignæ in Replicis suis, nu. 33. Nam est confessus pro iudicato habetur, l. 1. C. de confess. & habet executionem paratam, ut ibidem Bart. in 3. not. per text. in l. postrem. de re iud. & l. debitoribus. Sed nec hic reus eam negat, verum tacite confitetur, cum hic repetit sententias priorum actuum.

Itaque cum mutatis iudicibus singulis, idem iudicium est quod ante fuit, permaneat l. proponatur ff. de iudic. si probationem consuetudinis ex prioribus actis huc referre possit tunc & rei, ut dixi, ex iisdem actis sententiisque tum latis precipue se tueantur, & actrix eadem consuetudine nitatur, ut aperte in replicis indicat. Huc accedit, quod etiam tum Dominus Referens statuerit de allegata consuetudine, ut iudicibus, ex multis aliis actibus constituisse, atque pro quasi notoria in Camera habitam. At notoriam consuetudinem sufficit est allegare, Alexan. l. 1. C. ut que desunt advocat. num. 4. Imo non est opus eandem probare, Bald. in l. si fugiui, &c. C. de seruis fugit. colum. 2. Et est alia præiudicia, in quibus dicta consuetudo fuit approbata, allegat Capito. Est autem faciendum id, quod sæpe factum est Glof. in l. 3. §. ult. de testib.

Porro huiusmodi consuetudinem, & ius municipale esse attendendum, & est iuri communi derogare, pluribus exposui in causa Moleken contra Meckelburg Quo etiam pertinent, que notat gl. in l. rem non novam. & ibidem Ias. C. de iud. vbi dicere ad hoc etiam facere textum in §. vit. vers. quoniam autem. auth. quib. mod. nat. eff. legit. Perr. de Anchor. consil. 214. incip. iuxta ordinem quaestionum colum. 2. Dd. ad d. l. 3. d. §. ult. ibi, Baldus ad l. si fugiui. colum. 5. vers. scias autem, vbi vocat consuetudinem actum practicum Dd. ad d. l. 1. Cod. que sit longa consuetudo. Sed ordinatio iubet eiusmodi consuetudines non omnino absurdas allegare. Sed nunc videamus, an ideo actrix intentionem suam probavit, quod consuetudinem probatam statuamus? Et dubium non est, quin ratione mobilium probavit; cum ea aperte superstiti coniugi postreme debeantur.

De est fructibus vero maior est quaestio, quos perit a tempore mortis sui usque ad mortem mariti, id est, ab anno 3. usque ad 4. Nam cum consuetudo nullam faciat mentionem fructuum, sed mobilium tantum, quaestio est, an fructus e-

iusmodi a detentatoribus vel possessoribus hæreditatis percepti, referantur inter mobilia vel immobilia.

Et dubium non est, quin est fructus percepti extantes contineantur sub mobilibus. Afflict. de feudi cognit. cap. 2. num. 47. & seq. Tiraquellus in tractatu, de vtroque retractu. glof. 6. §. 1. in verbo, rentes. num. 1. glof. 7. in verbo autres choses. num. 15. in terminis, & num. 44.

Quod consumptus est attinet, pro quibus competit actio; & ea referenda sunt inter mobilia, magna est quaestio. Nam plerique fuerunt interpretum, qui actionem, nec rem mobilem, nec immobilem, sed tertium quoddam genus constitunt, ut magnam eorum multitudinem congregit Tiraquell. in glof. 7. §. 1. in verbo. autres choses, num. 9. per integram paginam. Specul. in tit. de fructibus & interesse. §. 1. versic. sed pone. & §. secundo quaeritur. Abb. in c. nulli, de rebus alien. non alien. tamen verius esse puto, actionem quæ ad mobilia pertinet, inter mobilia connumerari, Tiraquell. d. glof. 7. num. 8. 14. 18. quod præsertim de actione, ad fructus, seu redditus cessos & perceptos, id est areagiis idem Tiraquellus d. glof. 6. §. 1. in verbo rentes. num. 10. tradit. Idem d. glof. 7. num. 15. ait; cum actio ad alterum competit, vel mobilium vel immobilium eo est referenda, ut cum ex statuto immobilia ad agnatos, mobilia ad cognatos pertinent, tum actionem pro mobilibus ad mobilia referendam.

Itaque concludo, actionem hanc quæ Benignæ est pro fructibus perceptis & consumptis competit etiam inter mobilia ponendam. Unde infero, etiam intentionem eius, quod attinet ad fructus, esse probatam.

Ac est tamen quæ a marito Benignæ in prioribus actis, & ab ipsa Benigna petita mobilia, non amplius extent: tamen nihilominus pretium dictus reus præstare cogitur. Non enim solum, ut possessor rerum hæreditariarum, sed etiam, ut hæres Gerlachii, qui vna cum aliis quæ in hæreditate fuerunt, mobilia distraxit, conuenitur. Itaque factum suum pro quota parte antecessoris sui præstare cogitur.

An elisa, &c.

Cum iudicatum sit pro reo, & consortibus, & petenti dictæ Benignæ pœnam executorialibus inferram, id est, tres marchas auri, & fructus hæreditatis, itemque mobilia, vna cum quota parte hæreditatis, negata in vniuersum, id quod & in Replicis, & liquidatione seu specificatione bonorum petiit, per sententiam sit denegatum, videtur est rei iudicatæ exceptio ei obstat. quo minus iam & rem eandem, & contra eandem personam petere possit l. 3. l. 6. ff. de except. rei iudicatæ. §. tem si cum eo. Insit. de except.

Ac quod ad fructus attinet, non est quod dubitemus, quin exceptio rei iudicatæ obstat. Nam, ut constat ex actis prioribus, ad fructus & interesse, ut mobilia, Benignæ ex proprio iure egit, vigore consuetudinis Aquensis, quæ est bona mobilia viduæ cedunt cum onere æris alieni. Hæc enim verba sunt

sunt D. Ruckeri referentis in voto suo 13. Junij Anno 56. ubi etiam ait, ex actis apparere, talem consuetudinem Aquisgrani observari, & sic videri fundatam eius intentionem ex iure proprio, & huic consuetudini suffragari ius commune. Et
 16 si tamen vir & vxor inuicem non, sed saltem in quatto gradu de iure prætorio succedant, & deum deficientibus omnibus agnatis & cognatis, vsque ad decimum gradum l. i. C. vnde vir & vxor. tamen possunt sibi inuicem succedere in parte,
 17 tribus tamen concurrentibus, scilicet quod matrimonium fuerit sine dote. Secundo, quod præmortuus labore inopia. Tertio, quod præmortuus fuerit diues. Quia tunc superstes, siue sit vir, siue vxor potest succedere hoc modo defuncto, & tunc rursus distinguendum est, vt sequitur. Aut enim præmortuus coniux post se reliquit agnatos & cognatos tantum, & nullos liberos, vel ascendentes; tunc talis coniux superstes inops succedit defuncto, vt hæres, in quarta parte omnium bonorum, in reliquo proximiores alii agnati vel cognati, vt in *authen. de exhibendis & introducendis rebus. §. quoniam vero*, & pro hoc etiam facit textus in *authen. vt nulli iudicum liceat habere loci seruatorem. §. fin. in fine*. & hoc si hæreditas non excedit quadringentas libras auri, & tunc petere potest illam per conditionem ex lege secundum Angel. in *§. fin. Instit. de succes. cog. per d. §. quoniam vero*.

Aut præmortuus coniux post se reliquit liberos, & eo casu aut sunt nati ex alia vxore, & tunc si sunt tres vel pauciores, succedit, vt hæres in quarta, per d. §. quoniam vero, & vt liceat matri & auia. §. quia vero legem dudum. & in *auth. præterea. C. vnde vir & vxor*. nisi excederet portio talis valoris centum librarum auri. Aut sunt nati ex eadem vxore, & si sunt tres, siue pauciores, & tunc mater admittitur solum ad vsumfructum quartæ partis, & proprietates manent apud filios, vt in d. §. quia vero. & hunc vsumfructum non habet, vt hæres: sed potest saltem agere conditione ex lege ad ad vsumfructum quartæ partis bonorum, secundum Angel. in d. loco. si sunt plures quam tres, tunc poterit vsumfructum virilis partis petere, vt in d. §. quia vero. Et sic iuxta tertium casum, habere videtur vidua, quo ad vsumfructum interesse etiam secundum ius commune.

Primum enim requisitum adest in nostro casu, scilicet quod ipsa nihil attulerit ad maritum.

Fatentur enim hoc & referunt ipsimet aduersarii in conclusionibus; his verbis: *Dies weil sie vberal kein Güter zu Johann Zincken ihrem Hauswirthseligen bracht / sonder ist desselbigen Dienstmagd gewesen / vnd hat nichts gehabt / etc.*

Secundum requisitum quoque est probatum, quod scilicet Benigna labore inopia. Constat enim ex prothocollo, quod Licentiatu Breunlin, Anno 1542. die 7. Iunii, pro ipsa iurauerit iuramentum paupertatis.

Item tertium quoque, quod maritus sit præmortuus, malis existentibus liberis; licet non vsque adeo bene de quantitate bonorum constet.

Ita, siue ad ius commune, siue ad consuetu-

dinem respicimus, videtur quod Benigna fundatam habeat intentionem, quo ad interesse, ex proprio iure, scilicet ratione vsumfructus.

Sed tamen concludit bene, singulis examinatis, quod benigna ex secundo fundamento, & sic ex proprio iure, nullum habeat interesse contra hæreses Præfati Zincken, prædictis omnibus non obstantibus.

Nec enim in primis obstare consuetudinem Aquensem, quæ vxori concedit soluto matrimonio bona mobilia, per quam videtur etiam vsumfructum debitum pertinere ad benignam. Quia posito; quod quondam Gerlaci hæreses teneantur hæreditatem restituere cum fructibus perceptis à tempore, quo atus Iohannis Zincken obiit, quemadmodum negari non potest, quia fructus tamen & augmenta, quæ post mortem defuncti hæreditati accesserunt, recte petantur, l. item veniunt. §. item non solum, & §. fructus, iuncta. l. si quo tempore. ff. de petit. hered. Tamen huiusmodi fructus magis ad ipsam hæreditatem pertinent, & pars sunt quodammodo hæreditatis, nec iura fructus separant ab ipsa hæreditate, sed tamen dicunt quod fructus omnes, tam naturales, quam industriales, augeant ipsam hæreditatem, siue ante aditam hæreditatem, siue post accesserunt, d. §. item non solum. ubi glossa allegans inter alia iura pulchrum textum, in l. si post, ibi fructibus. Cod. de petit. hered. Igitur si hæreditas augmentum recipit & diminutionem ex fructibus, certe separari non possunt ab hæreditate, & sic tamen potius ad hæreses, quam ad vxorem pertinent fructus à tempore mortis, cum & consuetudo intelligatur potius de bonis mobilibus, repertis tempore mortis mariti.

Tum cum adhuc debetur, incertum est, an inter bona mobilia, vel immobilia connumerari debeant, quia nomina tamen seu credita & debita siue actiones, non sunt vere bona mobilia nec immobilia: sed faciunt tertium genus, pulchre Specul. de fructibus & interesse. §. i. vers. sed pone, & §. secundo queritur, ubi dicit quod fructus inter mobilia bona annumerentur, si separati sint à solo, & non debentur alias, pulchre ibi, Abb. in cap. nulli. de rebus eccles. non alien. ubi etiam dicit, quid annui redditus non veniant appellatione rerum immobilium, sed mobilium.

Nec etiam obstare ius commune, quod vsumfructum concedit matri in quarta post mortem mariti: quia ipsa non agit ad talem vsumfructum, vt ex isto capite: sed petit vsumfructum à tempore aui, vsque ad tempus mortis mariti, & sic vsumfructum ante mortem mariti, tanquam bona mobilia, vsumfructum autem qui incipit esse post mortem mariti, permittit liberis, vt colligitur ex Replica ipsius, ibi, was aber gemeldete Güter nach ihres Manns seligen Todt ertragen möchten haben / kompt den Kindern zu gutem / einem jedem nach seinem gebührenden Antheil.

Atque hoc ex voto Domini Referentis Ruckeri, qui præcipue fundat suam intentionem ex consuetudine illa, qua mobilia superstiti coniugi debentur.

Interesse autem & fructus ei adiudicantur ex
 c 2 duabus

duabus causis. Primo, quod fructus pars sint hæreditatis, & hæreditatem augeant, ipsique hæreditati insint, atque ideo ad hæredes ¶ pertineant, *litem veniunt. §. item non solum. & §. fructus. ff. de petit. hæredit.* Id quod non solum intelligendum est de fructibus pendentibus & iam perceptis extantibus, sed etiam consumptis. Nam & eos hæreditatis possessor, simul atque denunciatum ei est, hæreditatem ad se non pertinere, & quomodo malæ fidei esse cœperit, restituere, aut pro iis æstimationem, & pretium refundere cogitur, *l. sed & si. §. quod autem. & §. de eo autem. & §. ultim. cum. legib. sequentibus. ff. de petit. hæredit. d. litem veniunt. §. petitam. ff. eod.* Cum igitur prioris matrimonii liberi prædiorum immobilium hæredes fuerint, atque cum reo, eiusque confortibus de portione sua hæreditaria transegerint, etiam ¶ de fructibus transegisse intelliguntur, argumento *l. qui scit. §. 1. ff. de usuris.* Unde non videntur amplius repeti posse, *textu alleg.*

Secundo, quod mobilia tantum ex consuetudine ad superstitem coniugem pertineant, actionem autem pro fructibus perceptis proprie, nec rem mobilem, nec immobilem esse, vt infinitas autoritates DD. in hanc sententiam refert Tiraquell, *de vtroque retractu. in d. glos. 7. d. §. 1. in d. verbo autres choses. d. num. 9.* Etsi vero magis in eam sententiam inclino, vt cum ex consuetudine mobilia liberis prioris matrimonii; substituti ¶ autem coniugi mobilia deferantur, etiam in mobilibus fructus iam separati & percepti sint numerandi, siue extent, siue consumpti sint, cum præsertim actionem pro illis fructibus etiam ad mobilia aggregandam, cum ad alterum genus referre eos oportet, ex Tiraquell, *d. glos. 7. in d. ver. autres choses. numero decimoquinto* supra ostendi, atque ideo etiam in hac hypothese vidæ adiudicarem vna cum mobilibus: tamen quia ex eadem specie, id est consuetudine Aquensi, iudices priores, fructus in liquidatione specificatos, & petitos, Anno 61. 11. Iunii manifeste adiudicarunt, omnino nobis rei iudicatæ executionem, quam hic Iost Meefs reus, & appellans in exceptionibus suis opponit, nihil ob stare puto, præsertim cum etiam in prioribus actis contra eum & contra alios Gerlaci Zincken hæredes egerit, vt ex mandato ab iis hæredibus Deslero dato, num. 31. & executione citationis num. 32. intelligi potest.

Quare propter exceptionem rei iudicatæ concludo, fructus actrici non competere. Reliquum est, vt videamus; an vt per exceptionem rei iudicatæ, ratione fructuum, intentio actricis eliditur, sic quoque, ratione mobilium, elidatur? Actametsi videatur etiam in mobilibus exceptio rei iudicatæ actrici nocere, quid eadem quoque in cõclusioneliquidationis & specificationis bonorum num. 36. in prioribus actis petita fuerint: tamen in eam potius sententiam inclino, vt non existimem rem iudicatam in mobilibus ei obesse.

Nam expresse in consuetudine superstiti coniugi reteruantur. Unde vt in prioribus actis, in Elifuis num. 34. rei referunt. Benignam expensas,

vt mobilia, percepisse. Idem etiam aperte in prioribus actis, in cõclusioneliquidationis sua num. 34. & in Elifuis num. 39. contra actricem exceperunt, si de iis experiri velit, ius eam suum in prima instantia coram ordinario iudice persequi posse.

Addo quod Domini in prioribus actis idcirco mobilium rationem non habuisse videantur, quod nihil de iis in specificatione à Benigna producta expressum fuerit.

Qua de re videatur prothocollum postremæ sententiæ in executorialibus, Anno 61. 11. Iulii late in voto referentis.

Quid pronuncian dum.

Quæ cum ita sint, concludo, reformandã esse priorem sententiam, ratione fructuum, vt bene sit appellatum, male iudicatum. Ratione autem mobilium, bene iudicatum, male appellatum, compensatis expensis.

Votum IV.

De Statuto Lubecensi, & consuetudine maritimarum Ciuitatum Saxonie, circa successionem Informatio, cum opinione Referentis Cameral.

Exhibitum in causa vertente inter Conradum I. Appellantem.

Contra

Iohann. & Georgium fratres de V.

SUMMARI A.

- 1 Successio vterinorum qualis de iure communi.
- 2 Qualis consuetudo maritimarum Ciuitatum, & an ea ad vterinos extendenda.
- 3 Maritus vsumfructum in bonis vxoris habet.
- 4 Ex consuetudine hac bona sunt communia.
- 5 Odiosa consuetudo est restringenda.
- 6 Consuetudines esse tacitum pactum ciuium.
- 7 Consuetudo actuum frequentiam desiderat.
- 8 Consuetudo an legem scriptam tollat.
- 9 Petitioni hereditatis quot annis præscribatur.
- 10 Tacens pro consentiente in leuioribus habetur, & num. 43.
- 11 Donare & iactare suum nemo præsumitur.
- 12 Pater filia rationem magis quam fratri vterini rationem habuisse præsumitur.
- 13 Municipalis iuris quantã vis.
- 14 Statuta eius loci attendenda, vbi res est, etiam à Iudice appellationis, num. 15.
- 16 Iudex negligens statuta, facit litem suam.
- 17 De iniquitate Legis & statuti non licet appellare.
- 18 Legitima an statuto tollatur.

- 19 Statutum valet, vt filius mercatorum debitum soluat, etiam si ex hereditate nihil acceperit.
- 20 Statutum de lucranda dote, valet.
- 21 In dotem mulier omnia bona dare potest.
- 22 Confirmatio principis, non est de necessitate statuti vel consuetudinis.
- 23 Statuta confirmata vim priuilegij habent.
- 24 Confirmatio robur addit.
- 25 Iuramentum ad obseruantiam statutorum quomodo liget.
- 26 Ius quod in alium quis statuit eo & ipse vti debet.
- 27 Statuti extensio licita est in casibus vbi alias Statutum esset inutile.
- 28 Statutum ira intelligendum, vt supra ius commune aliquid operetur.
- 29 Extensio in statutorum materia quid sit.
- 30 Statutum fauorabile extenditur ad casus improprios.
- 31 Statutum per non usum, non amittitur.
- 32 Prostatuto habetur illud quod statuens, si interrogatus fuisset, statuisse.
- 33 Ad frequentiora ius accommodatur.
- 34 Mutatio non facile presumenda.
- 35 Presumptio onus probandi in aduersarium reuertitur.
- 36 Notorium proponere sufficit.
- 37 Actio perimitur confusione.
- 38 Diuisio transactioni comparatur.
- 39 A transactione, non nisi ob metum, & dolum receditur.
- 40 Metus presumptionem qua tollant.
- 41 Dolo praescribitur biennio.
- 42 Diuisio non comprehendit futuros casus.
- 44 Subscribens confirmare censetur.
- 45 Non exemplis sed legibus iudicandum.
- 46 Statuta etiam iniqua toleranda.
- 47 Feudum sine consensu Domini non potest oppignori.
- 48 Alienatio ob necessitatem quando in prohibitis licita.
- 49 Feudalia quando in subsidium veniant.
- 50 Assessorii Cameralis sententia super hoc casu.

Quidam intestatus decedens, post se haeredes reliquit à paterna linea, duos fratres consanguineos tantum; à linea vero materna, vnum fratrem vterinum, atque vt diuersos fratres, ita & bona diuersa, feudalia scilicet, & allodialia. Orta super ipsius successione legitima contentione, & causa coram Decurionibus oppidi Tanglmenis disceptata, tandem post legitimam cognitionem, lata à senatu sententia fuit, secundum ipsius oppidi, omniumque maritimarum ciuitatum statuta, atque consuetudines in hæc verba:

Nach dem Curt Juen/vnd die genannten vort Wsedom/als Hans/vnd Jorgen/sämpelich vnd sonderlich / den gemeldten seligen Henningk von Wsedom ihren halben Bruder genannt / also das der eine ihme nicht näher im Gradt zugehört hat / als der ander / so kan vnd mag derhalben / zu den verlassenen seligen Henningk Erbgütern / so hier im Statriche gelegen/vnd enthalten/der ein auch nicht mehr berechtiget seyn / als der ander/sondern sellen vnd müssen also alle drey / die verlassene Erbschafft vnder sich zu gleich in die Håupterschlech-

ten vnnnd theilen / es wer dann/das Curt Juen beweisen köndte / das er von seiner Eltern wegen/nach Stadtschem / Lübschem Recht kein außgesprochen Erb bekommen/oder aber/das sonst Henningk von Wsedom/seltiger/vber sein außgemachte väterlich vnnnd mütterlich Erb / noch besondere Erbschafft von der Mutter/oder Großmutter wegen empfangen hätt/als dann giengte es dawieder/ vmb wie recht ist/hoc est:

Quoniam Conradus Iuen, & prænominati Iohannes, & Georgius ab Vsdom, pariter ex æquo sæpe dictum: Henningum ab Vsdom, piæ memoriæ fratrem suum, appellarunt, ita quod in pari gradu existant, nec quisquam eorum defuncto altero sit proximior. Proinde, nec potest, nec debet in his bonis allodialibus in nostræ ciuitatis districtu sitis alteri alteri præferri: Sed debent ac tenentur illi tres relictam defuncti hæreditatem inter se in capita diuidere; Nisi forte Conradus Iuen supradictus, probare ac planum facere possit, quod ei iuxta dispositionem iuris Lubecensium adhuc de paterna & materna hæreditate satis factum non sit: Aut quod sæpe dictus Henningus ab Vsdum piæ memoriæ post paternam atque maternam hæreditatem acceptam, alia bona aduentitia, à matre, vel auia materna, specialiter consecutus sit. Eo enim casu fiat id, quid iustum est.

Ab hac sententia, tam æquitati, quam iuri municipali conformi, Actor ad illustrissimum Ducem Dominum Philippum Pomeraniæ, & c. Principem appellauit, & pro iustificanda appellatione sua, & oppugnanda dicta sententia, in processu secundæ instantiæ, pro Basi ac fundamento præsupposuit.

Quod iure scripto apertissime cautum sit; si aliquis fratres quosdam consanguineos tantum, & & quosdam vterinos tantum relinquit. In rebus maternis præferendos vterinos; in rebus vero paternis, consanguineos tantum, allegantes pro hac opinione. Primo in vniuersum omnes, qui de successione ab intestato literis aliquid mandarunt, Secus vero, ac in specie, Rol. Bom. in floribus suis vltimarum voluntatum. Iacob. de Vbald. Item Dyn. in tract. de succes. ab intest. del. Postremo post hanc Commentatorum sylvam text. & glos. in Auth. itaque mortuo. C. communia. de succes. & glos. in Auth. post fratres ex vtroque. C. de legit. hered. cum l. emancipatis, in fine. eod. tit.

Quod autem bona allodialia, de quibus controuertitur à matre, & auia appellantis profecta sint, primum notorium esse.

Deinde velle solo argumento conuinci posse, & magna ex parte immobilia sint; defuncti vero patrem, externum, & aduentitium fuisse, & ex Rugia in oppidum Tanglmense suis humeris tantam molem portare nequiuisset.

Quod autem huic tam firmæ & inexpugnabili propositioni non obstat illa in contrarium talis legata maritimarum ciuitatum consuetudo, per quam secundus maritus in bonis vxoris, post legitimam cum filiis prioris matrimonii factam diuisionem, si postea liberos ex ea sustulit, plenum dominium consequitur.

Primo iure ciuili apertissime probari aiunt, quid pro sustinendis matrimonio oneribus ma-

rito tantum vsumfructum in bonis vxoris concedit, referendò se ad vulgatos iuris ciuilibus locos, & hoc quidem vxore viuente: ea vero rebus humanis exempta, ne vsumfructum quidem deberi, iuxta *l. emancipatis. C. de legit. hered. ibi; exceptis maternis rebus, in quibus si ex eadem matre fratres vel sorores sint, eos solos vocari oportet, patri scilicet in huiusmodi bonis maternis nullo omnino vsumfructu competente.* Et hæc in Replica.

Secundo quod non obstat dicta consuetudo maritimarum ciuitatum Saxonie, qua, vt supra mentio facta est, per contractum matrimonii bona ipsorum contrahentium fiunt communia. **4** Eam tamen consuetudinem ad maritum & vxorem tantum pertinere, ideoque ad vterinos & consanguineos extendendam non esse, cum hæc consuetudo ex diametro cum iure scripto pugnet, & sic sit odiosa. Quod enim contra rationem iuris receptum tamen sit, non esse producendum ad consequentias, vt est apertus textus in *l. quod vxo. ff. de ll. & ibi gl.*

Præterea dictum Bartoli esse in *l. cunctos populos. C. de summa Trin. & fid. cathol.* quod statutum odiosum suis cancellis, quibus circumdatum est, contineri, nec ad alios casus trahi debeat, nec quæquam in gradum proximiorum statuere possit. Quod autem consuetudines legibus contrariæ dicantur odiosæ, & sic restringendæ, adeoque ne ad casum similem extendendæ, alleg. Paul. de Cast. *consil. 225.* & regulam iuris, quæ vult, odia restringi, fauores vero ampliari debere per *l. cum quidam ff. de lib. & posthum. c. odia restringi. de regul. iur. in 6.* Item adducit in argumentum not. Felin. in *c. audito. de præscriptionibus*, qui consuetudinem tacitum pactum ciuium esse dicit, atque tamen ideo ad alios casus, sicut nec pactum, extendi non oportere *l. si vnus. §. ante omnia ff. de pactis.* Præterea exemplis non esse iudicandum *l. nemo. Cod. de sent. & interloc. omn. iud.* pro qua conclusione expresse facere aiunt, *d. l. antepensis. ff. de lib. & posthum. & ibi gl.*

Tertio contra sæpe citatam consuetudinem opponunt, quod in oppido Tanglimenti intra longissimi temporis spacium talis casus de hæreditate, ad vterinos, & consanguineos deuoluta nunquam contigerit. Communem autem omnium Doctorum opinionem esse, consuetudinem, non tamen nisi per frequentissime iteratos actus introduci posse. Bart. in *l. de quibus. ff. de ll. & eundem cum reliquis in l. 2. C. qua sit longa consuet.* Canonist. in *c. fin. eod. tit.* Hostien. in *summa de consil.* ac requiri de necessitate, vt intra decennium bis in contraditorio iudicio secundum eam iudicatum sit, per *supra all.*

Quarto quod hæc consuetudo non solum præscripta non sit, verum omnino in præscriptibilis, aiunt, inde patere, quod non est rationabilis. Esse autem contra legem scriptam introductam, quam tamen tollere non possit. Cum consuetudo (esto quod possit tollere legem aliam municipalem) tamen non possit tollere legem tamen scriptam, iuxta Innocen. in *c. penult. de consuetud.* Hoc enim solum Imperatori reseruat esse, ideo per inferiorem aliter disponi non posse, iuxta Bald. in *l. cunctos populos. C. de summa Trinitat. & fide cathol.*

Postremo contra dictam consuetudinem asserunt, quod tam priuatim, quam publice perniosa sit: priuatim, quia non communiter vtrisque tam vterino quam consanguineis ius suum tribueret; sed contra æquitatem & iustitiam, vterino suum eriperet, & daret consanguineis, nullo sanguinis vinculo vterino, atque eius matri & auie coniunctis. Publice vero, quia tali consuetudine admissa, futurum, vt quilibet nobilis obætatus per matrimonium cum ciue opulenta contractum, sua bona feudalia ab ære alieno liberare possit, & sic ciuitas (quam diuitem esse Reip. interfit) suis fortunis ab illis exhauiatur, qui belli tempore magis signa sui domini feudalis sequi, quam eius ciuitatis mœnia tueri velint. Pluribus aliis argumentis sparsim adiectis, ita tenuibus & puerilibus, vt in contentionem adduci non mereantur, quibus tamen infra suis locis respondetur.

Et hæc contra consuetudinem: inferentes omnia & singula quæ vnquam defuncti pater, ac postea ipse intestatus præter feuda antiqua possederunt, fuisse matris, ac auie appellantis, atque ideo in his vterinum præferendum.

Secundo principaliter, quod appellanti non obstat mulcorum annorum taciturnitas, ac patientia, quod scilicet appellans post acceptam suam legitimam paternam, & maternam hæreditatē, & emancipationē, etiam illis transactionibus, quibus diuisio inter defunctum & eius patrem facta est super bonis paternis, ac maternis, interfuerit, illis aperte consensit, ac subscripsit, nec vnquam de harum iniquitate verbum fecit. Hinc volunt probare.

Primo, quod à morte matris defuncti tantum 26. annorum spacium lapsum sit. Petitionem autem hæreditatis non nisi triginta, aut quadraginta annorum præscriptione tolli, *l. hæreditatis. C. de petit. hered.*

Secundo, illam regulam iuris, qui tacet consentire videtur, tantum tamen in leuioribus locum habere: in rebus autem magis momenti non item, alleg. Socin. in *consil. 161. incip. non inutil.* Bart. in *l. qua dotis. §. scientiam. ff. soluto matrimon.* nec non præterea alios, atque hinc alias euidentes præsumptiones locum vendicare, quæ volunt, neminem suum tamen iactare, *l. cum de indebito. ff. de probat. nec aliter quem sibi facere velle actum damnosum, argumento l. si cum aur. ff. de solut.* Nec etiam donationem in dubio præsumi, per *d. l. si cum aur. & l. contra iur. regulas. §. si filius. ff. de pactis.* Præterea iniquum esse appellantem, propter pietatem, & beneficium in fratrem collatum, damnum aliquod sustinere debere contra *l. & virtutum. C. de stat. & imag. & l. sed & si. §. consuluit. ff. de petitio. hered.*

Item quod cum appellans filiam habeat, præsumatur magis illius, quam fratris vterini rationem habere voluisse, argumento *l. isti quidem. §. vltim. ff. quod met. causa. & l. præses. Cod. de seruitur.*

Et hæc quidem iudicialiter ab ipso appellante contra dictam sententiam proposita fuere; extra vero iudicium aperto præiudicio, quid illustrissimum Principem eiusque consiliarios in sua sententia sequi conueniat, præscribunt.

scribunt. Aiunt enim, nuper in proximo confistorio Wolgastii celebrato, in admodum simili casu, contra ius Lubecensium pronunciatum esse. Proinde Clementissimum Dominum nostrum, iustitiae & constantiae causa, etiam hoc in casu iura municipalia infringere habere.

Quod autem haec omnia haecenus relatâ nec in iure nec in facto subsistant, quodque pleraque praeter rem adducta, in vniuersum aut nullius sint, ad euertenda iura & consuetudines Pomeraniae momenti, sequentibus firmissimis argumentis, ac rationibus planum fiet.

Quae nos prudentissimos atque clarissimos viros, Dominos consiliarios obnixè rogamus, vt diligenter pensitare atq; discutere, & sine molestia perlegere dignentur.

Ac primum omnium in consensu est, vnamquaque ciuitatem, quae legibus ac moribus regitur, maxime si iurisdicctio accedat, vel temporis diuturnitate praescripta, vel à superiore tributa, ius sibi certum ac proprium constituere posse. Omnes enim populi, qui humanam societatem colunt, aut communi omnium gentium, quod scilicet naturalis ratio praescribit, aut proprio iure (quod ab ipsis priuatum receptum est) vtuntur leg. omnes populi. ff. de iustit. & iure. §. in autem ciuile. Institur. de iure nat. gent. & ciuili. cap. in vniuerso. i. d. i. Cuius quidem municipalis iuris tanta est vis, atque authoritas, vt in his, quae à iure scripto popul. Roman. praetermissa sunt, legis vicem, in decisis autem, infringendi potestatem obineat; nisi forte aut lex aliqua derogatoria superioris existat, aut hoc priuatum contra Reipub. aut Ecclesiarum vtilitatem introductum sit, aut naturalem rationem, & ius gentium aperte oppugnet, vel in his, quae ad fidem religionis nostrae pertinent, contra sacram scripturam aliquid perperam statuatur: postremo nihil, in praedictum superioris, & in reseruatâ soli Principi, decidat. Haec est Bartoli omniumque iuris interpretum in citatis locis recepta & consentiens doctrina.

Porro & hoc recepti iuris est, in decisionibus causarum iudicem cognitionis, statuta & consuetudines eius loci sequi debere, & in quo res controuersae sitae sunt, etiam si causa extra territorium ad non subditos statuendum porrigatur. Quod probatur per ea quae diffuse traduntur per Dd. in leg. cunctos populos. Cod. de sum. Trinisa. & fide Catholi. & Cano. super rub. extra de consuetudi. ac alia diuersis locis, de quo etiam Doctores in cap. fina. de foro compet.

Quod maxime omnium in appellationis iudice locum obtinet. Is enim priori iudiciâ quo prouocatum est, vt confirmator vel reformator succedens, omnino necesse habet, secundum ea iura & consuetudines pronunciate, secundum quae priorem iudicem sententiam suam ferre conueniebat. Haec sunt verba Baldi in §. hoc quod nos. versu. porro si est questio. de pac. constitut. in vsibus feudorum, cui ad stipulatur Specula. lib. secundo parte, 3. de appellatione, sub rubric. de officio eius ad quem appellatur. versu. debet quoque iudex. colum. 2. qui ad hoc allegat cap. Raynutius. de testam. cap. cum venissent, de eo qui mittitur in possess. causa rei

seruanda. Pro quo etiam facit textus in leg. an in totum. Cod. de adific. priuat. cap. illud. vbi plene nota. 12. distinctio. leg. 3. §. fin. ff. de testam. leg. 2. in fine. Cod. de iure dot. per Abb. & alios in cap. quod clericis. de foro competens.

Ac sane tanta est statutorum, atque consuetudinis auctoritas, vt non minus ipsorum, quam iuris communitis transgressione iudex litem suam faciat, & secundum Bald. in authens. iubemus. per illum text. Cod. de iud. & Iason. in leg. de quibus in 2. colum. ff. de legib. Ita enim punitur transgressor consuetudinis, sicut legis, & in his. 11. distinctio. gloss. in cap. generali. de elect. in 6. & c. literis. de consuet.

Porro vt ab iniquitate & legis scripturae appellare fas non est, leg. si qua pena. ff. de verborum signific. leg. fin. ff. de appellat. recipe. ita quoque ab iniquitate statuti prouocare non licere, nisi forte in odium alicuius priuati specialiter factum sit, docet Barto. quem reliqui sequuntur in d. l. omnes populi, in vltima quest. & questio. principalis. ff. de iust. & iure. Iaf. in l. 1. circa princ. ff. de legib.

Est autem in oppido Tanglmenſi & scriptis verbis statutum, & aliquot iam seculis obseruata consuetudo, nec ibi solum, sed in omnibus maritimis ciuitatibus Saxoniae, quod eorum qui matrimonio copulati fuerunt, alterutro vita functo, si superites coniunx ad secunda vota transire cupiat, ante nuptias cum hisce liberis, quos ex priori matrimonio habuit, legitimam bonorum diuisionem facere, atque ei tam de paternis quam maternis bonis satisfacere cogatur. Ita quod si parens denuo contrahens, ex secundo matrimonio liberos alios consequatur, filii ex priori matrimonio ab omni eius sint hereditate exclusi: ita quod contrahentium bona fiant communia, & vir, in vxoris, & e contra vxor in mariti bonis proprietatem consequatur. Si autem hoc coniugium sterile sit, tunc ad defuncti parentis hereditatem prioris matrimonii filii reuocentur.

Haec ita se habere quo ad consuetudinem notorium est. Ita enim indices iudicatur, quo ad statutum vero, nos ad ius Lubecensium ab hisce ciuitatibus receptum referimus, quod supra scriptum est.

Quod autem hoc statutum & dicta consuetudo iusta, aequa, & rationabilia sint, hinc probatur, quod nihil contra sacras literas, contra ius gentium, nec in reseruatâ Principi, nec contra derogatoriam aliquam legem, nec contra vtilitatem Ecclesiae, vel Reipublicae statuatur. Et si rem exacte expendimus, satis liquet perquam aequum, & rationi naturali conforme hoc ius esse: Per hoc enim liberis prioris matrimonii, ne eorum bona à vitricis, vel nouercis, aut per prodigalitatem dissipentur vel alienentur, salubriter est prouisum. Videamus enim id quotidie vsu venire, vt per secundas nuptias bona prioris mariti aut vxoris, varie ac mirum in modum distrahantur: Vnde non leuis iactura prioribus filiis irrogatur. Id ne quando in hac ciuitate & reliquis contingeret, ac in fauorem filiorum prioris matrimonii, atque vt multarum contentionum atq; litium quae ex successione ab intestato oriri solent, fons & ianua praeccluderetur, statutum hoc dicitur.

diuturna atque longissima præscriptione, consuetudinem inducente, introductum fuit per quod coniunx superstes ad secundas nuptias transire cupiens, ante secundi matrimonii celebrationem, cum liberis suis legitimam & æquam bonorum omnium diuisionem facere compellitur.

Ac præterea multis aliis iuris ciuilibus rationibus & argumentis æquitas huius statuti ostendi potest. Si enim statuto legitima portio filiis debita auferri potest, ¶ quemadmodum multorum Doctorum opinio est, Dyn. in c. indulgum, de reg. iur. in 6. Cyn. in l. sancimus. C. de nupr. Barr. in l. Titio centum. §. fin. ff. de cond. & demonst. Panorm. in c. Raynutius. de testam. Quanto magis hoc nostrum statutum æquius atque tolerabilius est, quod filiis legitimam non eripit, sed in illorum fauorem est introductum. Si etiam admittitur statutum, quod extantibus filiis masculis fœminæ non succedant; de quo late per Dd. in d. l. cunctos populos, & late per Nicol. de Vbald. in tract. de success. ab intest. circa principium, quod etiam ad nepotem extendi potest, secundum Fulgo. & las. in d. l. de quibus in 4. colum. Si etiam per legem municipalem constitui potest, ¶ quod filii mercatorum ad debita mortuorum parentum persoluenda, etiam si paternæ hereditatis nihil receperint, efficaciter obligentur, & conueniantur, vt pronunciat Bald. in l. dotis filia. super gloss. C. de iur. dot. Imola in c. penul. de consuet. las. in d. l. de quibus. 14. colu. Quanto hoc nostrum statutum humanius atque æquius, per quod inique nihil contra filios statuitur, sed vt supra dictum est, succurritur.

20 Quod autem statutum valeat disponēs, ¶ quod decedente vxore in matrimonio maritus lucretur dotem, etiam si matrimonium fuerit momentaneum, decidit Bald. quem refert & sequitur Iason in l. non tantum. C. de legat. Potest autem etiam ¶ de iure ciuili mulier omnia sua bona marito in dotem dare. l. mulier. ff. de iure dot. & l. nulla. C. eod. tit. in dispo. incip. Mulier habens magnum patrimonium.

Et quanquam recepta doctorum sententiâ sit, confirmationem Principis ad eiusmodi statuta & consuetudines corroborandas necessariam non esse, ¶ cum ea potestas ciuitatibus à iure Cæsareo & publico tributa sit, vt per illos in d. l. omnes populi: tamen ius Lubecensium ab hisce legitimis ciuitatibus receptum, multos retro seculis ab omnibus Imperatoribus, ac Regibus Romanorum successiue, & per hunc Carolum Quintum Augustum confirmatum extitit: ¶ ita quod iam priuilegii vim & auctoritatem obtineat. l. si non speciali. C. de testa. las. in d. l. cunctos populos in 7. colum. C. de Sum. Trinita. & sive Cathol. c. seruitutem. 18. quast. vlt. c. super quibusdam. §. præterea, de verb. signif. l. quisquis. C. de episcop. & clericis.

Et licet in generali confirmatione non confirmetur nisi iusta. c. 1. & ibi Pet. de Anch. & Phil. Fran. de iure iur. lib. 6. Bald. in l. 3. C. de precib. imp. off. Idem c. 1. per quos fiat inuestitura, in vrb. feud. cum tamen, vt supra deauctum est, statutum in nostro casu non nisi iustum & æquum sit. Primo propter præcisam litium futurarum occasionem, secundo, quia nihil liberis secundi matrimonii auferit, sed ipsis expresse cauet, consequens est, etiam ex hac confirmatione multum roboris huic statuto & consuetudini accedere, cum dici soleat, ea quæ ab initio non subsistebant, ¶ principis confirmatione ro-

bur accipere. c. 1. & ibi Dd. de transact. Inno. & Abb. in c. 2. de confirm. vtili vel inutili.

Insuper dato, quod hæc consuetudo iusta vel quæ non esset, adhuc pars appellans iniuste faceret quod dicta statuta & consuetudines oppugnaret. Non enim inficiari potest, quod cum in ordinem decurionum istius ciuitatis susciperetur, iuramentum vltro & sponte præstiterit, sese priuilegia, statuta, ac consuetudines istius ciuitatis, & expresse ius Lubecensium in omnibus & singulis suis contentis & articulis obseruare, & pro conseruatione horum nullum periculum vel incommodum detrectare velle: Certum est autem, quod iuramentum quod ¶ ad obseruationem statutorum obstringit, siquidem futuros casus non contineat, omnino esse seruandum, de quo ple. in c. pen. extra, de iure iur. maxime cum id sine periculo salutis æternæ seruari possit. c. cum dilectus, de his quæ vi met. cau. fi. c. si vero, vbi late per Dd. & c. contingat. extra de iure iur. c. quamuis. 6. licet, de pactis in 6.

Deniq; si sæpè dictum statutum, & illa ciuitatis huius, per sæpissime reiteratos actus introducta, consuetudo adhuc non subsisterent, possent saltē, quo ad hunc appellantem, hoc inconuincibili argum. defendi atq; iustificari. Constat enim quod ipse appellans posteaquam (vt supra dictum est) in Decurionum ordinem est receptus, quod postea iudicandi munere in eodem oppido sæpe perfunctus sit, ac in dicendis sententiis semper ius municipale, etiam nostro in casu, secutus sit. Nec solum aliis ita ius dixerit, verum etiam, secundum sæpe dictam consuetudinem, ac statuta, ipse hereditates acceperit. Nec sanè difficilis probatio futura esset, per quam planum fieri possit, ipsum appellantem magnam bonorum partem, quæ hodie possidet, eiusmodi successione, non solum contra ius ciuile scriptum, verum etiam contra naturam, ac rationem omnium successio-num, quo ad propaginem, acceptam referre teneri.

Est autem non solum à iure ciuili, verum etiam diuino atque naturali proditum; ¶ Neminem in suam personam id ius recusare debere, quod in alterius æquum censuit, tot. tit. ff. Quod quisq; iur. in alium stat. eodem ipse vtatur. 1. dist. in prin.

Si itaq; cum de suo commodo ageretur, ius hoc appellans approbavit, debet certe id nunc, non iniquum censere; quod maxime est secundum naturam, de qua plura infra suo loco dicentur.

Ex quibus omnibus superius adductis, euidenter ostensum est, hoc statutum, & consuetudinem equa, rationabilia, iusta, confirmata, atq; ipsi maxime appellanti seruanda esse, & sic in hisce legitimis ciuitatibus Saxoniz iuri scripto derogare, & ob id sine vlllo grauamine, contra ius, & equitatem, contra proprium iuramentum, ac conscientiam, à sententia Senatus Tanglmenensis appellatum esse. Quod autem sua in contrarium adducta argumeta prorsus nullius momenti sint, apparebit ex his, quæ subiicientur.

Ac primum, quod ait, etiam si statutum aut consuetudo hæc probata essent, tamē ea vti odiosa, in consequentiam producenda non esse: & ideo statutum (de contrahentium persona loquens, & dominio viri in bonis dotalib. & contra de proprietate vxoris, in bonis mariti, matrimonio durante, conse-

consequendis, & postea, exclusione liberorū prioris matrimonii, si subsequens matrimonium fecundum sit) ad vterinos & consanguineos fratres porrigendum non esse parum prouide & prudenter ab aduersa parte allegatur. Demus enim hæc statuta, quæ iuris stricti esse censentur, si contra ius scriptum aliquid statuatur, non extendi, neque etiam ad similes casus porrigi oportere, iuxta alleg. Barto. Doct. in d. l. omnes populi. Certe, ex illa ipsa Barto. communiter recepta doctrina, admittere coguntur; extensionem tamen ad illos casus licitam esse, † sine quibus statutum alias esset omnino nullius efficaciz, per leg. si ita stipulatus fuero. per te non fieri ff. de verborum obligat. & l. non distinguemus. §. de officio. & quod ibi not. ff. de arbit. & l. 2. ff. de iurisdic. omn. iudic. l. ad rem & l. ad legatum. ff. de procurator.

Certum autē est, si hoc statutum ad liberos secundi matrimonii non extenderetur, quod tunc maritus, non dominium in dote, sed tantum vsum fructum haberet: nam ad heredum suorum commodum, & suam voluntatem nihil in ea disporre possit. & sic nihil ultra ius scriptum operaretur: Cum tamen aperti iuris sit, statuta ita esse intelli-

28 gēda, vt aliquid ultra ius cōmune operentur. † arg. l. si quando, in pr. ff. de leg. facit l. si ita stipulatus. ff. de vsuris. & l. 1. in si. ff. ad muni. & arg. eius quod not. in l. nō solum. ff. de rei vin. Dy. & Bar. in l. 4. §. prator ait. ff. de damno infecto. Secundo, si rem exacte introspicim⁹, videmus nulla hic extensione opus esse. Extensio n.

29 est, † quando lex aliqua aut statutum ad similes vel diuersos casus, interpretatione commoda, porrigitur: sed in hoc nostro casu illud tantū controuertitur, vtrū bona defuncti tam pfecticia, q̄ aduentitia censerī debeant. Si hoc, vt supra ostensum est, verbis statuti expresse cauetur, quorsum op⁹ est extensione? Et tamen, si qua esset opus, ex supra adducto argu. illam licitam esse pbatum est, maxime hoc adiecto, q̄ cum hoc statutum rationale sit, bene possit extendi, l. quod non ratione. ff. de leg. b. ducto argum. à contrario sensu, & per tex. in l. 1. C. quæ sit longa consuet. & etiam fauorabile, vtputa in odiū futurarum litium, & commodum filiorum primi matrimonii introductum, iuxta regulam. O dia restringi, fauores vero ampliari debere, de quo per gloss. Bald. & late Iaso. in l. venia edicti. C. de in ius vocan. vbi dicunt, quod statutum fauorabile extendi-

30 tur etiam † ad casus improprios, vide Alexand. de Imol. in l. si cum dotem. in fin. princip. ff. solus. matrimo. & eundem & omnes Modern. in l. 1. §. huius rei. ff. de off. eius cui mand. est iurisd.

Quod deinceps tertio adducit, in præfato oppido Tanglimensi secundum hanc consuetudinē, quo ad successiones vterinorū, & consanguineorum tantum, intra 40. annos iudicatum non extitisse, & sic consuetudinem inductam non esse. Respondemus. Si ad Senatum Lubecensem (vti par erat) pronocatum fuisset, appellansem sensurum fuisse; n̄ non multis in casibus similib. frequenter in hisce maritimis ciuitatibus Saxoniz, cuius statuta & consuetudines, propter consēderationes, etiam hoc oppidum sequitur, ita seruatum atque pronocatum fuisset. Et posset ipse Appellans, nisi vxoris, atque generi importuna instigatione compulsus, animum ad contentionem applicuisset, huius rei luculentum testimonium ædere, sed

quid opus est superfluis, & adsciticiis probationibus: maneamus intra septa, nec vltra proposito terminos euagemur: esse hanc de qua supra diffuse tractatum est, in hoc oppido atque vicinis locis consuetudinem, vt per matrimonium contrahentium bona communia fiant: Siquidem proles ex illo proueniant, ad quas deinde omnis parentū hereditas deuoluatur, certo certius est: Secundū quā non bis in decennio, sed decies, in biennio iudicatum est; quod non difficulter probari potest, nec ipsi aduersarii audent inficiari. Et extant in actis literæ Senatus Tanglimensis, quibus affirmant, se, in dicenda sua sententia, ius municipale, atque suæ ciuitatis consuetudines secutos fuisse. Et posito (non autē concessio) quod nulla omnino consuetudo introducta esset, adhuc suis iurib. firmiter niteretur statutū, quod expressis verbis extat in Lubecensium iure, superius allegato. Quod certe per illum non vsum sublatum esse non potuit: Cum per non vsum, nunquam, etiam in mille annis, lex, vel † statutum tollatur, vt per Cyn. quem sequuntur alii, in l. 2. colu. §. incip. vers. expediti sumus de prima quæst. princip. Cod. quæ sit longa consuet. Canon. c. Ioan. vbi text. princip. de cleric. non resid. & cap. 1. de Treug. & pace.

Quod igitur sublatum non est, cur non stare permittitur l. sancimus. in princ. C. de testa. l. precipimus. in fi. C. de appel. Atq; ita coguntur aduersarii confiteri, quod illa consuetudine atque statuto saluis, bona defuncti, tam profecta, quam aduentitia fuerūt, nec à sola matre profecta, & sic, secundum tenorem sententiæ à Decurionibus Tanglimensium latæ, diuisio in capita sit faciēda, nec in bonis controuersis vterinus sit præferendus, etiam secundum iuris communis dispositionem.

Porro singularis doctrina Doctorum est; quod pro statuto habetur illud, † quod statuentes verisimiliter statuissent de hoc interrogati, vel si fuissent recordati glo. in l. tale pactum. §. ff. de pact. pro qua gl. facit tex. in l. fin. secundum intellectum Bar. Bal. & Ange. ibi. C. de posth. here. in fin. facit l. Barbarius. vers. sed & si sciuisset. & ibi Bald. in §. colu. ff. de off. prator. l. al. in l. siue apud acta. 2. colu. C. de transact. Constat autem Lubecenses, super hoc casu interrogatos, ita pronocatos fuisse. Extat autem statutum in terminis nostris supra alleg.

Quod autem, quarto loco, adducit appellans sæpe allegatam consuetudinem, quasi irrationabilis, & ob id etiam in præscriptibilem esse, quoniam legi scriptæ contrariatur id quam vere citetur prudentissimis Dominis consiliariis iudicandum relinquimus. Certe non sequitur.

Hæc consuetudo contra legē est, ergo est irrationabilis. Si enim propter rationem solum, lex scripta valeret, nunquam etiam ab Imperatore contraria lege scripta prior posset tolli; q̄ quam sit absurdum dicere, quamq; multæ extent in corpore iuris leges antiquatæ, & correctæ omnib⁹, vel mediocriter in iure versatis, notū est. Sed quia ad legē condendam, etiam autoritas, in statuente requiritur, & certum sit, propter varias temporum, atq; locorum circumstantias, sæpenumero legū correctionem esse necessariam, c. nō debet. de consan. & aff. c. si extra de transact. & c. super eo. de sent. excom. Consequēs est, etiā alios populos, atq; ciuitates, aliqua iusta, & rationabili causa motos, quicq̄ cōtra scriptū ius

ius statuere posse. Ac certe cum hoc legib. sit permissum, vt l. de quib. ff. de l. tum simul impudens esset dicere, a legib. occasione contra rationem faciendi introductam esse, contra l. meminert. C. vn. de vi. Atq; in eodem argum. sicuti contra apertos rex, iuris, ita sine omni iudicio asseritur, consuetudinem legem scriptam tollere non posse, cum hoc solum principi reseruatam sit, allegantes auctoritatem Inno. & Baldi, legem scriptam ita generaliter tollere, vt nullos homines amplius adstringat, soli principi, qui eam ferre potuit, relictam esse, libenter fatemur, sicuti auctoritates ab aduersario adductæ probant: Quod autem consuetudo, & statuta in statutum, aut eorum, qui legibus contrariam consuetudinem inducunt, terris, legi scriptæ non derogent, nullus sanæ mentis inficiabitur & est tex. expressus, & ibi Dd. in d. l. de quibus, & ita debet intelligi l. 2. C. que sit longa consuet. quod scilicet specialiter, non autem generaliter legem vincat, secundum Bart. & Salic. ibi.

Quod autem, quinto, pari temeritate aduersarius affirmat, hoc statutum, vel consuetudinem hanc publicam huius oppidi utilitatem infringere, cum nobiles alieno ære oppressi, ciuium iactura, sua feuda liberare possent, contra id quod dici solet, principis interesse quam plurimos habere diuites subditos, huic statuto & consuetudini non obstat.

Demus enim (quod tamen falso, & contra conscientiam suam sæpe inculcat aduersarius) quod patris memorie pater appellatorum, nulla bona immobilia, humeris suis (vt isti nugantur) ex Rugia, in ciuitate Tanglimensem deferre potuisset, & sic pauper, & obærat, ex fortunato illo (si diis placet) matrimonio cum ciue opulenta contracto, bona feudalia debitis grauata liberasset, adhuc non sequeretur, ob id hanc consuetudinem, vt perniciosam ciuitati, tollendam: Cui ex puris particularibus, item ab vno individuo, ad speciem firma argumenta non ducantur. Et sicuti ius ad ea tantum, quod frequenter contingunt, referri debet, l. iura constitui, cum l. seq. & l. nam ad ea. ff. de legib. Item etiam propter casus, qui raro contingere possent, & adhuc non contigerunt, tolli non debet: Cum ea, quæ utiliter semel statuta aut recepta sunt, perpetuo durare, nec sine euidenti causa, immutari debeant, l. minime. ff. de l. l. 2. ff. de consti. prin. de quo tract. in l. 2. C. de diuis. rescript. l. 1. C. que sit longa consuetudo. argu. l. vnica. in fi. C. de inoff. don. & c. cum expediat, de elect. in 6. Nec sane incommode in aduersarios retorqueri potest arg. illud per quod subtile, qui, vt supra relatam est, ab impossibili naturæ, ad bonorum qualitatem argumentatur. Si n. patens appellatorum bona immobilia, vt domos, & fundos humeris suis in oppidum Tanglimense ex Rugia portare non potuit, sequitur ex eadem impossibilitate, quod nec inde auferre, & humeris suis in Rugiam transferre potuerit. Et patrum refert, vt illa bona possideat, dummodo ciuitas, id quod suum est, inde consequatur, quod sane semper consecuta est, & adhuc consequitur. Et quod damno ciuitati predictæ non fuerit, quod pater appellatorum in eam se contulerit, sed quod ornamento illi, atque utilis ciuis extiterit, tota ciuitas fati cogitur: nec dubitant appellati, quin tantum predictæ ciuitati ipsi prodesse possint, quam appellans, atque ipsius gener, qui hoc ipsum studio habent, quomodo ipsorum pri-

uilegia & iura, contra iuramentum suum tollere possent.

Porro si hæc consuetudo ciuitati perniciose esset, ab omnibus, quorum interest, impugnari deberet, iuxta regulam iuris. Quod ad omnes attinet &c. Quod autem perniciose non sit, testantur publice literæ decurionum istius oppidi, ad illustrissimum Dominum Principem datæ, quibus à sua Celsitudine suppliciter postulant, ne contra pacta cum maioribus suis inita, & eorum, atque suas proprias confirmationes, & promissiones, priuilegia illorum, iura, & consuetudines labefactare, atque infringere velit, adiciens, tam præter decorum, quam spem suam accidisse, quod ex illorum numero exiterit, qui contra iuramentum suum, quæ ea mordicus tueri deberet, aperte impugnaret. Postremo non sequitur: Si appellans bona defuncti, in hoc oppido, aut eius agro adiacenti sita, cum consanguineis suis in capita diuidere cogeretur, futurum, vt Imperium Romanum diuitibus ciuibus destituatur. Semper enim fuerunt, ante natum hunc appellantem, & post eius mortem futuri sunt, qui suis fortunis, atque opibus Remp. in suis casibus adiuuare possint.

Hactenus de consuetudine atque statuto Lubecensi, quod potuimus breuiter disserimus, multis quæ pro his tuendis adduci poterant, consulto, breuitatis causa, omisissis. Quibus in sua firmitate stantibus necessario concluditur, bona litigiosa defuncti, propter illam uxoris, atque mariti bonorum comunionem, quo ad proprietatem, & dominium, tam præsentia, quam aduentitia fuisse, dato, quod appellatorum pater nullum obulum in ciuitatem Tanglimensem attulisset, quod tamen falsum est.

Quod autem sæpe allegatus Appellatorum pater, pro se diues satis, & non obærat fuit (quæ admodum aduersarii impudenter, contra decorum, & veritatem inculcant, iniuriando defuncti cineres, & existimationem, contra l. ossa. ff. de relig. & sumpt. fun. l. 1. §. quoties. ff. de iniur. quod filii eius, sicuti de iure tenentur, data occasione, prosequi non intermittent) his rationibus subsequentiibus ostenditur.

Ac primo, quoniam aduersarii in hac negatiua intentionem suam fundant, item quia ea est qualitas, necesse habent, & de iure tenentur eam probare. Inno. in c. super his de accus. Bar. in l. hoc iure. ff. de verb. obl. Lanfr. in c. quoniam contra falsum, in princ.

A quo probandi onere appellantem non releuat, id quod dici solet, præsumptionem quæ onus probandi in aduersarium transferre. c. vt nostrum, extra vt eccl. benef. in di. conf. l. Quintus Musius. ff. de don. int. vir. & vx. text. in c. fin. de iureiu. l. etiam. C. de don. int. vir. & vx. l. siue possideris & l. si pactum. ff. de probat.

Non enim vlla hic est præsumptio, qua paupertas, in homine rebus immobilibus diuite, præsumatur. Porro non potuit pater appellatorum fundos, domos atque prædia humeris suis portare, ergo venit pauper in ciuitatem. Id perinde sequitur, ac si dicerem: Imperator non potest vrbes atque castra humeris portare. Ergo non habet redditus in Hispania, & est pauper. Aut, si ei non placet hoc exemplum, propter personarum & bonorum dissimilitudinem, argumentemur ita: Buse, Halle, gener appellantis, post varios casus, venit Spira, absque omni pecunia, in ciuitatem Tanglimensem, nec poterat secum adferre prædia: Ergo fuit pauper, & obæ-

obzratus. Hæc quomodo cohæreant, aut sequantur omnibus, etiam mente captis, iudicare difficile nõ est. Secundo, quod ait aduersarius, notorium esse, patrem Appelatorum pauperem fuisse, falsum est, quod primum, ex ipsius confessione, elicitur, qua admittit illum bona feudalia in Rugia habuisse. Deinde etiam si notorium esset, adhuc aduersarium ab onere pbandi non releuaret, cum illud notorium non sit facti permanentis. *Quantum n. id. q. notorium est, t. tantum pponendi adferat necessitate, iuxta gl. sing. in de appellanti. de appella. Bar. in l. 2. in vlt. col. ff. de excep. l. si quis in alie. ff. de iud. Bal. in l. 1. in 2. col. C. quomo. & quan. iudex.* tamen id intelligi debet de notorio facti permanentis. Nam si sit facti transeuntis, legitime pbandum est, secundum singulare & approbatam doctrinam *Bal. in l. cum fratre. 4. col. C. de his quib. vi. indig. & Sali. in l. ea quidem. §. quia propter. in 3. & 4. charta. C. de accu. vbi finaliter, post longum tractatum, in hoc inclinatur, quod notorium facti transeuntis, si negatum sit, probari debeat.*

Quod autem è contra appellatorum pater, tantum in bonis immobilibus, atque feudalibus, ante beatas illas (si diis placet) auarias, de quibus totum theatrum personat, in Rugia possederit, vnde ipse honeste, ac liberaliter, secundum suum statum, viuere, & quorum ratione, alterius nobilis filiam, cum amplissima & longe hac felicitate dote, in matrimonium consequi potuisset, omnibus, qui in ea insula habitant, nobilibus atque plebeis, atque etiam ipsis aduersariis notum est. Et probari potest testimoniis literarum, quod illi. Princeps, ac Dominus, Dn. Bugislanus, piaz, felicis ac gloriose recordationis Dux Stettin. ac Pomeaniae, &c. huius nostri Clementissimi Domini a. u. u. dictum patrem appellatorum, in feudis suis paternis, atque antiquis, clementer atque gratiose inuestiuit.

Quod porro aiunt, illa bona feudalia ære alieno fuisse grauata, illud primo pbandum est: deinde, ut illis concedatur, à maioribus, suis aliqua debita contracta fuisse, certe illa tanta fuisse negantur, ut propter persolutionem & satisfactionem illorum, externa dote opus fuerit: sicut in aperto est, illa debita, ex rebus illorum feudorum, persoluta fuisse.

Vt verius, & ab aduersariis, quarundam domum, ac pagorum mentio fit, patrum ad rem facit. Primum n. virtute statuti, & eorum, quæ infra adhuc adferentur, ipse defunctus hæc in hereditatem accipere potuit. Quia vero, ab eodem fratre defuncto pridem vendita, atque consumpta fuerant, etiam si appellans contra fratrem actionem, ratione illorum bonorum, habere potest, tamen illa, cum iam ei, ut heres succedat, confusione t. perempta esset, *l. cum secundum voluntatem. C. de fideic. l. debitori. C. de pactis. l. non imponenda. C. ad l. Falc. l. vt debitum. C. de hered. act.* Maxime cum totam eius hereditatem in alodialibus sibi vendicet.

Quod autem pagus, qui Mentzelin vocatur, quæ inter cæteros etiam vendidit defunctus, prout hodie ab appellatis pignoris iure possidetur, ex appellantis materna hereditate redemptus sit, id vero ferio mater appellatorum negat, & probari potest, quod ille pagus, ex pecunia, in secundo matrimonio & intercessit inter defuncti patrem, & appellatorum matrem, acquisita à defuncto, antea distracto, pignoratitio iure, iterum ad appellatos peruenerit.

Aduersarius appellans, omnes modestia, ac vere-

cundie terminos prætergrediens, super hæc omnia, postulat duo millia aureorum, quæ mater appellatorum, cum ad secundas nuptias transiret, filiis suis supra feuda paterna dedit, afferens illa quoque sibi deberi. Sed perbelle facit homo festiuus, & iuxta commune prouerbium, iniquum petit, ut æquum auferat. Non autem dubitant appellati, quam plura adhuc improbe petiturus esset, si quid ipsis ultra in rerum natura superesset, *arg. c. qui semel malus. de reg. iur. in 6.*

Quod autem illorum petitio inciuilis, ac impia sit, dicunt & affirmant appellatorum curatores, hanc pecuniam, durante matrimonio parentum suorum, acquisitam, & illis inter alia bona immobilia, pro hereditate paterna, ac materna datam, quicquid aduersarius, atque eius instigator gener, contra ius, & conscientiam blaterent.

Et contra omnia nugamenta appellantis, dicunt ulterius, ac affirmant curatores appellatorum, quod dicta bona litigiosa creuerint, conseruata, & aucta sint, per ea quæ à patre profecta fuerunt, & quod non minorem à patre, quam à matre hereditatem defunctus acceperit. Et quod merito illi minores, contra iniquam patris, inter se & fratrem defunctum factam diuisionem queri possent. Nam constat, quod pater in omnibus suis bonis, tam feudalibus, quam aliis immobilibus, & pecunia numerata, ter tantum dederit vni filio iam defuncto, quam his duobus uiuentibus iam appellatis. Et quod per multos annos, ante diuisionem illam factam, idem defunctus omnes redditus bonorum feudalium ad se receperit, nec unquam collationem attulerit. Denique mater appellatorum sufficienter pbare potest, & longe plus ultra istam iniquam feudorum partitionem præfatus defunctus à patre suo acceperit, quam appellans in bonis matris & auie fuisse affirmare audeat. Proinde concluditur, bona litigiosa, tam ratione statuti, quam acceptæ paternæ hereditatis, non minus profectitia, quam materna esse, & cum litigantes pares sint gradu ad defunctum, quod secundum æquissimam Senat. Tanglinensis sententiam, in capita diuisio fieri debeat. Vt verius, ac supra hæc omnia, pro parte minorum & appellatorum asseritur, quod ab eo tempore, quo post mortem patris, ipsi appellanti super omni actione legitima, quam ad hereditatem parentum suorum habere poterat, satisfactum fuit, mater ipsius, cum duobus adhuc viris successiue matrimonialia contraxit. Atque in secundo matrimonio liberos peperit, & sic ipse appellans, vigore nostri statuti, nullum regressum ad bona materna habuit. Illis filiis postea cum marito mortuis, successit mater in omnibus bonis, etiam ratione dicti statuti, atque consuetudinis. Antequam autem mater ad tertias nuptias transiret, denuo compositionem cum dicto appellante fecit, atque ei ultra priorem transactionem, & statuti voluntatem, multa liberaliter donauit, quibus acceptis ille denuo renunciationem iuris sui, quod tum (vti deducum est) habere non potuit, ad dicta materna bona fecit. Et si habuisset, vigore istius renunciationis, perdidisset, iuxta *l. in conscribendo. C. de pactis, cum similib.*

Insuper antequam mortem obiit, mater condito sollemniter testamento eidem appellanti non parui precii legata reliquit, quæ accepit, & matris voluntatem approbavit.

Præ-

Præterea, ante eiusdem matris obitū, cum defunctus à suo patre emanciparetur, atq; maternam hereditatem solenniter acciperet, coram, & præfens fuit appellans isti compositioni, nec solū hanc diuisionem, tanquam sibi præiudicialē oppugnauit, sed tanq̄ legitimam, subscriptione sua, & testimonio approbavit. Postea cū eidem defuncto, cū pater ad secundas nuptias animum adiecisset, & paterna hereditas traderetur, idem appellans interfuit, & omnia quæ fiebant, tanquam legitima, & æqua, sigillauit, & approbavit. Postmodum patre defuncti mortuo, cum Nouerca defuncti ad secunda vota iret, appellatis sua bona paterna, & materna distribueret (cui compositioni illustrissimi nostri Principis consiliiarii de speciali mandato ipsius Clementissimi Domini nostri interfuerunt) ne tum quidem verbum fecit. Omitto iam, quod in ipsa matrimonii, & dotis celebratione inter defunctum, atque eius uxores, similiter rebus humanis exemptas, semper ipse, vt vterinus frater, contractui adhibitus fuit, & quod illa bona ad defunctum fratrem pertinerent, affirmavit, sigillauit, & subscripsit.

Postremo, quanquam ab illo die, quo suus pater vita functus est, & subsequenter eo tempore, quo ei de omnibus illis bonis, quæ tam à matre quam à patre, ratione æquitatis, & statuti sperare poterat, satisfactum est, sexaginta annorum spaciū effluxerit, audet tamen (si diis placet) sui generi, & aduocati importuna instigatione concitatus, de petitione hereditatis maternæ mentionem facere. Quod quam faciat inciuiliter, nulli non apparet.

30 Et primum, quia certum est diuisionem in iure ciuili transactioni æquiparari, vt nor. gl. in *l. tres fratres. ff. de pactis. Bart. & Dd. in l. qui Roma. §. duo fratres. ff. de verb. oblig.* quia per diuisionem tollitur occasio discordiarum, sicut per transactionem. *l. cum pater. §. dulcissimi. ff. de leg. 2.* & ideo dicit text. in *d. §. duo fratres*, quasi de hoc quoq; transactū esset: quia hæc diuisio videatur facta per viam transactionis.

Cōstat autē actiones, per legitimam transactionem, bona fide initam, sopitas, noua querela rescitari non debere. *l. cum mora. l. non minorem. & quasi per tot. tit. C. de transact.* Imo ne quidem per scriptū principis causa transactione finita instaurari debet. *l. causas. eod. tit.* Nullus n. esset futurus litium finis, si à transactionib. bona fide interpositis, cœperit facile descendere. *l. fratris. C. eod. tit.*

39 Quemadmodū igitur à transactione, si nisi dolus, aut metus intercessisset, probetur, recedere licitum non est, *l. interpositas eo. tit.* Ita etiam à diuisione solenniter facta, nisi metus, aut enormitas deceptionis probetur, recedere licitum non erit. Nā quod in æquiparatis à iure in vno statuitur, & in altero statutum esse debet. *c. translato. & ibi Abb. Panor. de consuet. l. qui neg. C. de rob. eorum. gl. & Dd. in l. si quis persuaserit. C. de furtis.*

40 Quod autem ad illam diuisionē, non vi, nec dolo inducitur fuerit patet, quia in libera ciuitate, atq; inter amicos facta fuit, si que ratio metus præsumptionem excludit. *l. si in princ. ff. de eo quod met. caus. l. transact. qua dominij. C. de transact.* Dolū autem præsumi non facit statutum, quod iubet ante secundas nuptias parentum, diuisionem inter ipsos, & liberos primi matrimonii, faciendam. Deinde paren-

tis persona, contra quam nihil finistre temere præsumi debet Bald. in *l. cum acutissimi. C. de fideicom. l. si vnquam. C. de reuoc. donat.* & tam diu dolum allegare inutile est, quo ad ex insidiis manifestis probatus sit. *l. dolum. C. de dol. mal.* & etiā si intercessisset, t̄ hodie eius actio, biennio perempta, instaurari nō potest. *l. si. C. de. Ac si enormiter in diuisione læsus fuisset, contra l. maioribus. C. communia vtriusque iudicij, adhuc triginta annorum lapsu omnis actio sublata esset. l. sicut. C. de prescrip. 30. annorum Dd. in l. ij. C. de reuend. vend. Canon. in c. cum dilecti. & c. cum causa. extra de emp. & vend.*

Nec ad rem facit, quod dici solet, t̄ diuisionem futuros casus non cōprehendere. *l. cum pater. §. hereditatem. ff. de leg. 1.* atq; eum qui diuidit, etiam refutādo non centenus futurum refutare, sed solum illud, quod est in præfenti liquidum, & quod contra naturam refutationis sit, quod extendatur ad futura. *l. si ita. §. si sub conditione. ff. de lega. 2. & l. Pau. respondit. §. 1. de bon. lib. & not. in l. fin. C. de bon. lib. & l. 1. C. de pactis per Bald. in c. i. epistola Lotharij, vel Eug. in l. colum.*

Respondetur n. quod quo ad hunc nostrū præfentem casum, propter rationem statuti, tantum illud ius reseruatū fuerit, quod sibi comperere potuisset, matre in secundo matrimonio absq; liberis mortua, quod quoniam per interuentū prolis sublatus fuit, amplius nullum est.

Vnde liquido apparet, quod illa de petitione hereditatis facta mētio, quanq̄ extra rem, & per trāsfuersum inferatur, ad oppugnandū statutū, & inde latam sententiam, parui momenti fuit. Et constat vltius, quod illa tam diuturna patientia & taciturnitas multum ei obfit, cum per eam consensus t̄ præsumatur iuxta *cap. in qui tacet. de regu. iur. in 6.* 41 Nec obstat in contrarium adducta exceptio, quod dicta regula in causis parui momenti locum habeat, non autem magni præiudicii. Primo, quia hoc procedit quando semel, aut iterum in duobus actibus tacet, non autem quando in pluribus, & diuerso tempore, & nimium diu. Quia diuturna scientia & patientia, cum taciturnitate, inducit consensum. Imo fortis idem operatur, quod expressus consensus. Ita no. tenet Bald. in *l. si filius. per illum tex. C. de pet. hered. Ang. l. qui aliena. in prin. per illum tex. & ibidem Moder. ff. de acq. hered. Alexan. in l. 2. §. voluntatem. in 1. col. ad finem. ff. solut. mat. lason qui hosce citat, in l. qua dotis in 13. col. ff. eo. tit.*

Secundo, si vocatus ad actum, vt approbet, vel improbet, & sic vt consentiat, vel cōtradicat, si est præfens & tacet, videtur consentire, quando actus est sibi præiudicialis. Inno. in c. 1. de his que sunt à maiore par. 6. que sequitur Ab. in c. 2. in 2. col. de his que fiunt à prala. sine cons. capituli & in c. vestra. ad si. de loca. vt in c. si. in 3. col. de feris. D. Ant. de But. in c. cum omnes. in 8. col. & in c. quam ecclesiarum, vlt. col. de consuet. Alex. & la. in d. l. qua dotis, & quod autem appellans ad prædictos actus adscitus fuerit, vt consensum suū adhiberet patet, quia frater vterinus fuit, & qui, defuncti nomine, testimonium suum ad omnes actus adungere secundum cōsuetudinē necesse habuit.

Tertio, & hoc iuris est, quod quando vltra taciturnitatē interuenit aliquis actus positiuus, tunc tacens semp habetur p̄ consentiente, secundū Abbate in c. virum. in 3. not. de regu. & probat text. in cle. 1. de procurat. ex quo text. Panor. in c. non iniuste, in pen. col. in prin. dicit se sumere Theoricam, quod vbi tractatur de præiu-

44 præiudicio alicuius, si ultra taciturnitatem facit a-
liquem actum, qui videtur venire ad confirmatio-
nem eius quod agitur, tunc videtur semper in sui
præiudicium consentire, & ita secundum eum,
not Bart. in l. quo enim. §. i. ff. rem ratam hab. Ex qui-
bus sequitur, quod subscribens se censetur con-
firmare: quia ultra taciturnitatem interuenit actus
subscriptionis, ut est text. in l. fideiussor. §. i. in fin. ff. de
pignor. & in l. sicut. §. non videtur. ff. quib. mod. pign. vel
hypoth. facit text. in c. si quis presbyterorum. in verb. sub-
scripserit. & ibi glossa. de reb. eccles. non alien. ut late per
Bart. Alexan. & Iaf. in d. l. qua dotis, idem dicendum
in sigillante. l. 2. cum gloss. & ibi Bald. C. de reb. Ec-
clesia non alien. Bart. hic in fine Canon. in c. post ces-
sionem. de probat. & in c. 2. de fide instrum. cum concord.
per d. Alex. in d. l. qua dotis, citatis.

Cum itaque appellans ad omnia instrumenta
transactionum, & diuisionum, tanquam testis, &
confirmator, subscribendo & sigillando accesserit,
certe dubium non est, quin consenserit. Nec po-
test allegare, quod propter personarum reueren-
tiam, aut quia nihil profuisset eius dissensus, tacerit,
de quo per Bart. & Dd. in d. l. qua dotis, quia vi-
tricus erat, frater vltimus erat, qui transigebant,
ipse autem legitimæ ætatis, & agebatur de graui
præiudicio.

Postremò, si se cohæredem ad materna bona
tum putabat, cur non intra præscriptum à iure ci-
uili tempus eam hereditatem adiuit, tot. titul. C. de
iure delib. Longissimi enim temporis taciturnitatem
etiam animo hereditas non aditur, ut patet ad
sensum communem, atque ut supra relatum est,
ipse per actus aditioni contrarios, hæreditatem tum
repudiavit.

Verù uti hereditatis petitio cum libello appel-
lationis, qua sententia senatus ac ius Lubecensium
oppugnatur, nihil habet cõmune: ita de illa plura
verba facere operæ precium non est.

Concluditur ergò, quod bona litigiosa, tam
profeciticia, quam materna sunt, quodque secun-
dum ius Lubecensium, quod in hisce maritimis
ciuitatibus Saxonie seruator, & secundum sen-
tentiam à Decurionibus ciuitatis Tanglinensis la-
tam, diuisio in capita, non in stirpes facienda sit:
nisi appellans planum facere possit, defunctum,
post acceptam parentum suorum hæreditatem,
alia & singularia bona aduenticia, aut etiam Ca-
strensia, vel quauis lucrificasse.

Restat igitur, ut ad præiudicium partium, quod
extra sublellia iudicii in vulgus spargunt, quo &
quid illustrissimo Domino nostro pronuncian-
dum sit, prescribunt, & sibi victoriam causæ polli-
centur, respondeamus. Aiunt enim, in proximo
consistorio sententiam latam, qua hæc cõtrouersia
tantum non sit decisa, & ius Lubecensium in totum
sublatum. In qua ratiocinatione, tam in facto, quàm
in iure hallucinantur. Primùm enim constat, casum
de successione patris, atq; eius ratione, noueræ,
& filiorum, in bona vnus filiorum præmortui, cum
hoc nostro; vbi inter vterinos, & consanguineos
solos contentio est, super fratris defuncti hæredi-
tate, vbi nulla ascendentium persona interuenit:
nihil commune habere à dissimilibus, igitur ar-
gumentatio illa non procedit.

45 Similitudine concessa, adhuc aduersariorum
opinio non procedit. Legibus enim, non t̄ exem-

plis est iudicandum. l. nemo. C. de sent. & interloc. om.
iud. l. nec in simili. C. quibus res iudicata non nocet. l. sed
licet. ff. de off. pres. Multò minus sequitur, quod per
illam sententiam ius Lubecensium sublatum sit.
Illa enim sententia omnino cum dispositione sta-
tutorum Lubecensium concordat, cuius verba
supra in princ. relata sunt.

Porro, quod clementiss. Dominus noster, statuta
de quibus actum est, tollere, sine dedecore, ac
magna confusione, & perturbatione Reip. nõ pos-
sit, patet: Primo, quia quod maiorum suorum pacta,
& promissiones, deinde suam confirmationem, &
fidem frangeret: id quod contra proprium iura-
mentum appellans inciuiliter vrget. Deinde, cum
in omnibus ferè ciuitatibus suæ celsitudini subie-
ctis, ratione dictæ consuetudinis, & statuti, bona
sua ciues implicata habeant, apparet publicum
statum per iuris municipalis immutationem, læ-
sum iri. Quod autem hæc statuta, & consuetudi-
nes, quo ad hunc casum nostræ disceptationis, ius-
ta, & qua, ac rationabilia sint, supra copiose, ac di-
lucide ostensum est.

46 Quamobrem etiam, sine iuris positivi læsione,
sua cess. hæc tollere nõ posset: cum iura singularia
rationabilia, & præscripta, ipso iure ciuili confir-
mentur, d. l. omnes populi. ff. de iust. & iure. d. l. de quib. ff.
de ll. & d. l. i. circa fin. C. qua sit longa consuet. Et extat
prudētissimum dictum Diui Augustini, ipsam
consuetudinis immutationem, etiam quæ utilitate
adiuuat, nouitate tamen perturbare. Ad quod
ea faciunt, quæ de iniquitate statuti arque con-
suetudinis toleranda tradunt, & not. Alexand. de
Imola, in l. i. ff. quod quisque iuris. Bald. in titul. de pace
constant. in 9. colum. versic. in criminalibus, qui allegat
Io. And. in c. fin. de appell. in nouel. ac gloss. Bald. in c. in
ecclesiarum. de conslit. vbi tradit, statuta & consuetu-
dines, etiam in foro conscientie, seruanda. Postre-
mo, etiam si per dictam sententiam, quicquã iuri
municipali derogatum esset, quod tamen non est,
nec fieri potuit, per supra allegata, certè id ad fu-
turos tantum casus, non etiam pendentes, aut
præteritas causas, esset referendum, iuxta text. in
auth. vt cum de appell. cognosc. in princ. cum concord. ibi
per gloss. & Bart. addit. col. 8. c. cognoscentes, & c. fin.
de conslit.

Sperant autem appellati, clementissimum Do-
minum nostrum, aduersariorum inepto præiudi-
cio contempto, & ex argumentis, ac rationibus in
scriptis Aduocatorum suorum, atque hic latè tra-
ctatis, sententiam Decurionum, secundum di-
cta statuta, & consuetudines promulgatam, (vt
iudicem Appellationis decet) ex eodem iure ius-
tificaturum, & comprobaturum, nec id pro-
nunciaturum, quod in vniuersum omnium suo-
rum subditorum animos, atque fortunas contur-
bare possit.

Vltra hæc omnia, quæ in iudicium fuerunt de-
ducta, supersunt adhuc duæ quæstiones in litis in-
gressu agitæ: In secunda autem instantia per ap-
pellantem nõ repetita. Quia vero præfatus appel-
lans, in consilio quodam iuris, q̄ iudicialiter pro-
posuit, harum decisionem attulisse dicitur, operæ pre-
tium erit, & illas appellatorum nomine examinare.

Prima est; Quia defunctus æs alienum post se
reliquit, ex quibus id bonis, feudalibusne, an aliis
persolui debeat?

d

Secun-

Secunda, ad quem arma, & res expeditoria defuncti, id est, der hergeweidt/ pertineant, ad consanguineos vel uterinum?

Quod ad primam quaestionem attinet, contendunt aduersarii, defunctum debitum quoddam in Rugia contraxisse, & hoc ipso bona sua feudalia grauasse. Quod ipsum appellati, & factum esse, & fieri potuisse, negant. Fatentur quidem ipsum defunctum certam pecuniae summam ab Agnato suo accepisse mutuo, non tamen ob id bona sua
47 feudalia obligata fuisse. † Cum id citra Domini, ac proximorum agnatorum, hoc est, ipsorum appellatorum consensum, fieri nequaquam potuisset, iuxta iura vulgata in cap. Imperialem, de prohib. feudi alien. per Frid. & de prohibita feudi alienatione per Loth. cum similib.

Quod autem, nec Dominus feudi, nec ipsi fratres consanguinei in ullam obligationem consenserint, sed potius dicti Appellati, si hoc defunctus (vti moliri iudicabatur) tentasset, aperte de iure suo contra tale factum protestati sint, certo certius est, & potest, quodcumque necessitas exegerit, liquido probari.

Porro quanquam iure cautum sit, quod in
48 cunque prohibitione † alienationis, non intelligatur alienatio, quae fit ex causa necessaria, propter debita alienationes. ff. fam. ercisc. & text. in l. i. ff. de fundo dot. text. in l. peto. §. pradium. & ibi Bart. & in l. vnum ex familia. §. quod si talia verba. ff. de leg. 2. Hoc tamen fallit, quando adsunt alia bona, quae possunt vendi pro satisfactione creditorum hereditariorum. Ita est textus not. & ibi Bartol. not. in l. pater filium. in fin. pinc. ff. de leg. 3. Raph. Cum. in d. l. peto. §. pradium. Quod maxime locum habet in bonis feudalibus.

Nam quod dici solet, illa capi posse pro solvendis debitis vasalli: † Hoc procedit in subsidium, deficientibus aliis bonis ipsius vasalli. Ita fing. dicunt Bart. & Dd. in l. si finita. §. si de vestigalib. ff. de damno inf. D. tal. in Reper. §. Dui in. §. & vlt. not. l. filius familias ff. de leg. 1. Et ratio est, quia in generali obligatione bonorum, non veniunt feudalia. c. 1. §. in generali. in tit. si de feudo def. sue. contr. & est tex. egregius in c. vnico. An agnatus vel filius defuncti possit ret. feud. reput. hered.

Ad secundam quaestionem, ad quem scilicet arma & res expeditoria defuncti pertineant, dubium non est, quin ad proximum agnatum. Ita videtur & dominus consulens partis aduersae decidisse, & quantum ad iura, & consuetudines Saxoniae atinet, textus est art. 27. Landt. lib. 1. cum multis similibus concord. Cumque hic punctus parum habeat dubii, maxime cum defunctus vir fuerit militaris, & sine vlla controuersia eius arma, & res expeditoria, ad agnatos pertineant.

Præterea etiam appellati probare possunt, illa ipsa arma non à matre, sed patre profecta esse, & defunctum patrem illorum ex appellatorum ædibus precario, post mortem patris, sumpsisse. Ideo non opus est magna disputatione: sed tota res relinquatur arbitrio iudicantis.

NB.

50 Post multas in † hoc consilio, aliasque allegatas rationes (quae huc referre nimis longum foret) Dominus Referens Cameralis ita concludit,

Non obstantibus argumentis actoris, concludo male appellatum, bene iudicatum, cum expensis. Anno 1569.

CLASSIS V.

DE CARCERE ET
CARCERATIS.

Ad §. 2. Asinii, à capit. 1. vsque ad 22.

Votum Primum.

De carcerato, & damno ei ex incarceratione obuiente.

In causa

G. S. V. W.

Contra

Burgermeister/ Rath/ vnd Schepffen
der Statt N.

Mense April. Anno 1544.

SUMMARIA.

- 1 Actio in iniuriarum & l. Aquilia, cumulantur, & num. 3.
- 2 Damni occasionem dans damnum dare videtur.
- 4 Ecclesiasticus carceris poenam imponere potest.
- 5 Carcerans iniuste iniuriarum tenetur.
- 6 Damnum sua culpa sentiens sentire non videtur.
- 7 Via tres contra criminosos procedendi.
- 8 Nemo incarcerandus sine causa.
- 9 Incarceratus etiamsi promisit, tamen non tenetur redire ad carcerem.
- 10 In criminalibus sine mora exequendum.
- 11 Bonus quilibet praesumitur.
- 12 Iuramentum quando damnum passo iniungendum?

De relaxatione captiui, & damno incarcerationi, & iniuria per incarcerationem allatae æstimatione.

In causa

G. S. V. W.

Contra

Burgermeister/ Rath/ vnd Schepffen
der Statt N.

Die Veneris 4. April. Anno 1544.

Quia in hac causa eram correferens, & mihi ante alios votandum esset, sic summarie & breuiter votum concipiebam. Es hat der Actor S. (vt ex attestacionibus patet) per primum, & secundum testem, allein probieret / quod libri venales, & equus vectorius ipsi fuerit ablatus, iussu Senatus zu N. At de pecunia, puta 30. florenis, vt in 3. articulo, ist gar nichtes probieret / so ist auch captiuitas actoris, genugsamb per testes probieret / vnd bewiesen / licet de tortura, & tempore, parum aut nihil, nisi praesumptiue constet: Dann dass er lange zeit gefangen gewesen / erscheinet wol / quod interea libri sicu & carte consumpti perierunt. In summa probatum est, von den entwerren Büchern / vnd Pserdt / durch denen von N. vnd von der Gefängnuß / & per consequens, de securo damno librorum, & infamia, iniuriaque tetri

tentis carceris: Quorum omnium dictus magistratus von H. causam, & occasionem dedit. iam vero occasione damni, & iniuriæ dans, ipse fecisse censetur iuribus vulgatis. Vnde merito, contra ciuitatem H. præsens lis est instituta, &c. Diuido votum meum in aliquot puncta:

1 Videndum igitur in primis, qua actione sit actum.

2 Deinde, an actio actoris in facto, & iure fundata.

3 Quid veniat pronuntiandum in hac causa. Nam de Reorum defensionibus nihil attinet dicere, cum contumaciter abfuerint.

1 Quo ad primum, videtur actum partim actione iniuriarum, & partim l. Aquiliæ, ex tertio capite, videlicet ad æstimationem, & valorem damni dati, §. tertio capite. *Instit. de l. Aquilia. l. si suus seruus. §. tertio autem capite. ff. eodem.* Et quia actor hic agit contra Senatum H. eo quod occasionem maioris damni dederit, vt patet ex captiuitate. Puto proprie hic actum esse vtili actione legis Aquiliæ. Nam qui occasionem damni præstitit, damnum dedisse videtur *l. qui occidit. §. in hac quoque. ff. eod. fil. ad l. Aquil. c. fin. extr. de iniur.* notat Goffred. in libello, de actione in factum subsidiaria legis Aquiliæ & de vtili actione l. Aquil. fol. mihi. 7.

2 Et quidem actio iniuriarum & cumulari potest cum actione legis Aquiliæ, cum dicat Speculator in tit. de iniur. & damno dat. §. 1. versic. final. quod si de de atroci iniuria actum fuerit actione iniuriarum, poterit nihilominus agi Aquiliana, ad damnum, & è conuerso. *Item apud. §. si quis verberato. ff. eod.* Et que alia æstimatio iniuriæ, seu contumeliæ, & alia damni. *l. sed et si quem. §. iniuriam. ff. eod.* Vt nõ inmerito actor hic æstimet, tum damnum, tum iniuriam, vt patet in conclusione petitionis articulata.

2 Videamus de secundo puncto; an in facto probata sit hæc actio, seu intentio actoris: Et cerè ex depositionibus primi, & secundi testis, circa tertium articulum, tum & aliorum testium, circa alios articulos, satis probatum est, damnum ratione captiuitatis, actori illatū, tum etiam de iniuriosa infamia secuta. Et idcirco de iure etiam competens, & releuās est prædicta actio vtilis l. Aquiliæ simul, & iniuriarum, per ea quæ supra in primo puncto adducta sunt.

3 Progrediendo igitur ad tertium & vltimum punctum; quid scilicet, & qualiter pronuntiandū sit, præmitto breuiter, q̄ licet iudex Ecclesiasticus perpetuā, & temporale carceris pœnam & imponere possit, c. quamuis de pœnis. lib. 6. tamè de iure nostro civili, secus est; quia carcer ad continendos nõ puniendos homines, haberi debet. *l. aut damnū. §. solent. ff. de pœnis.* Quamobrem si Iudex aliquem carceri mancipatit, quem nõ debet (puta propter innocentiam personæ, vel amplas facultates, vel honorem, iuxta l. 1. ff. de custod. reor. vbi huiusmodi circumstantiarum ratio habenda præcipitur,) potest contra talem iudicem & iniuriarum agi. *l. nec magistratibus. ff. de iniuriis.* Nec magistratibus licet aliquid iniuriöse facere, inquit ibi IC. Alioqui iniuriarum conueniri potest, vt ibi. Verum, quando aliquid sit, ex causa Reipubl. secundum bonos mores, tunc etiam si id ad contumeliā alicuius pertineat, tamen propterea actione iniuriarum non

tenebitur magistratus, tex. est pulcher & elegans, in l. quod Reipublica. ff. eod. de iniuriis.

Ad propositum igitur nostrum, constat ex actis, quod magistratus H. istum actorem ceperit, & carceri incluserit. At quo iure, seu qua iniuria id factum sit, nondum constat, nisi quod vnus testium nempe primus, ad tertium articulum dicat, *Wie daß ein Ersamer Raht zu H. dem actori verbotten/ & Bücher zu verkauffen: Nun wehre aber solch vbelthat/ meines bedünckens/ genugsamb/ per ablationem librorum venalium, & qui vectorii gestraffet / eo quod actor fortè non paruerit mandato magistratus H. Et sic sibi imputet. Quia damnum, quod quis & sua culpa sentit, sentire non videtur. l. quod quis. ff. de reg. iur. c. damnum. eod. tit. in sexto.* So viel aber den Todtschlag betreffen thut/ ist gar nit am tage/ dan allein hominum rumor, ex dicta captiuitate, & diffamatione senatus H. ortus est: Et sic consequenter damnum prædictorum librorū. Ad quod referendum die von H. billich zu verdamme/ cum vt supra dictum, occasionem damni præstiterint. So ist auch solch homicidium, nec per probationē, nec per torturas befunden/ vnd wahr gemacht / sonst wehre der Gefangener so lange zeit nit bleiben / als nemblich 14. Jahr/ meines behaltens/ diereit dann quilibet præsumitur bonus & innocens, nisi probeatur contrarium. So denck mich/ quod ex sola suspicione, male, & de facto, id est thätlich/ contra huc actorem actum sit, Cum etiā sine præuis sufficientibus indiciis, non sit ad quæstiones, seu torturam deueniendum, *iuribus vulg.* So haben wir aber in iure nostro, tres vias, seu modos procedēdi contra criminofum, & scilicet accusationis, denunciationis, & inquisitionis, additur & via exceptionis. Vnd heten die von H. durch deren weg einen / gegen vnd wider den Kläger Rechtlich procedieren mögen/ vnd nit also bald thätlich handelē sollen. Et idcirco dictus magistratus non videtur mihi omnino esse sine culpa, quæ culpa etiam, per conuinciam, insuper augetur. So kan ich die von H. diß ortho nit so gar entschuldigen. Cū igitur de iure nemo sine causa incarcerādas. *Bart. l. 1. c. qui bon. cod. poss.* Ideoque dictus magistratus iniuriarum teneatur. *d. l. nec magistratibus. ff. de iniuriis.* Zu deme daß die von H. contumaciter, durch ihren Procuratoren, seu Syndicum nit erscheinen/ kan ich dieß fals nit vmbgehen/ Ich muß sie neben dem schaden der Bücher/ quia eius damni occasionem præstiterunt, vt infra, in eine ansehnliche Geldstraffe dem actori verdammen/ videlicet, propter iniustam incarcerationem, & infamiam irrogatam, &c. Et pro confirmatione huius meæ sententiæ, licet non sit exemplis, sed legibus iudicandum: Doch bin ich noch eingedencklich/ wie ich vor eslich Jahren gehört/ daß die Statt Cöln/ hie am Ray Cammergerichte/ in simili casu in eine summa Geldes vordammec worden/ propter iniustæ incarcerationis iniuriam cuidam cini Colonienfi illatam, weiß nit ob deme so sey/ möchte man auß dem Prothocoll befinden/ in causa (ni fallor) Peter Quentell/ cōtra die Statt Cöln/ Norat Baro à Zautenberg/ olim huius Cōfistorii assessor, in suis conclusionib. conclus. 98. Et quo ad formam sententiæ in hac causa concipiendæ, möchte man auß dem Verichlichen Prothocollo in der gemelten Sachen/ die Form abnehmen/

men/oder sonstent sententiam, pro qualitate huius
cauz. concipieren, will mich dieses ortz bald mit
meinen Herrn vergleichen/ & ita quidem ego sen-
tio, saluo suo cuiusque iudicio meliori, & æ-
quiori.

Porro incarceratus iniuste, potest, data oportunitate, aufugere, imò si iuravit se rediturum ad
9 carcerem, non propterea tenetur redire, † præ-
fertim, si carcer sit iniuriolosus, glossa notabilis. in
elem. pastoralis, de re iudic. in verb. per violentiam. Vn-
de si actor in hac causa aufugit elapsus ex carcere,
non propterea præsumi potest suspectus, eo,
quod de iniusta incarceratione conqueratur. Et
est verisimile, quod facta negligentia, seu potius
coniuventia custodum carceris, seu commenta-
riensium, actor aufugerit, cum, si forte reus incal-
pati homicidii inuentus, & conuictus fuisset, mi-
nimè tot annis foret custoditus, & alle ruatus, sed
quam primum ultimo, & debito supplicio affe-
ctus, darauf dann / pro innocentia actoris, eine
grosse Vermutung vnd præsumption bey mir ist.
Dann so er des vfferlegten Todtschlagens schuldig
gewesen / hette man ihne so lange zeit gefänglich
nit behalten / sondern contra conuictum reum als
bald procederet; Cum ad exequendam contra
10 noxios & conuictos iusticiam † nulla mora esse
debeat, solches zum Rechte gezogen; quia expedi-
dit Reip. ne crimina maneat impunita, & præ-
sidis prouinciar, scilicet Archiepiscopi Colon. est,
prouinciam, malis hominibus purgare, iurib. vul-
gatis. Contra Archipræsulem Colon. in hac cau-
sa pronunciare nihil possumus, cum ab actore ni-
hil eiusmodi petatur, Nec Archiepiscopus in lite
sit, sed solum die Statt H. quæ ciuitas, non so-
lum actori iniuriâ facere cepit, imò fecit, sed etiã
maioris quoq; grauiorisq; deinceps iniuriæ, & in-
famiz, nec nõ damni inde secuti, occasionem de-
dit: Vt sic sola teneatur, iuribus ac rationib supra al-
legatis. Sonst hette der Kläger / des Bischoffes zu
Cöln halber / kein not gehabt / were auch vnuer-
schulter sachen / vff solches der beclagten Statt H.
bloßes angeben / nit angenommen / verwahret / vnd
viel weniger gefoltert.

So kan ich der Statt H. nichts zu gute vnd
fürtheil erkennen / cum ad hoc ipsorum factum,
etiam accedat culpa contumaciæ eorundem von
H. vt infra deducum. Iam verò, ob contumaci-
am partis, solemus vel ad bannum procedere:
Multo magis igitur, actoris petitioni conformi-
ter, in contumaciam reorum hic fuerit pronun-
ciandum, & iudicandum. Supra dixi de damno oc-
casionato per magistratum H. de quo tamen, dum
causam alius intueor, non nihil dubito, Eo quod
præsens Actor, etiam incarceratus, potuisset per
alios efficere, ne libri situ, squalore, & carie inte-
rim perirent. Er hette die Bücher könnē lassen an-
schlagen / vñ sonst verreiben / damit sie nit also ver-
legen würden / vnde quodammodo sibi imputet
secutum damnum, non magistratui, qui solum ca-
ptiuitatis ob homicidii suspicionem, præstitit oc-
casione.

Cum secundum petitionem actoris sit pro-
nunciandum, ne plus vel minus pronuncietur,
quam petum est; quæ esset magna deformitas,
So befinde ich / daß der Kläger drey dinge gebe-
ten hab.

1 Erstlich zu erkennen / das Rei, die erwühnete
Bücher / Gelt / vnd Pferd / oder valorem eorum, zu
geben schuldich.

2 Zum anderen / d si den Reis nit gezimt / denn
Actorem bey dem Erzbischoffen zu Cöllen also zu
beschreyen / darfür er dann zwey tausent Floren / al-
ua iudicis taxa begert.

3 Zum dritten / Daß die Rei auch schuldig / A-
cton valorem trium valorum librariorum, so er
vff drehundert Floren schäget / wiederum zu er-
statten / alles cum refunone expensatum, & in-
teresse.

Quoad primam petitionem; quia ea probata
est, excepta pecunia, muß ich darnach erkennen/
allein sieget mir der Scrupulus im wege / ob der A-
ctor solche Bücher versallen / ob edictum non
vendendorum librorum L. De quo tamen, nisi
per vnum testem, de auditu, solum constar.

Quoad secundam, kan ich nit erkennen / quia ni-
hil probatum.

Quoad tertiam partem, kan ich auch nit erken-
nen / cum etiam incarceratus potuisset illud da-
num per alios euitare, vt infra. Volo autem
reos condemnare in expensis, propter contuma-
ciam eorum.

Votum. Doct. N.

Accumulatæ tres actiones, 1. Vi bonorum ra-
ptorum in rebus mobilibus. 2. Ex tertio capite le-
gis Aquiliz. 3. Intentata iniuriarum, verbalium,
& realium; Et possunt cumulari prædictæ actio-
nes, Prima actio ad restitutionem rerum ablata-
rum. 2. ad damnum datum, 3. ad æstimationem
iniuriæ.

Probauit, quod libri ablati, & equus, de pecu-
nia non constar, & idcirco condemnandos reos.
De iniuria probauit etiam intentum suum; Quia
quilibet præsumitur bonus, nisi probetur cõtrari-
um. † l. quod Reipubl. ff. de iniuriis. Quod magistratus
non tenetur de iniuria; sed tamen iure magistra-
tus non fecit, neglecto ordine iuris, imò contra
magistratum præsumitur, nisi obstatet præsum-
ptio in contrarium, scil. de edicto non venden-
dorum librorum L. Concludit quod rei conde-
mnandi, quo ad libros, & equum, & quod ex ini-
uria teneantur.

Doct. I. Quia causa perplexa, nescit quid pro-
nunciandum sit, putat deferendum † iuramen-
tum actori.

D. G. Quia sumus in probatione, volo missas fa-
cere præsumptiones; pbauit enim ablatos libros,
& equum. Et probauit se probum virum, idcirco
non de buisse diffamari.

Quoad alia capita petitionis, duco reos absol-
uendos, quia nihil probatum.

Condemno reos in expensis, ob cõtumaciã &
Iudicis esse secundum allegata & probata iudica-
re, & à probationibus non esse ad præsumptiones
confugiendum.

Will mich / pro æstimatione iniuriæ, & expen-
sarum taxa mit meinen Herrn vergleichen.

D. H. Quoad ablationem librorum, & equi,
vult Reos condemnare, quia probatum: licet
torqueat scrupulus præsumptionis, Das edictum
sey / keine 2. Bücher zu verkaufen.

Quo

Quo ad iniurias, siue reales, siue verbales; quia solum realis probata, vult æstimare eam, quia duo puncta probata, volo in iis Reos condemnare, & quo ad alia, absoluere.

D.V. Probata ablatio librorum, & equi, non potest tamen propterea magistratum condemnare, ob appendicem testium, de fama edicti, non vendendorum librorum L. Quia non peccarit magistratus, utpote vsus iure magistratus; & ideo præsumit pro magistratu: Putat pares esse utrimque probationes, ideo vult reos absoluere, cum sint fauorabiliores Rei quam Actores. Concludit absoluendos Reos H. compensatis expensis, iuxta ordinationem Imperii.

D.R. Est quidem præsumptio pro magistratu; sed tamen cessat; quia excessit modum auferendo equum, sufficissent enim libri ablati: & quia partim fit absolutio, partim condemnatio, compensandæ expensæ.

D.P. Idem.

D.F. Idem. Excessus modus in adimendo equum.

Liquidatio fieri debet post sententiam, non ante.

D.I. Vult imprimis deferre iuramentum, So er schwerẽ möchre/ daß er in der Statt H. keine verbottene Bücher feyl gehabt/ daß als dan weiter geschehen soll/ was Recht ist.

D.G. Dico, id esse securius pro nobis,

Placuit præmittere sententiam qua deferatur iuramentum de non venditis, seu expositis libris venalibus veritis, ut sic constet, an malè fecerit magistratus, nec ne, & concipere sententiam in euentum.

Taxa.

D.V. Æstimatio librorum 40. Flor. equus 10. Flor. iniuria 20. Flor.

D.N. Libri 40. Flor. equus 10. Flor. iniuria 10. Flor.

D.I. 30. Flor. Bücher. equus 10. iniuria verbalis. 10.

D.R. 3. pro equo. 30. Bücher. iniuria 10. Flor.

Placuit sententia.

In Sachen G. S. wider Burgermeister/ vnd Rath/ der Statt H. ist erkant/ schwur gemelter G. einen Eyd zu Gott/ vnd den Heiligen/ daß er wider Gebott der Statt H. keine verbottene Bücher da selbst feyll gehabt/ soll als dan vff gethanen Recht, sag weiter geschehen/ was Recht ist.

Publicata die Luna 21. April.

Luna 28. Aprilis actor parendo interlocutoria iuravit, vnd hat als bald/ sein Procurator, dar vff gnedig fürderlich Urtheil gebethen/ darumb wir auch proxima die iuridica erkennen/ daß die von H. schuldig seyn/ dem Actori für seinen Schaden vnd iniurien zu geben 60. Flor. Keinisch &c. Præmissa tamen sententia, quod si actor bona conscientia iurare possit, se malle de suo tantum perdere, si haberet, quam eandem iacturam iniuriamque sustinere, &c. pro vt forma sententia ac stylus fori exigit,

Votum II.

DE RELAXATIONE CAPTIUI, & an ea mandato desuper emanato sit conueniens.

In causa

Der Statt A.

Contra

Hertzogen zu G.

Menfe Iulii, Anno 1558.

S Y M M A R I A.

- 1 In mandatis pœnalibus sufficit, ad euitandam pœnam, iurisdictionem non contemnere: maxime, si ius aduersarii non reddatur deterius, nu. 2.
- 2 A pœna qualibet causa excusat.
- 3 Paritio etiam tardior non facit locum pœnae in Camera.
- 4 De vrsedis varia.
- 5 An cautio in relaxando exigatur.
- 6 Pignorationes sunt iurium tuendorum gratia.
- 7 Causarum concursus, vno, & eodem tempore non admittendum.
- 8 Exceptio non opposita non attenditur à iudice.
- 9 Litis pendentia exceptio dilatoria est.
- 10 Summarii iudicii cognitio, quando ordinarium impedit.
- 11 Commissio ad perpetuam rei memoriam, quando deneganda.
- 12 Processus in dubio non cassandos.

Ante hac sæpius Senatium A. suis ciuibus in districtu ciuitatis suæ diuersa loca vmb Zehenden verließen/ daselbsten Erg/ Galmey/ Bley/ Kolen zu suchen vnd außzugruben/ &c. Aber des sen vngeachtet/ contra Reichs constitution, & Landfrieden Reum ducem Anno 1551. 11. Iulii, Senatus A. Diener vnnnd Kolengräber/ durch den Ambtmann zu W. de facto mit höchster commination lassen abreiben/ von den Kolengruben in der E. so dem Senatui A. allein ohne mittel zugehörig/ gelegen/ vnd desselben Kolenwercks/ vnterkandtes Rechts/ sine omni causa, & cum summo Senatus A. iactura detinere alle Gemeinden/ Pusch, wälde/ Heiden/ ob vnd vnter der Erden gelegen ad Senatium A. pertinere, confirmari priuilegijs Imperatorum Caroli V. Maximiliani, Frederici, Sigismundi, Wenceslai, Caroli IV. Ludouici, &c. petunt Reum Hans Meyern ohne entgeltlich ledig zu lassen schuldig/ erkent werde/ cum expensis.

Excipit Dux; Alle Erg/ vnd Kolengruben hören ihme zu/ vnd hab sich gedachter Hans Meyer vnterstanden in ihr F. G. Grundt vnd Boden die Zehenden vffzuheben/ darumb Ihr F. G. verurtheilt worden/ ihne durch Ihrer F. G. Officiales einzulassen. Non alio respectu ab iis factum; quã pro tuendo iure sui Principis; Petit cassari mandatum, & se absolui à citatione impetitioneque Actorum, cum expensis, &c.

Vota.

Ergo duo sunt puncta: mandati, & citationis: In illo cõtrouertitur, primo, An sufficienter sit paritum, an verò facienda damnatio pœnae. Secundo,

An in puncto citationis articulite Ursachen/die, sem Proceß gemäß/vnnd zulässig/ quod si non, an iniungenda alia deductio iuris pignorandi, maxime, quia turbatæ possessionis processus, super eodem controuerso iure, hic pendet. Tertio, similiter de defensionalibus actorum. Quarto, videndum de forma sententiæ.

Quoad primum. Mandato obicitur, non sufficienter paritum. Primo, quia tardius nempe diu post mandatū, & etiam diu post secundum præceptum sententiæ, captiuus sit relaxatus. Secundo, quia cauere coactus sit relaxatus, de soluendis impensis. Illud nō puto valde attendendū, cum probabiliter de voluntate Principis deductū sit, quod voluerit mandato parere, & sufficiat in præceptis

- 1 pœnalibus, ad euitandam pœnam, & iurisdictionē non contemnere. Iason *l. vnica. §. si quis ius dicenti non obtemper. nu. 24.* Maxime cum ius aduersarii nō
- 2 sit factum deterius, & *l. si post tres. & ibi gloss. & Dd. si quis cautio.* not. Cast. in *l. neg. impubes. §. qui in ius. ff. de in ius vocando.* Accedit, q̄ quælibet causa excusat à pœna, & à dolo, etiam iniusta, *l. si quis id quod. de iurisd. omn. iud.* Philip. Port. *conf. 147. nu. 29.* Menoch. *conf. 98. nu. 34. & conf. 31. nu. 8.* Alex. *conf. 127. nu. 1. lib. 4.* Wesenb. *conf. 33. nu. 6.* Iaf. & Alex. *d. l. vnica. §. si. l. si quis ius dicenti.* Maxime in præceptis, quæ sunt voluntariæ iurisdictionis, vt est præfixio temporis in mandatis his, arg. not. à Lanfranc. *tract. de appell. §. consequenter quero in fin. nu. 46.* Atq; ita haec
- 4 tenus obseruatum & in Camera, persuasum habeo: ad pœnæ declarationē, licet tardius pareatur, non procedi. De secundo, decisio est in responsionibus collegii ad grauamina: quod sine persoluitione der *Ungung*/captiuus sint relaxandi, & si exacti sint, restituendos esse, postquam peritū fuerit: isti ergo insistendum puto, & quia postulas impensas à relaxato esse, eaq; nomine fideiussores datos, formula cautionis à Reomet producta testatur, pronuntiatem in hoc puncto, adhuc parendū, vt in forma sententiæ. Nec contra mouet, q̄ in instrumento
- 5 relaxatus ipse dicat, à se & ein gewöhnlich *Ursache* genommen: quia si ad cop. product. acceptū est, vt puto, licet sit de dato 1552. apparet eū grauasse partes contra *Reichs Ordnung*/sicut etiā, oppugnat Procurator ex aduerso, & relaxatus nō debuit hac in re præiudicare potuisse A. dominis litigantibus. maxime cum etiam nec expressa in mādato clausula, *ohne entgelt*/tamen quasi ipso iure eam in relaxationibus intelligendam, & sub ea die *Ungung* comprehensam *inhalten*/in responsionibus ad grauamina deductum sit. Sitque ita iuris, relaxationem & restitutionem sine omni grauamine faciendam, *c. final. & ibi gloss. & Dd. de restit. spoliat.* Videtur etiam præter *Ungung* in *Ursache* eo grauatum relaxatum, quod in distincte se obligare coactus est, de non vindicando, possitque id etiam de iuris vindicatione intelligi. Sed quia id aduersarius non impugnat, & multis locis talis cautio est vtitata, nec censenda sit iuris etiam remedium auferre: ita simpliciter probata, tacite prætermittentem. &c. Nec contra prædicta, quod scil. paritio sufficienter facta non sit; puto excusare, q̄ allegatur à parte Ducis cautionē iniunctam, & vtitatam
- 6 iis in locis, quia consuetudo eius formæ non probatur, & morem in hoc cōtra constitutionem generalem, & publicam vtilitatem Imperii induci,

non ferendum puto; maxime cum constitutio de *Sachsens* expresse cautionē restringat *allein vff wis derstellen*/ velitq; occurrere rationi cōsuetudinis, ne scil. per tales actus, sine cognitione firmetur ius aliquod eorū, qui pignorāt: quo casu & præsentē, & futuram consuetudinē tollere Princeps censetur iuxta pulchre notat. Bald. in *auth. omnes peregrini. C. cōmunia de success. nu. 4.* sic ut & futuram tollere censetur presentem tollens. *Apostilla ad Bald. ib. & c.*

In puncto citationis apparet articulos datos, duo continere in effectu, primo non obstat, quod maleficii fiat mētio, & casus maleficii exceptus sit ab hoc processu: quia licet maleficium factū, vel non factum. *Diueil der Gefangen/ vff Jhrer S. G. Grund vnd Boden solte decimas colligiri, vnd also ein maleficium begangē haben.* Non controvertitur quoad facti terminum, sed factum ipsum, de quo partes cōueniunt, disceptatur, an sit maleficium. Ea autē quæstio ab ipsis petitorii articulis vel possessorii dependet, quibus non fundatis, nec ipsius ducis intentione maleficium commissum erit. Recte itaq; nō obstante ea allegatione, similiter relaxationis paritio iniuncta est, vt eff. est per negationem *Begentheils*/dubii casus. *l. 2. C. quibus ad libert. proclam. non licet.* Primo, quod maleficium commiserit captiuus *Meyer*/idq; secundo, ex eo, quod decimæ fodinarum & ipse fodinæ ad Principem Reum pertineant, hanc deductionem nequitiam admittendam cenfeo. Primo, quia antea similiter proposita per sententiam 13. Ianuarii anno 1553. latam reiecta. Secundo, quod meri petitorii propositiones fiant, quam in hoc processu; nisi partes prorogent iurisdictionē Camerae, iuxta responsiones ad grauamina *nu. 42. in fin.* non sunt admittendæ. Et sic etiam iudicatum est per interlocutoriam 13. Ianuarii Anno 1553. latam. Facit, quod iuxta responsiones ad grauamina *num. 42. id d. ducendum, Dasß der Pfandung angeheuet/vff davon nit mag gescheiden werden.* Videtur autem deductio facta posse optimè reparari, si quod ad se pertinere Ducis nomine articulatur, à nemine possessum ponatur. Nec attendo, quod in conclusione articulorum videtur ipse ad possessionē trahere Reus: quia id non sufficit: nam in articulis debuit fieri, super quibus faciendæ probationes notoriæ, & ex confessione aduersarii, satisfactio, & cum suum subditum eum non fuisse agnoscat, iure eum incarceratum vel captiuū non appareat. *c. ex parte. de verb. signif. cum ibi notat.* Nec ideo magis articuli super petitorio admissi, cum etiam possessorii deductione casus, dependentia liquidari possint. Hoc verum eo, quia nō præiudicatur Reo, cum si ius doceat debitum, captiuus ei iterū sistendus sit, & tum possit pœnam debitam ab eo consequi. Bald. in *terminis l. per diuersas. 15. quasi. nu. 3. C. mandati. & c.*

Sed an adhuc alia sit facienda iuris pignorandi deductio? & videtur quod sic. Primo, quia citatio id & mandatum complectitur. Secundo, quod similiter iterum iniunctum est per sententiā prædictam 13. Ianuarii Anno &c. 53. latam; Sitque iuris, cum duo mandentur, vtrumque implendum, vt subsistat processus, *c. final. cum ibi notat. de restit. spoliator.* Aded quod nec ab eo censendus sit Reus releuatus, etiā citationis & interlocutorię prædicti termini lapsi sint, argum. *c. cum dilecti. de dol.*

Contumacia. Quod etiã non temere Reo remittendum sit, ne, quod in odium eius inductum est, ius suum pignorandi inuitus deducat, maximè subsistente adhuc causa publicæ utilitatis, propter quã isto cum onere contra pignorantem inductus ille modus est in constitutione noua, nempe, vt causa, ad quam facta est pignoriatio discutatur, itaque succurratur periculis viteriorum turbatum.

Quarto, quod id iniungi Actoris interfit, propter commodum, quod possit habere ex contumacia, sicut & causæ, quia non deducuntur, petit iniungi silentium 9. Iunii Anno 1553. Quinto, quod etiam ipsius Rei pignoriatis videatur interesse, ius suum in hoc processu deduci, ad confirmandum vsu pignoris, & relaxati *widestellen*. Sed ex alio processu mandati pœnalis inter easdem partes, & super eadem re, eodemque principaliter controuerso iure hiciam difficultas oritur, si in ea exceptio litis pendentis de hoc processu pignoriati non admittatur, sed iniuncta litis contestatione, prout faciendum existimo; commode hic vltior deductio iuris pignorandi iniungi potest. Vt non dubitem posse ab initio separatim processus institui, & decerni ex constitutione der *Psandung* & litigiosa possessione, quia principaliter ille processus ad relaxationem pignorum captorum spectat, etiam iuxta responsiones ad grauamina, *num. 41. & 42.* Licet ambæ citationes aut mandata deinde, quantum ad iustificationem pignorum, possunt in idem recidere, prout etiam hic decisum est, in causa *Kronenberg* contra *Stolberg*.

Tamen cum iam aliquantulum obtenta sit relaxatio possitque æstimari, quod in ea deest, id etiam sit dominus Reus præstiturus, quod plerumque 7 pignorationes ¶ fiant possessionum tuendarum gratia, aut hoc in processu, aut in illo turbatæ possessionis, superflua & iniqua futura possessorii iuris geminata deductione fatigatio; maximè cum constet ex exceptione Rei in prædicta causa turbatæ possessionis, & in conclusionibus huius processus, quod in possessorio Rei principalis fundet ius pignoris, atque ita etiam cesset, quod æstimari alioquin posset, alia illum, & diuersa ratione, sine possessorio principale deducere ius pignoris potuisse & voluisse, puta, *Das er der Dret zuuor auch gepfändet.*

Itaque sit in possessione *Psandens* / aut quod vigore contractus, aut obligationis id sibi competat, quod fieri posse etiam responsiones Collegii ad grauamina non improbant.

Denique, quod Actor met hic post exceptionem contra *Brsachen* &c. amplius non petit, quam eas reiici, eoque videatur attendenda, vt postrema; & quia prior petitio propter silentium iam cessare videatur, quia iam facta est causarum productio, quæ tunc facta nondum erat. Et imò etiam si plus petat Actor, non videatur audiendus, cum iam habeat domi, quod intendit, scilicet causam turbatæ possessionis, ex qua plenissime, quod alioqui ei ex hoc processu adiudicari possit, impetrare & obtinere queat, eiusque nihil interfit, quomodo deducat, vel vbi ius suum, cum etiam in hoc processu prærogatiuam non magis ex eo habiturus sit: Reus censetur, an Actor: quod in litigiosis eiusmodi possessionibus cen-

seatur Actor, & Reus, iuxta notat. in l. si priusquam. de oper. noui nunciat. Sicut & responsiones nostræ ad grauamina statuunt, *numer. 51.* Et imò in causa turbatæ possessionis ipsemet Actor proponat, se ex hoc processu aliud non spectasse, quam vt pareatur: propter quod etiam fortè superfedere vltiori petitione huius processus volunt, interesse hic nul um pignorantis inde verti videtur, in cuius odium maximè constitutio noua facta est, & vt sit, potest id omne, si obtineat in alio illo possessorio iudicio consequi, iuxta l. 2. cum ibi notat. C. de ordin. cognition. Videtur ergo hæc appendenda, & similiter iudicatum est in causa *Rasensfeld* contra *Neingrauen* / 2. Octobris, Anno 1553. Vbi communibus dominorum votis tantum in puncto mandati pronunciatum, & silentio præteritus citationis punctus, propter pendentem processum turbatæ possessionis, nec obstat, si, quod ibi factum erat, dicatur hic de pendentia processus litigiosæ possessionis, exceptum non esse: quia iudicis videatur officium concursum causarum, vno & eodem tempore non admittere, ¶ quæ in idem recidunt, & in quibus contrariæ possent ferri sententiæ per notat. *Socin. consil. 87. insip. pro decisione. num. 7. in prima parte.* pulchrè facit ad id gloss. *cap. dispendia super verb. nec processus habitus valeat, de rescriptis in sexto.* Vbi ait decisionem eius capituli locum habere, etiam si exceptum non sit de litis pendentia coram alio iudice, sed ipso iure processum non valere. Nec quidem adhuc potuit hic exceptio ea proponi, quia ante deductionem causarum hic factam, nondum processus ille emanarat. Et sic etiam non obstat, quod de præcepto huius citationis & interlocutoris 13. Ianuarii Anno 1553. latæ super articulis principalis huius puncti dictum est. Verum istis non obstantibus, adhuc puto punctum citationis ab hoc processu non rescandum, idque ex causis subsequens.

Primo, quod nondum plene paritum, videaturque etiam ad mandatum pertinere, conueniens iuris pignorandi deductio, itaque attendatum esse ab antiquioribus, animaduertam.

Secundo, quia adhuc non posse aliter, quam pleno possessorio ius pignorandi à Reo deduci.

Tertio, quia exceptio de processu turbatæ possessionis hic opposita non est: Id autem si non fiat, valere processum, & vtrumque imputandum partibus, quare exceptione ¶ vlla vbi non sunt. *Bald. decid. in l. nulli. in fin. C. de iudic. & idem in authent. sed nouo iure. nu. 7. C. de seru. fugit. Innocent. quem Baldus vtrobique allegat. in cap. cum M. Ferrar. de rescript. Et longè alia ratio est d. c. dispendia, vbi ex forma rescripti iurisdictio iudicis fundata, & loquitur in diuersis iudiciis.*

Quarto, quia si aliter attendendum, sequeretur etiam ante iam attendi, & processus super turbata possessione, iam pendente hac lite, pignorationis decerni non debuisset. Interim tamen expressè non iniungerem, quod deberet alias causas deducere, sed deductus simpliciter reiiceret, maximè ideo, quod possint forte, paritione facta acquiescere Actores, & alios deduci non petere, & nec tunc amplius iudicem sollicitari opus non esse, condemnando in expensas, taliter pronunciatem, &c.

In Sachen &c. ist erkendt / so fern gemelter D. Porius in zeit eines Monats nicht glaublich vrbunden vorbringen wirdt / das dem außgänger / vnd reproducitten Käyserlichen Mandat / auch ohne entgelnuß Hans Meyers gefängnuß außgangener azung / würcklich nachgesetzt oder gelebet sey / daß alsdan vff sein des Gegentheils fernerr auffrisen nochmaln ergehen soll / was Recht ist. Ferner seynd die fürbrachte Ursachen / als zu dieser sachen vndienstlich / nit angenommen / vnd der Bescheid / das ermelter Herzog die expens dieser puncten halber vffgelauffen / vff Rechtliche ermeßigig zu entrichten vnd zu bezahlen schuldig sey / &c.

In potterum tamen, si alias pignorandi causas deduci Actor vrgeat, & Reus proponat, se alias causas, quam possessorii iuris non habere, idque in alia turbata possessionis causa ventilari. Ideoque se in hoc processu, geminata eiusdem rei tractatione molestari non debere excipiat, vellem attendere, & iuxta eam exceptionem tunc demum pronunciare. Interim nihilominus quia & iuxta ordinat. ius Actoris debet, ne temere principali citatione, à processu der Pfändung separatam à Iudicibus esse censeri possit; itaque impeditum, ne aliquando vel actor aliam prorogandi iuris deductionem vrgeat, aut aliquam saltem super eo allegationem pro se Reus proponat, sicque super hoc processu definitiue in puncto citationis pronunciari nunquam possit, comunibus votis placuit, ea forma, qua Impertinentes articuli de iure pignorandi, reiciuntur, sine alia adiectione; in puncto citationis vti, vt integrum esset actori, hunc processum, quod ipsemet actor, vt supra dictum est, velle videretur non proficere, & vt aliam deductionem vrgeat allegatio iuris pignorandi à Reo fiat, super qua licet demum de probatione facienda ad aliam causam pendens ordinarii possessorii Iudicii excipiat, integritati autem huius processus nihil desit, quominus & partibus & iure urgente pronunciari etiam in hac causa definitiue possit: in quo & partibus nullum præiudicium vertitur, & iudici superflue cognitionis labor auerti potest. maxime etiam iuris, & ordinationis ratio conseruari, &c.

Inter easdem.

Submissiones duæ: Prima, super litis contestatione; altera, super admissione articulorum ad perpetuam rei memoriam. Quoad primum excipitur de litis pendentia quam exceptionem dilatoriam esse comm. tradunt † Dd. Bal. i. *quæst. incip. accusatus; de vi turbatiua. Io. de Imol. in l. cum procurator. §. si dominus. de oper. noui nunciat. Apost. ill. final. ad Bald. in l. peremptorias. C. sentent. rescindi non posse. Itaq; re ad ante litem contestatam opponitur. Bald. in d. l. peremptorias. in fin. Felin. c. exceptionem. nu. 41. de exception. imped. causam & litem, tam à parte R. i quam Actoris. l. vbi ceptum de iudic. l. nulli. C. de iudic. l. i. C. de assert. solenda. c. fin. de rescript. c. dispendia. de rescript. in 6. Felin. loc. allegat. in c. exceptionem. Videretur eam hic attendendam, licet actor dicat se nolle processum, de quo excipitur intendere, quod hic deducitur. Felin. ibi. alleg. Dd. in l. postquam liti. C. de pact. Sed irrelevantem hanc exceptionem hoc loco, & non attendendam esse iudico. Primo quia diuersi processus sunt, & ad diuersos principales fines instituantur ex cō-*

stitutione pignoratitia, & huius litigiosæ possessionis. Cum, vt iam in alia causa dictum est, ius pignorandi deduci & obtineri queat, etiã alia ex causa, quã ex possessione rei principalis. Itaq; fieri, vt iudicatum in vna, exceptionem in alia non pariat. quo casu etiam litis pendentia exceptio locum non habet. Soci. d. conf. 87. nu. 7. quia ergo adhuc dubia causa est, quæ possit aut debeat à reo deduci in illo processu pignorationis, quæ conueniat, adhuc deducta nulla sunt, possitque talis deduci, q̄ definita huius processus causam necessariò non contineat, aut hæc ab illa dependeat, adhuc quidem attendendam exceptionem obiectam. arg. non. Bald. in l. in fin. C. de ord. iudic. Secundo etiam attendi potest q̄ in constitutione pignoris citra litis contestationem summarie procedi possit. Itaq; partibus longe sit futurum vtilius ordinario iudicio litem dirimi, vt tota causa semel decisa sit in perpetuum. † Cū alio qui perpetuum non sit iudicium summarie cognitionem impedire litem ordinariã renouatam, glos. & Dd. l. i. C. quorum bonor. per l. minorem. de iudicis. Bald. l. 2. circa fin. C. de edendo. Sitq; pro vtilitate partium in iudicis officio positum, not. clement. sepe de verb. signif. & clem. dispendiosa. de iudicis. Itaq; pronunciam Reus vortwendter einred vnuerhindert litem zu contestiren schuldig sey; & vltra quia iam causa nulla apparet reliqua, quare Actori indulgeri debeat extraordinariũ probationis remediũ, ad perpetuam rei memoriã † sed lite contestata non impediende Reo prosecutionem, ordinarie pcedere possit ex officio, quæ desuper nondum submissum videtur denegare petitionem ab Actore desuper factam, iuxta notat Dd. in vulgar. c. quoniam frequenter. vt lite non contestata, expensas compensarem.

Anno 1559. ii. Ianuar. D. S. Quoad primum in causa mandati & pœnæ declaratione mecum, declarationem non faciendam, quia Princeps non fuit in dolo nec culpa, præstitit diligentiam, vult tamen, vt ego, iniungere vltiorem partitionem.

Secundo, in puncto citationis similiter mecum, non esse sufficienter deductionem factam, quia magis ad petitionem articulatum, & propter præiudicia: sed an in hoc processu debeat vltior deductio iniungi, cum alius processus turbata possess. existeret: Ponderat primum processus vff Pfändung longe antiquiores, quam turbata possessionis. Secundo ponderat, quod deductio proprie pertinet ad punctum citationis in processu pignorationis. Tertio, q̄ videntur narrata alterius processus magis respicere turbationem possessionis, quam q̄ possessio vtrinque, tũque principaliter fuerit controuersa, nec apparere ex narratis processus turbata possess. metum fuisse armorum, ita quod videantur indebitæ ferè processus decreti in illa causa, accedente etiam eo, q̄ decretum est mandatum, cum tamen ex vsu magis citationem in turbata possessione decerni: Ergo videri iniungi debere Principi, hac in causa pignorationem vel possessorium deducat, maxime quando ipse hoc instanter petat, & cassandum processum in causa turbata possessionis nihilominus, quia vtilius Principi est in causa turbata possessionis possessorium deducere, vtpote, qui, Reus ibi fiat, & in causa pignorationis infra vnicum terminum, qui ei sub pœna perpetui silentii tantum imponi posset, forte causas non deducendo, posset ignorantia lædi, mauult pro comodo

ei deductionem possessorii permittere in altero processu, præcipue, quia gegentheils A. ita petunt, nec obstare videri processus indebitè decretos: quia partes non opponunt, & ipse Iudex intelligit processus vff streitige possession emanatos, & in dubio non cassandi processus. Also fällt auch für sich selbst punctus perpetuæ rei memoriæ Similiter pronunciare vult in primo citationis der Pfandung mecum per omnia, doch si possibile esset, veller laheater in sententia weisen/das duci nicht von nöthen/ possessorium in causa pignorationis zu disputiren.

D. N. In puncto mandati processus der Pfandung mecum in primo citationis reiciendos articulos deductos, sed iniungendum terminum duci cum comminatione finali, sicut factum in causa Eberstein contra Waten ad deducendum nouas causas. Nec enim duci concedendum extraordinarium remediū, cum habeat ordinarium. Itaque in processu turbatæ possessionis videatur sibi Cameram nõ fundatam in iurisdictione. Das die Proceß heften mögen erkent werden / quia turbata est non litigiola possessio.

D. B. In processu der Pfandung/ in causa mandati mecum, in puncto citationis, si res esset integra, veller deductos articulos admittere, quia sibi videri, quod elidant, totam agentium, intentionem, dum dicit ibi Meyer propter maleficium captum, & vt maleficium iudicatum, tanquam antea ita decretum, quod similes articuli reiecti, & petitorium simpliciter deductum mecum concludit. Non vult adiicere comminationem, quoad causam turbatæ possessionis cassandum, eo præcipue fundamento, quia iuxta nostram intellectu & responsiones ad grauamina possessorium ple- nè sit deducendum in causa pignorationis: idque eo magis, quia nõ videatur mandatum hoc, quod puram turbationem possessionis continet, rite decretum iuxta norat, de turbata possessione Rofred. tot. tit. vii possidetis, l. vim facit. ff. de vi & vi armata.

Tertio accedit decretum collegii nostri, quod si plures processus vff die Pfandung aufgangen seyn/ ratione controuersu eiusdem iuris, quod omnino idem sit, ne partes superflue grauentur, tantum iura probatoria in vno processu admittenda, in aliis interim zu suspendiren. Tamen nec hisce obstantibus, cum causa turbatæ possessionis sit diuersa à Pfandung/ nec Princeps in causa der Pfandung articulos releuantes, exhibuit, placet ei mea sententia, compensatis expensis in hoc puncto. In alio puncto vult expensarum geschweigen/ &c.

Sententia publicata 13. Ianuarii

Anno 1559.

In der Pfandungs Sachen Burgermeister vñ Racht der Statt Aach / wider Herrn W. Herzogen zu G. &c. Hans Meyers verstrickung belangent/ ist in primo wadan erkent/das ermelter Herzog in die Part aufgangenem verkündtem/ vñnd reproductem Kaysertlichen Mandat einuerleibt/ noch zur zeit nicht zuerklären / sondern demselbigen in Zeit sechs Wochen / so ihme darzu vonn Ambris wegen Angesezt / ferner mit erlassung von

gedachten Hans Meyer laiter fürbrachter Bröpfendt/ abgenommener verbürgung die Aung belangent zugeleben schuldig seyn/ mit dem anhang/ wo er dem also nicht nachkommen würde / das als dann vff seines Gegentheils ferner anrufen der declaration Pœnæ halber nochmals endlich ergehen soll was recht ist / vñnd seynd die Gerichtssoffen dieses Punctes halber vffgelauffen/ auß bewegenden Ursachen gegen einander compenat vñnd vergliechen. Dann in derselben Sachen vñnd in puncto citationis vñnd die den 7. tag Junii anno 1553. vorbrachte Ursachen / als zu dieser Sache vñnd dienstlich/ mit angenommen.

Zwischen ermeldten Partheien/ vñnd in Sachen mandati pœnalis den Waldr Escha vñnd die Roligruben daselbst betreffend/ ist erkent/ das D. Portius vorgewendter Einredt vnuerhindert vff den 6. tag Martii anno 1555. vorbrachte iuramentari petition den Krieg Rechtsens zubefestigen schuldig / doch ihme alle seine gebührende exception vñnd defension nochmals fürzubringen vnbenommen / sondern vorbehalten/ vñnd ist ferner die den 22. tag Octobris anno &c. 57. gebetene Commission ad perpetuam rei memoriam hie mit abgeschlagen/ sondern mögen die Partheien in der Sachen/ wie sichs gebüret / ordentlich verfahren / compenatis expensis.

Votum III.

DE EXPENSIS CAR-
CERATORVM.

In causa H.

Contra

Churfürsten zu M.

SUMMARIA.

- 1 Verba dñi entgelt an ad expensas extendantur.
- 2 Expensas ab initio litis petere non est necessitatis.
- 3 Paritum dici nequit, quando expensa non soluta.
- 4 Otia restringenda.
- 5 Expensa que non recte petantur.
- 6 Expensa reseruantur ad finem causa principa-
lis.
- 7 Expensa non venerunt, si in termino paritum
sit.

Submissum in puncto expensarum tam iudicialium quam extrajudicialium: M. in genere excipiendo, duplici ferè de causa existimo eas in hoc puncto partitionis non venire.

Primo, quod ad causam principalem pertineat.

Deinde, quod superfluz.

Ego ex sequentibus rationibus non existimo taxandas.

Primum, quod ab initio non videat eas esse petitas in specie, multo minus adiudicatas. Si nunc taxarentur, executoriales expediri non possent, eo quod sententia condemnatoria nulla præcesserit, ne idem contingat, quod in causa secundi mandati, Gallm contra Welsens contigit, vbi sententia taxationis expensarum fuit publicata non præmissa sententia condemnatoria expensarum.

Secun-

Secundo, quod hæ expensæ magis causam principalem concernant, cum itaque factum, nondum sit iustificatum, vtrum rectè sit arrestatum, necne, maximè cum Memorial *Zettel* de anno 77. videatur innuere, quod hi processus sint malè decreti, & in posterum esse abstinendum ab eiusmodi decretis.

Tertio, quod non memini hætenus vñsitatum fuisse in puncto partitionis, quando in tempore est paritum, nec tempus præfixum purificatum, eiusmodi expensæ, quæ extra rem sunt, id est, *Ärgnüg/ &c.* fuisse adiudicatas: cum in euentum tantum, si nõ pareatur, in pœnam & expensæ declareretur. Cui consequens, si pareat, eum ad expensæ non teneri, alias ad vtrumque simul deberet teneri: quia in euentuali copula non separantur. Nec obest conclusio pleni Senatus, quia resolutio & approbatio statuum desuper nondum est facta, interim inhærendum antiquo stylo iuxta *Reichs abschied* de ann. &c. 70. Et hi pcessus ante conclusum pleni Senatus sunt decreti, scilicet anno &c. 76. 23. Ianuarii: Constitutiones autem ad futura & non ad præterita trahenda.

His omnibus accedit præiudicium in causa D. *Eschenfelders* contra *den Officialn zu Coblenz* / vbi cum magno iudicio denegatæ sunt expensæ in pleno.

1 Nec verba ꝑ mandati (*ohn entgelt*) ad expensæ iudiciales trahi possunt, cum ea solum intelligantur, quidquid post captiuitatem, vel alimenta carceris, aut pœnæ nomine impensum est, *Gail. obs. 16. in princ. de pignorationibus.*

D. M. Incidit hæc quæstio, An in præsentī causa mandati super constitutione arrestorum Actori adiudicanda sint perpeffa damna, & litis expensæ. Ego saluo tamen moderamine iudiciali, existimo quod sic.

Primo, quod in resolutione dubiorum maioribus votis ita conclusum est in pleno Senatu, cui Senatufconsulto, vt feruetur æqualitas, existimo esse inhærendum.

Secundo, quod designata damna & litis præfertim expensæ, nõ principalem, sed mandati causam nostram concernunt, attento, quod super causa principali, An & quatenus videl. H. deliquerit, vtque ad aliud forum pertineat, in Camera nulli emanarunt, multo minus prosecuti sunt processus.

2 Tertio, quod non existimo ꝑ necessarium vel etiam iuri aut stylo conueniens esse, vt expensæ ab initio litis petantur & nisi id fiat, tunc amplius actor desuper audiri non debeat.

Quarto, quod in hac ipsa causa Iudex se ante iam declarauit, non obscure, quod expensæ actori adiudicare velit. Alias enim frustra ad recessum, Anno &c. 77. 13. Febr. habitum, in specie *Handlung* iniunxisset, sub comminatione inhætionis euentualis sententiæ prius sexto Iunii lata.

Quinto, quod citatusmet *Electo Mogutin* Imperii Archicancellarius, ex quo tam sponte sua dem *Wirth zu Schipff* 66. flor. 2. *Dagen für das verstricken* 2. an vñd zehrung persoluit, eiusdem cum Collegio Camera sententiæ esse videtur, mentem constitutionis Arrestorum esse, vt & damna & litis expensæ, prout in Senatufconsulto

nostro habetur, arrestatus adiudicari & persolui debeant.

Sexto, quod præiudicium habemus in allegata causa *Salm* contra *Beldens* / in qua expensæ actori adiudicantur & taxarunt domini, qui certè in eo reprehensionem aliquam commeruisse mihi non videntur, dum præuia actoris expensarum iuramenti præstatione in eum euentum in taxatam expensarum summam reum condemnarunt.

Septimo, quod processus hos malè decretos esse, nemo nostrum rectè dixerit, nisi Collegium & qui processus decreuerunt & sub euentuali comminatione partitione iniunxerunt dominos Iudices, & rem iudicatam impugnare velit. Quibus verò id rationibus firmis fieri potuisset, vel adhuc fieri possit, non video.

Octauo, plenè ꝑ paritum esse opinor, rectè dici nequit, donec iniuste perpeffa damna & litis expensæ, vt vult Senatufconsultum nostrum, salua tamen, vt dixi, taxa iudicis, integre quoque persoluantur.

Nono, quod causa *Eschenfelders* contra *Officialem zu Coblenz* / vt qui non immediate subest Imperio, neuiquam super constitutione Arrestorum, *sonder vff die 4. Jäll* / qualificata esse videtur, & acta intuenti occurrunt fortassis rationes, quæ citatum officialem à condemnatione expensarum excusare potuerunt, quales verò in nostro hoc casu nullæ militant, adeoque ex diuersis, non bene inferri videtur. Acquiesco igitur in SCTo nostro, cui inhærendum, adeoque in Arrestorum causis mandatorum sine clausula actoribus quoque expensæ deberi existimo. Saluo, &c.

D. B. Quia in adiudicandis expensis tam iudicialibus quam extraiudicialibus in causa mandatorum super constit. Arrestorum adhuc controverti, nec illas, causa principali adhuc indiscussa, ob nudam impetrantis defectuosæ partitionis assertionem decerni sentio: ꝑ Ego in hoc dubio odia & pœnas restringens, nõ puto tam facile, propter eiusmodi præsumtam nec euentualem contumaciam, vel insufficientem partitionem, ad pœnam procedendum. Nec enim reum calumniari & temere aduersarium tergiuersando vel procedendo partitionem sumtibus vexasse, ex actis colligere possum. Tum quod petitas ꝑ expensæ partim delicatas partim voluptuarias esse existimo, quarum Iudex, ne plus æquo victum grauet, diligentem rationem habere debet, vt illos secundum negotii & personæ qualitatem adiudicet per text. & *Doct. in l. inter quos. §. fin. & l. seq. ff. de damno infect.* Tum etiam, quia ꝑ istæ expensæ partim ipsam causam concernere videntur, quæ nunquã in litis ingressu adiudicari, sed ad finè negotii referuari solent. Obseruandum quoq; in expensis ante sententiam adiudicandis, cuius occasione petantur & an præstans eas, iustam litigandi causam habere videatur. Cum itaq; reum per sententiã condemnationem in comminatas pœnas propter illam contumaciam minime incidisse, sed potius sua sponte paratum videam, soluendo videlicet. reo expensæ, eum in vltiores quam quas vltra exoluit, condemnare non possum. Et hoc, vt supra, siquidem sibi neq; de vera resolutione huius dubii, contumacia, insufficienti partitione, aut pœna, in quam incidisse debeat, constat.

DS. Quare expensas in hac mandati causa venire non poterit, breuiter hæc sunt causæ:

1 Hæc constitutio non habet verba *ohn entgelt*, nisi: quo loco recordandum, quantum laboris lumerit antequam d. verba constitutioni pignorationis inserta fuerint.

2 Est exorbitans & quo ad status odiosa, sicque restringenda.

3 Quod dicitur plenè restituere vel plenè restituendum aut relaxandum, ad ea, quæ circa rem sunt, quæ relaxari debet, trahendum est, nec ad expensas extendendum.

4 Si de expensis intelligendum hoc foret, tum superflua foret verba, quibus in euentuali expensarum fit mentio, scilicet, quod frustra in euentum earum fieret condemnatio, si purè & simpliciter deberentur. Imo illa verba, quæ sic de stylo visitata sunt, videntur innuere, expensas non aliter quam ratione contumaciæ venire, si scilicet non pareatur.

5 Sufficere debere, si arrestato in aliquo consulari, re se, relaxata, cum ad reliquum consequendum ordinaria illi via testet.

6 Alienum foret à stylo Cancellariæ in concipiendis examinalibus mandare solutionem expensarum, quarum nomine nulla condemnatio præcessisset.

7 Circa eiusmodi constitutiones Imperii, Camerae executio, in hac maxime, tantum demandata est, nec aliquid vterius, qua facta non videtur amplius quid circa iurisdictionem Camerae restare. Et sicut comparando & de partitione docendo, citatus in pœnam declarari nequit, ita nec in expensas; nam, vt dictum, vtrumque fiat in contumaciam. Nam vt supra dictum, hæc constitutio nullam facit expensarum mentionem, vt scilicet res cum expensis restituatur, taceo, quod nec circa rem quidem ipsam disponat per verba *ohn entgelt*. Mallet itaque hæc altius deliberari & deluper concordari, atque idcirco adhuc pronuntiationi supersedere & d. Iudici indicare, ne contra Senatusconsultum quid fiat.

DN. Causæ, ob quas puto expensas non venire in causa mandati S. contra M. sunt hæc:

Prima, quod nunquam soleant expensæ venire nisi earum expressa sit condemnatio. In nostro casu decretum est mandatum, quod nullam condemnationem expensarum continet.

Secunda est, quod nullum verbum in mandato comprehensum sit sub quo expensæ comprehendendi possint. Mandata pignoratitia comprehendunt verbum restituere, quod continet omnem causam, præsertim in edictis & mandatis. Nullum tale est in præsentis causa. Ideo non mirum, si diuersa ratio constituitur in pignoratione & mandato arrestorum.

7 Tertia, quod expensæ non soleant venire, si in termino sit paritum. Quod ipsum denotant euentuales Camerae, in quibus, euentualiter in expensas solemus condemnare. Si autem ipsum mādātum contineret expensas, frustratorium & omnino extra rem esset eos euentualiter condemnare.

Quarta, quod constitutio ipsa nō contineat expensas deberi ex mandato arrestorum. Vnde non videtur nobis competere eam latius interpretari. Et hanc meam sententiā magis corroborat, quod

causa principalis partibus superfit, in qua expensæ peti & earum condemnatio fieri poterit.

Et certè valde iniquum esset M. Electorem eas graues expensas persolvere, si ex causa principali constaret, eum æquam fouere causam, ac iusta de causa actorem H. captiuum detinuisse.

Quantum attinet ad Senatusconsultum allegatum ab ipso, qui ante me sententias suas dedit, in consideratione habendum est, quod illud non sit in vniuersum & ab omnibus approbatum, & deinde quod mandatum sit emanatum ante d. Senatusconsultum,

Et vt d. Senatusconsultum esset approbatum: tamē in hoc casu nō putarem venire expensas, ob id quod in casu nostro magis captura sit & d. H. ob maleficium commissum captus fuerit & non arrestatus, prout etiā visitationis recessus innuere videtur, de quo referens in suo voto. Et cum simus in casu, in quo ego partitionem non iniunxissim, puto H. contentum esse posse, eo quod sit liberatus.

Secundo moueor ex eo, quod expensæ aliquæ sint persolutæ ab Electore Moguntino, & aliæ sint aut non necessariæ, aut superflue, & omnino modum excedentes. Ex his omnibus concludo expensas petitas non venire & d. H. petitionem esse denegandam. Saluo iudicio melius sentientis.

CLASSIS VI.

DE OFFICIO IUDICIS
EIVSQUE MANDATIS.

Pertinens ad nobilem §. 3. Afini, qui trecentis viginti octo Capitibus absoluitur, ac hoc ordine à nobis eludicidatur.

I. De officio Iudicis circa processum.

Item

Quomodo pro mandatis supplicetur & ea decernantur.

SUPPLICATIO PRO MANDATO.

Dominorum Decani & Canonicorum Ecclesiæ Cathedralis Ciuitatis Verdunensis,

Contra

Gubernatores & Consules dictæ Ciuitatis & Conforres.

Petitum Mandatum cum clausula tamen decretum in consilio. 28. Nouembris, Anno 1551.

Magnifice ac Generose Domine Comes, Iudex æquissime domine generose. Syndicus pro parte venerabilium dominorum Decani atque Canonicorum insignis Ecclesiæ Cathedralis Verdunensis Ciuitatis Imperialis, M. V. humiliter supplicando exponit, quod licet de iure communi plane sit statutum, neminem in sua iurisdictione, possessione vel quasi, aut in aliqua sui parte, quæ est ex sacri Imperii fundatione & dotatione, perturbari aut quoquo modo inquietari debere; Quamuis etiam ante annum vel circa nonnulli ciues Verdunenses ratione delictorum suorum diuersimode tum à Gubernatoribus Ciuitatis Imperialis Verdunensis tum ab aliis Iudicibus

à Ca.