

Wenden-
schlegl

1771



D

P. 30

O

IN

TEM
EJU
R

J. U

Su



DISSERTATIO
JURIDICA
DE
ANTIQUA
OBSERVANTIA.

17
9.30

von

Dem alten **S**erkommen.

IN REBUS POTISSIMUM EMPHYTEUTICIS,
ALIISQUE JURIBUS USITATA, ET PROBANDA,

IN QU

TEMPUS AD OBSERVANTIAM ANTIQUAM REQUISITUM,
EJUSDEMQUE ARTICULATIO, AC PROBATIO TAM EX JU-
RE COMMUNI, ET IMPERIALI, QUAM BAVARICO ANTIQUO,
AC NOVO EXPLANATUR, ATQUE RERUM JUDICATA-
RUM AUCIORITATE FIRMATUR,

Ad 3504 AUCTORE

JOANNE GEORGIO

WENDENSCHLEGL,

J. U. L. CONS. AUL. MONAC. ADVOC. ET EXEMPT. MONA-
STERII WESSOPONTANI, SUPER. BAV. JUDICE,

ANNO MDCCLXXI.



MONACHII,

Sumptibus Joannis Nepomuceni Friz, Bibliopolæ Academici.

8. 12. 05.

Dissertatio Juridica de antiqua observantia &c.

Imprimatur.

Signatum München in dem
Churfl. Bücher- Censur-
Collegio den 10. Julius
1771.

Wilhelm Wodiczka,
Secretar.mpr.



P
quen
ris in
lustris
tendi
do t
germ
hanc
dem
ta,
vel a
noni
su an
Obse
tia l
ac ta
gum

luce





PRÆFATIO.

Postquam superioribus annis successive nonnullas Lucubrationes juridicas, veluti Præcessum judicarium Probatorium, ac Reprobatorium; (materiam certe in judiciis utilissimam, frequentissimam, ac necessariam) Dissertationem de probanda temporis immemorialis Præscriptione; de Fideicommissis Familiarum illustrium in defectum masculorum ad Filias renuntiantes transmittendis; de usu, & auctoritate judicii possessorii retinenda; de modo testandi ad acta judicialia; nec non de usuris in consuetudine germanica fundatis &c. enucleavi, atque evulgavi; lubet illis & hanc succedaneam Dissertatiunculam de antiqua Observantia, von dem alten Herkommen, in rebus potissimum emphyteuticis usitata, & probanda associare; Sæpe enim accidit, ut in Emphyteusi, vel alterato Precario circa præstationem Laudemii, vel annui canonis, urbariis, libris censualibus, aut literis emphyteuticis casu amissis dominus directus, vel colonus jus suum per antiquam Observantiam tueri necesse habeat, ita, ut hujusmodi Observantia legitime probata vim pacti, instrumenti, immo legis suppleat, ac tamdiu in vigore suo persistat, donec contrarium liquidis argumentis doceatur.

Utile mihi proin visum fuit, præsentem hanc dissertationem luce publica donare, in qua

1. Ipsius observantiæ novi cuiusdam juris inducivæ, atque in rebus potissimum emphyteuticis usuratæ definitio, ac indoles.
2. Quodnam tempus ad eam rite obtinendam,
3. Quot, & quales actus frequentati requirantur?
4. Exempla præctica, atque in rebus emphyteuticis, aliisque juribus per sententias decisa.
5. Quænam aliæ res vi antiquæ Observantiæ obtineri queant.
6. Cui incumbat onus probandi observantiæ?
7. Quomodo ea articulari,
8. Quomodo probari,
9. Quomodo reprobari debeat, ac possit?
10. Quomodo alias locum non habeat?
11. Quatenus a Præscriptione differat?

Et denique

12. Qualem vim, ac effectum habeat, fundamentaliter pertractatur.

Antiquam porro Observantiæ singularis attentionis esse, vel ex eo liquet, quod tam in jure communi, quam constitutionibus Provincialibus antiquis de anno 1616. & Recentioribus de anno 1756. variis in locis persæpe ad eam remittatur. Præsertim in Cod. civ. *part. 4. cap. 7. §. 11. num. 9.* circa Laudemia, & *part. 2. cap. 11. §. 3, num. 12.* circa operas, & passim alibi. Quamvis itaque antiqua Observantiæ in pluribus rebus, ac juribus obtinendis, & conservandis locum habeat, velut etiam in imperio mero, si in aliqua civitate observantiæ receptum sit, ut semper Senior ex Senatoribus habeat jurisdictionem criminalem, Franc. Baltasar Braun. *de imper. mero cap. 1. §. 5. n. 25.* Quod fidejussor ante discussionem Principalis conveniri queat, Gaill. *lib. 2. obs. 27. n. 29.* Quod aliquæ civitates, & oppida in Bavaria gaudeant jure de non evocando cives ob delicta alibi commissa; vel quod subditus alicujus loci in causa delicti extra territorium provinciale

com.

commissi vi observantiæ; non obstante jure de non evocando; extra provinciam comparere teneatur, *Anmerkungen*. in cod. Bav. judic. cap. 1. §. 4. lit. c. & si qua sunt alia; nihilominus quia in his, ac similibus juribus observantia circa tempus, & probationem ejusdem est indolis, qua in præsentî Dissertatione deducta est; ideo supervacaneum foret, pluribus casibus, ac exemplis, quæ alias omnia recenseri non possent, idem per idem dicendo paginas explere. Consultius proin mihi visum fuit, ipsam observantiam circa tempus requisitum, ac modum articulandi, & probandi presse, ac solide, insuper & practice discutere; præsertim; quia nullus interpretum hanc observantiam, ejusque modum articulandi, & probandi ad nostram praxin judicariam ex instituto tractavit, & quæ Kemmerich. in libr. de prob. consuet. imperial. &c. deduxit, dispersa sunt, & ad nostrum propositum in multis non apposita: denique D. Christoph. Clingensperg. in dissert. de operis subdit. cap. 4. assert. 43. cum D. Francisco Baltasar. ead. dissert. materiam hanc non nisi obiter, & per transfennam tetigit. Cæterum melius esse, pauca idonea effundere, quam multis inutilibus Lectorem gravare, vetus verbum est ex l. 2. §. 16. cod. de vet. jur. enucleand.





DE
ANTIQUA OBSERVANTIA JURIS CUJUS-
DAM INDUCTIVA.

§. I.

Referun-
tur variae
antiquae
species.

Quemadmodum in jure nostro varia negotia, jura, & facultates pro varietate sui objecti, ac subjectae materiae in varias quoque, & diversas abeunt species: ita & observantia antiqua, das alte Herkommen, varias sui divisiones sortitur, cujus quaedam in observantiam juris sive facultatis cujusdam inductivam, (a) alia in declarativam, seu interpretativam, quae circa actus alicujus generaliter, vel ambigue gesti declarationem, & interpretationem versatur, (b) atque harum utraque in privatam, & publicam, sive imperialem (c) principali divisione discernitur.

§. II.

- (a) Per quam scilicet jus novum antea incompetentens, vel insolitum inducitur, atque exercetur. § 2. *infra*.
- (b) Qua ratione, si quaeratur, an v. gr. castro aliquo simpliciter vendito vendita quoque censetur jurisdictio, mixtum, aut merum imperium, inspiciendum est, quid postea fuerit observatum, an, & quatenus emptor exercuerit jurisditionem, mixtum, vel merum imperium, Georg. Everhardus. *vol. 2. conf. 17. n. 56.*
- (c) Quarum prior ad causas privatas, posterior vero ad statum publicum imperii Rom. germanici pertinet, cujus mentio fit in Bulla aurea *cap. 9. in fin.* Kemmerich. *de prob. consuet. §. 7.* vulgo das Reichsherkommen salutatur.

§. II.

Nobis observantia interpretativa, & imperiali hic transmissa, aliisque subdivisionibus, quin & physica, ac moraliter observantia acceptatione ad Kemmerichium (a) remissa, de prima potissimum specie sermo est, de observantia nimirum juris cujusdam inductiva, seu conservativa; Quæ est jus non scriptum, (b) sive facultas uni, (c) vel pluribus (d) competens ad actum aliquem (e) contra (f) vel præter Legem (g) aut ex permissione Legis (b) exercendum, actuum quoque conformitate, (i) & temporis diurnitate roboratum.

Hic tractatur de observantia juris cujusdam inductiva.

Quæ definitur

§. III.

Ex qua definitionis circumstantia, ubi de observantia Legi, vel Statuto contraria, ex aperta tamen Legis permissione descendente mentio facta est, causa quædam inter Titium, & Cajum in puncto reparandæ viæ privatae hactenus ventilata prona ratione deciditur; cum enim Titius viam aliquam propterea reparandam haberet, eo quod ipsius

Et quoad partem duobus

(a) *In libr. de consuet. §. 2. & seq.*

(b) Instar consuetudinis. Jus autem hic accipitur pro facultate aliquid agendi, vel omittendi, sicut ususfructus dicitur jus utendi, fruendi, actio jus perseguendi &c. ubi scilicet effectus ponitur pro causa, & jus ipsum per actuum exercitium denotatur.

(c) Per hoc quidem nonnulli Interpretes differentiam statuunt inter observantiam, & consuetudinem, quatenus hæc non nisi a pluribus, vel tota aliqua communitate, observantia vero etiam ab uno exercetur: In Bavaria tamen pro synonymis habentur, *Cod. civ. part. 1. cap. 2. §. 15. Anmerkungen ibi num. 1.*

(d) Et sic talis observantia non tantum uni; sed etiam pluribus in communitate potest competere.

(e) In quibus vero actibus requiratur, constat ex dictis §. 10. & 24.

(f) Quæ & abrogativa legis, vel Statuti dicitur.

(g) Per quam inducitur novum jus, cui anterior lex nulla resistit.

(h) Eaque etiam expressa, cum sæpe lex, vel statutum aliquid præcipiat, vel prohibeat, addita tamen expressa clausula, nisi in quodam loco aliud per observantiam fuerit introductum, *Cod. Bav. part. 4. cap. 7. §. 11. num. 9.*

(i) Id est, ut actus non sint contrarii; actus enim contrarii, & diffformes non sunt confundendi, sed hi pro non gestis habentur, & sic non attenduntur, *Anmerkungen in Cod. Bav. part. 1. cap. 2. §. 15. num. 2.*

ipſius fundi, & agri prædictæ viæ immediate adjacerent, Cajum vero fundor ſuos mediate adjacentes habentem ad cumulativam viæ reparationem ſpectato tam jure communi, quam etiam expreſſa conſtitutione Bavarica (a) recte conveniret, memoratus Cajus ſententiam abſolutoriam ex hac ratione obtinuit, quia probata hujus loci obſervantia habet, eos, qui dictæ viæ fundos mediate tantum cohærentes poſſident, ad viæ reparationem nunquam fuiſſe obligatos, quæ proin contraria obſervantia, cum expreſſo legis textu juvetur, (b) tanquam a lege permiſſa in cauſarum deciſionibus rite eſt attendenda.

(a) Landſ, und Poſtlicey, Ordnung lib. 3. tit. 13. art. 3.

(b) Landſ, und Poſtlicey = Ordnung loc. cit. ibi: Eſ wäre dann an einem andern Ort anders Herkommen, und daſelbſ ein richtige Ordnung gehalten worden, ſoll eſ dabey verbleiben.

§. IV.

Exemplis
prædictis il-
luſtratur.

Quamvis e contrario in alia facti ſpecie, in qua communitas quædam viam per fundos alterius communitatis ductam lucuſque reparabat, noviffime vero onus reparationis ex eo capite a ſe amovere contendebat, eo quod de jure in ſuo quivis fundo vias reparare teneatur, (a) merito concluſum fuerit, prædictam communitatem vi obſervantiæ præſertim immemorialis (b) ad viæ reparationem poſſe obligari, eſto etiam tituluſ aliquiſ ſpecialiſ a parte adverſa non fuerit productuſ. (c)

(a) De qua re in Bavaria exſtant mandata generalia de 3. Jan. anno 1735. 29. Jan. 1738. 19. Jun. 1741.

(b) Quæ de jure communi in rebus hujusmodi exorbitantibus requiri videtur, B. Schmid. *ad ſtat. Bav. tit. 21. art. 21. n. 3. in fin.*

(c) Eo quod ipſamet obſervantia immemorialiſ fortiatur vim tituli præſumpti, Mynſinger. *cent. 1. obſerv. 20.* Gorg. Everherduſ. *vol. 1. conſ. 3. n. 5.* Et ſic concluſum fuit in Electorali conſilio aulico Monacenſi in puncto reparandæ viæ zwiſchen denen Gemeinden zu Forſt, und Gaißboint, der Hofmark Weſſobrunn. dat. 5. Nov. 1751.

§. V.

Ad obſervantiam requiruntur

Præterea cum hujusmodi obſervantia in ipſo uſu, atque exercitio alieniſ juris radicem habeat: conſequens eſt, ut ad eam rite introducendam, ſtabiliendamque actus uni-

uniformiter gesti concurrant: unde etiam in articulanda tali observantia actuum conformiter frequentatorum omnino mentio facienda est; si enim modo hoc, modo contrarium fuerit observatum, determinari rite haud poterit, quidnam veniat in observantiam de jure requisitam, proindeque observantia non inducitur.

actus gesti,
& confor-
mcs.

Confer. l. 1. *ſ. fin. cod. quæ sit long. consuet. l. 34. ff. de reg. jur.* idque procedit in actibus contrariis, quia juxta dicta §. 2. *lit. 1.* actus difformes non adeo attenduntur, sed pro non gestis habentur; Quinam autem actus in specie sint difformes, hic enumerari, aut determinari non potest, sed ex facto dependet, & judicis arbitrio.

§. VI.

Immo & expediti juris est, quod sicut actus contrarii ad inducendam observantiam non quadrant: ita & violenti, sive metu extorti (a) litigiosi, vel turbati (b) aut exprecario, & mera vicinitatis tolerantia admissi jus antiquæ observantiæ tam parum inducunt, quam parum alias ad inchoandam, & complendam præscriptionem sufficere dicuntur. (c)

Non con-
trarii, vio-
lenti clan-
destini, præ-
carii.

(a) *L. 1. ff. de loc. publ. fruend.* vim tamen is probare debet, qui eam allegat, sive sit actor, sive reus, quia vis est facti, & sicut nec dolus, aut mala fides, ita nec vis præsumitur, l. 18. §. 1. *ff. de prob. nisi quis violentiæ ex post facto acquieverit, nec proditis in jure mediis, v. gr. per actionem, vel exceptionem quod metus causa in contrarium egerit; tunc enim per subsecutam acquiescentiam censetur in actum antea vi, vel metu extortorum ultro consentire.*

(b) Per litem enim etiam usucapio, vel præscriptio impeditur, & interrumpitur, eaque possessorem constituit in mala fide, Arnoldus Rath. *de præscript. cap. 2. assert. 41. ſ. cap. 5. assert. 78.* ad actus vero turbatos, quin per eos inducatur observantia, requiritur, ut quis turbationi acquieverit, secus turbatio, saltem extrajudicialis, nec in mala fide consistit, nec exercitium ad observantiam requisitum impedit.

(c) Cum hujusmodi actus ex se sint inhabiles ad jus aliquod introducendum. *cap. 18. de præbend.*

§. VII.

Quodnam vero tempus ad memoratam antiquam observantiam juris cujusdam inductivam rite stabiliendam requiratur, non una est interpretum sententia; aliis eam de-

Quantum
tempus ad
observan-

b

cem,

ciam requiratur, variaz opinio- nes.

cem, vel viginti, (a) aliquibus triginta, vel quadraginta annorum curriculo (b) immo nonnullis ipso temporis immemorialis spatio (c) propterea definiendam autumantibus, eo quod propter actus discontinuos similitudinem fortiatur cum feruitute discontinua, de jure communi ex probabiliori (d) spectatis vero constitutionibus Bavaricis ex certa sententia (e) tempore demum immemoriali acquirenda. Denique alii temporis determinationem ipsi iudicis arbitrio relinquendam esse existimant. (f)

(a) Quod tempus alias in jure longum, vel antiquum dicitur, Gloss. & D. D. ad rubr. cod. quæ sit long. consuet.

(b) Wehner. pract. obs. verb. von Alters.

(c) Arnoldus Rath. de contin. jur. Rom. & Bav. different. assert. 118.

(d) Per l. 1. §. fin. ff. de aqua, & aquæ pluvie arcend. Gaill. lib. 2. obs. 66. num. 7.

(e) Cod. Bav. civ. part. 2. cap. 7. §. 5.

(f) Per l. 1. ff. de jure deliber. quia tempus antiquæ observantiæ in jure quidem communi nullibi reperitur definitum; ergo iudicis arbitrio videtur esse relinquendum, quia quicquid in jure non est expressum, id arbitrio iudicis relinquendum esse, videtur, Gaill. lib. 2. obs. 31. n. 13. ubi ait, arbitrio iudicis committendum esse, quæ dicatur iuxta consuetudo.

§. VIII.

Nostra sententia de jure communi.

Verumtamen, & de jure quidem communi, ambiguis hisce Interpretum opinionibus in compendio relictis in designando memoratæ observantiæ tempore nec ad certum annorum numerum, neque quoad hunc passum ad iudicis arbitrium, sed potius ad ipsam substratæ materiæ, sive juris illius per antiquam observantiam inducendi, vel conservandi, indolem ita recurrendum esse videtur, ut si jus per observantiam inducendum versetur in favorabilibus, tempus longum decem, aut viginti annorum, (a) sin vero de re, vel jure graviore, ac momentoso agatur, triginta vel quadra-

(a) In favorabilibus enim tempus decem, vel viginti annorum dicitur antiquum, uti v. gr. in causa libertatis, l. 16. §. 3. ff. qui & a quibus manumiss. liberi. sic etiam in jure emphyteusis, vel alterati Precarii minus laudemium, quam consuetum per quinque pro centum, ex parte coloni per observantiam decem, vel viginti annorum, cum sit casus favorabilis, potest introduci, argumento dicto l. 16. §. 3. ff. qui & a quibus manumiss. liberi.

draginta annorum spatium (b) in iis denique, quæ sunt juris insoliti, & prohibitivi, temporis immemorialis (c) cursus requiratur; adeoque quoties in jure communi de antiqua observantia sermo fit, terminus iste semper intelligendus sit secundum qualitatem substratæ materiæ. (d)

(b) *Per l. 3. & 4. cod. de prescript trigint. vel quadr. ag. ann. Mynfinger respons. II. n. 34.* Sic ad laudemium accessus, & discessus, des Anfalls, und Abszug, ex parte Domini directi per observantiam inducendum requiruntur triginta anni, cum sit jus quodammodo odiosum, ideoque in Statutis bavaricis antiquis *tit. 21. art. 21.* ad hoc requiritur observantia notoria; & quoad hunc passum etiam coincidit *Codex Bav. civ. part. 1. cap. 2. §. 15. & part. 4. cap. 7. §. num. 9.*

(c) Quæ enim juris præsumptionem, & resistantiam contra se habent, præsumuntur injusta, violenta, clandestina &c. proindeque non nisi tempore immemorali justificanda, *per cap. 1. de prescript. in 6. Covarruvias ad cap. possessor 2. §. 4. de reg. jur. in 6.* veluti si quis Dominus directus a colonis suis nomine solius laudemii accessus des Anfalls, ultra quinque, & v. g. sex, vel octo pro centum prætenderet.

(d) *B. Schmid ad stat. bav. tit. 21. art. 21. num. 3. in fine.*

§. IX.

In moderno tamen jure Bavarico ad antiquam observantiam juris cujusdam inductivam pro regula ponitur ad minimum tempus triginta annorum; (a) exceptis iis rebus, in quibus jus minus, aut longius tempus statuit, velut exemplum est in casu laudemiali, quo juxta codicem Bavaricum mortuo colono liberi, & hæredes descendentes prius, & simul ad laudemium non tenentur, sed id ab eo solo demum debetur, qui prædium facta transactione postea recepturus est, nisi immemorali observantia aliud introductum fuerit. (b)

Sententia
de jure Bavarico.

(a) *Cod. Bav. part. 1. cap. 2. §. 19. num. 3. & Anmerkungen. ibi.*

(b) *Cod. Bav. part. 4. cap. 7. §. 11. num. 5.* eo quod nimirum talis exactio sit quodammodo duplicata, sicque odiosa, & juris præsumptionem, ac resistantiam contra se habens, proindeque nonnisi tempore immemorali acquirenda, *cap. 1. de prescript. in 6.* uti in mea dissertatione de probanda temporis immemorialis præscriptione assert. 33. latius deduxi.

§. X.

Neque minus temporis spatium, quam immemorialis, in operis subditorum insolitis, denen ungebräuchigen Echarv servantia
B 2 wet

requiratur
ad operas
insolitas.

werken, Domino jurisdictionali in defectum iusti tituli in antiqua observantia sese fundante de iure communi requiritur; (a) quamvis spectato codice Bavarico observantiam longissimi temporis, triginta, vel quadraginta annorum sufficere statuatur. (b)

(a) Eo quod huiusmodi operæ insolitæ vulgarem usum, & juris resistentiæ contra se habere videantur; quibus etiam alimentatio canis venatici adnumerari meretur, Christoph. Clingenberg. *de operis subditorum cap. 5. assert. 50. n. 5.* ubi etiam ad præscriptionem huiusmodi operarum inconsumetarum tempus immemorabile reliquit.

(b) Cod. Bav. part. 2. cap. 11. §. 3. num. 12.

§. XI.

Quæ aliæ
res per ob-
servantiam
acquiri so-
leant.

Quærenti vero, quænam demum res, ac jura per antiquam observantiam acquiri soleant? Respondemus, in iis servitutibus, qui nec ad servitutem aliquam, neque ad jus servitutis quodammodo simile, & alias vi præscriptionis obtineri solitum (a) revocari queunt, deficiente insuper pacto, vel alio liquido titulo, quem ante omnia inspicere necesse est, ad antiquam observantiam posse recurri; (b) qui tamen casus propter emergentem factorum varietatem Jurisconsultorum potius arbitrio relinquendi veniunt, tanquam in specie difficulter hic enumerandi. (c)

(a) Quæle est v. gr. jus pascendi, ligandi, piscandi, quod in ordine ad præscriptionem eadem, qua servitutes discontinuæ, præscriptione obtineri solet, cons. Cod. Bav. part. 2. cap. 8. §. 12. 13. 14. 15. 16. & 17. Landrecht. tit. 26. art. 9.

(b) Quo etiam respicit textus in l. 1. §. fin. ff. de aqua, & aqua pluvi. arcend. in verbis, habuisse bona consuetudine, & in l. 2. verbo, vetustas. cod.

(c) In præsentiarum tamen est jus laudemii, operarum, decimarum, juris patronatus, & similibus; ita tamen, ut ea, quæ per observantiam acquiruntur, etiam per præscriptionem acquiri valeant, prout cuique visum fuerit, an in præscriptione, vel observantia intentionem suam fundare velit.

§. XII.

Observan-
tia antiqua
probanda
est.

Quoniam vero antiqua observantia sit facti, tanquam ex præteritis factis eruenda (a) ideo, nisi jam aliunde sit notoria, probanda, ejusdemque probatio, etsi quandoque diffi-

(a) L. 1. cod. quæ sit long. consuet. Cod. judic. cap. 9. §. 3. num. 2. Gerichtsordnung. tit. 7. leg. 17.

difficilis, (b) non tamen, ut nonnulli contra praxin, & experientiam improbabiliter opinantur, impossibilis, (c) alliganti injungenda est; (d) nisi contra partem alteram militet vehemens præsumptio, (e) aut is, qui se in observantia fundat, universalem quoque, & notoriam loci consuetudinem in casu particulari ejusdem loci allegaverit. (f)

(b) Maxime in probanda actuum conformitate, cum observantia quandoque in uno loco sit variabilis, vel contraria, Leyser, ad Pand. part. 1. spec. 9.

(c) Allegati apud Klokium, tom. 1. conf. 28. n. 223.

(d) Per l. 1. cod. quæ sit longa consuet. verb. probatis his, l. 2. ff. de prob.

(e) Veluti si Dominus directus a colono accedente pro laudemio accessus 6. vel 7. pro centum prætenderet, subditus autem in observantia, vi cujus in hoc loco nonnisi quinque pro centum solvi soleant, se fundaret, tunc dominus directus contrarium probare teneretur, tanquam vehementi contra se juris præsumptione oneratus, quæ proin præsumptio relevat ab onere probandi, l. 5. §. 1. ff. de prob. meus Processus judiciar. observ. §1. n. 6, & 7.

(f) Existente enim in aliquo loco universali observantia præsumitur etiam ea in particulari villa, vel prædio procedere, & quidem tali præsumptione, ut in tali prædio contrarium alleganti incumberet probatio. Hinc si in toto aliquo districtu hofmarchialis moris esset, ut in mutatione prædii emphyteutici solvatur laudemium discessus, & accessus, Anfall, und Abfahrt, unicus autem ejusdem hofmarchiæ subditus neget, de hoc prædio plus deberi, quam laudemium accessus, certe ipsi subdito in casu existentis prædicii universalis usus probatio incumberet, eo quod ex ipso universali, ac notorio loci usu oriatur præsumptio, quod etiam hæc in specie emphyteutis, vel alteratum precarium a natura reliquorum non exorbitet, B. Schmid. semicent. 1. controv. 31. n. 15. ubi ita in excelso consilio revisorio judicatum fuisse testatur.

§. XIII.

Probaturus autem antiquam observantiam ordinariam, triginta scilicet, vel quadraginta annorum, de qua modo præcipuus fermo est, si ad processum in scriptis, articulosque exhibendos deveniatur, ita articuletur necesse est: Primo, quod jus suum ad minimum per observantiam triginta annorum introductum sit, (a) secundo, quod actus circa jus introductum gesti & conformes existent. (b) Erstens, ja und wahr, daß sowohl die Abfahrt, als der Anfall von denen Inhabern dieß Orts an seiten des Articulanten wenigst 30.

Quomodo in observantia 30. annorum articuli concipiendi.

b 3

bis

(a) Juxta Cod. Bav. civ. part. 1. cap. 2. §. 15. num. 3.

(b) §. 14. 15. & 16. infra.

bis 40. Jahr her zur Zeit deren vorgehabten Veränderungen abgefordert, und demselben auch vernichtet worden. Urdertens ja, und wahr, daß solche Abfaher, und Anfall auch per actus gestos, & conformes, mithin durch solche Uebung erlegt worden, daß hiedurch ein vollkommenes altes Herkommen nach Ausspruch der Richten, und insonderheit des Churbayerischen löbl. Codicis civ. part. 4. cap. 7. §. 11. num. 9. nach Benigen an Tag lige. Qui posterior articulus propter textum ex jure Bavarico allegatum est informis, sed potius ad movendum judicis arbitrium idoneus; quamvis enim alias articuli probatoriales non debeant esse juris, sive in allegationibus juris concipi, (c) expedit tamen nonnunquam, ut brevis quædam relatio ad jus planum, si commode fieri poterit, subternatur.

(c) Gaill. lib. 1. obs. 82. n. 13.

§. XIV.

In articulis proponi debent a-
ctus gesti.

Ex posteriori autem articulo satis intelligitur, ad probationem antiquæ observantiæ, tanquam in exercitio radicatæ, actus gestos, & conformes, atque ad substantiam inducendi juris specificè loquentes adeo requiri, ut sufficiens haud inducatur probatio, si testes in alio casu tantum generatim deponerent, ita esse observantiam (a) sed necessarium sit, ut sicut articuli, ita & testium dicta, quæ alias articulis oportet esse conformia, speciales actus notos faciant. (b)

(a) Quia tali modo testes potius de jure testificarent, quam de facto, in quo fundatur observantia, Mynfinger. cent. 1. obs. 41. n. 14.

(b) Quo præter ea, quæ tradit Colerus de process. execut. part. 1. cap. 3. n. 34. facit ipsa praxis, vi cujus primo loco ponitur in genere observantia cum suo tempore, dein secundo loco actus uniformiter gesti; unde v. gr. in probando laudemio discessus non sufficeret dicere, ita esse observantiam temporis longissimi, nisi insuper addatur, laudemium discessus intra spatium triginta annorum duobus conformibus actibus sortum fuisse.

§. XV.

Quot.

Quot autem numero actus frequentati ad talem observantiam requirantur, ita variant interpretes, ut multi actuum

etnum determinationem cum Menochio (a) iudicis arbitrio designandam esse existiment; quæ sententia, etli ordinarie duo actus sufficere possint, (b) etiam nobis præplacet, quatenus iudex prudenter arbitretur, utrum per duos, vel etiam tres actus uniformiter gestos observantia adeo probata censeatur, ut absque singulari difficultate exin conjecturari queat, retro actis temporibus plures hujusmodi actus præcessisse, & sic observantiam sive longissimam, sive immemoriam extare. Esto interim, & bene sibi consulat pars, si plures, quam duos actus indagaverit, allegaverit, & probaverit. (c)

(a) *De arbitr. jud. quæst. cas. 81. n. 4.*

(b) *Amersungen in Cod. Bav. civ. part. 1. cap. 2. §. 15. num. 2. l. 12. ff. de test. cap. 40. de reg. jur. in 6. quia pluralis elocutio duobus continetur, idque in omnibus actibus procedit, in quibus lex expresse non requirit plures, Henricus Canisius ad cap. 40. de reg. jur. in 6.*

(c) *Kemmerich. de prob. consuet. sect. 2. §. 4. si enim plures eo meliores.*

§. XVI.

Conformitatem porro horum actuum, ejusdemque necessitatem jam supra sufficienter allegavimus, hac sola notabili quæstione hucusque relicta, an ista conformitas ab articulante specialiter sit probanda? cui quæstioni satisfacturi respondemus, quod sicut vis, metus, precarium, clandestinitas, aliudve vitium actui contrarium non præsumitur, sed ab excipiente probandum est: (a) ita & probatio contrarietatis non articulanti actus conformes, sed excipienti contra conformitatem incumbat. (b)

(a) *L. 18. §. 1. ff. de prob.*

(b) *Eo quod actus semel positi tamdiu censeantur legitimi, & conformes, donec ab excipiente contrarium probetur, Kemmerich. de consuet. sect. 2. §. 6. ubi ait, quod ex actibus allegatis hæc conformitas præsumatur, ideoque distincta probatione non indigeat. Hinc si Titius articlaretur, & probaret, se sæpius v. gr. duabus, vel tribus vicibus e fundo suo etiam nomine laudemii discessus quinque pro centum percepisse, Cajus vero modernus colonus exciperet, pro hoc laudemio aliquando minus, & tantum dimidium pro centum solutos fuisse, Cajo excipienti incumberet probatio hujus actus contrarii.*

§. XVII.

Eandem conformium actuum necessitatem etiam in Quomodo probanda immemoriam observantia ad casus exorbitantes, immemoris vel

rialis obser-
vantia arti-
culanda est.

vel in jure expressos deposcimus, ubi ipsa temporis im-
memorialis diuturnitate prius, dein actuum exercitio pro-
posito articuli quoad substantiam ita veniunt concipiendi.
Primo, quod quis jus suum per observantiam tanti tempo-
ris, cujus initii memoria non extat in contrarium, obti-
nerit; secundo, quod actus circa hoc jus gesti, & confor-
mes extant. Erstens ja und wahr, daß an seiten des Articulan-
tens bey denen jedweiligen Grundgütern dieß Orts von denen sam-
mentlichen Kindern der Todfall ihres Erblässers laudemirt wor-
den. Andernens ja, und wahr, daß solcher Anfall deren Kindern
auch per actus gestos, & conformes, mithin durch solche Ue-
bung erlegt worden, daß hieraus das erforderliche unsürdentliche
Herkommen nach Benügen erhelte. (a)

(a) Conf. Cod. Bav. civ. part. 4. cap. 7. §. 11. num. 5.

Observan-
tia antiqua
probat
variis me-
diis.

Testibus.

Scriptura.

Notorio.

§. XVIII.

Potest autem antiqua observantia, articulis desuper
erectis, atque ad probandum admittis variis mediis in jure
ulitatis, quibus alias præscriptionis, aliæque possessiones
antiquæ solent, probari, puta, testibus legitimis, & re-
rum gnaris, etiam de auditu alieno, (a) non tamen de
credulitate, (b) deponentibus; nec non instrumentis, urba-
riis, vel libris censualibus, (c) maxime in re emphyteuti-
ca; aut notorio, sive facti, & actuum notorietate, daß es
fast jederman wissend, und resierkündig seye. (d)

(a) Nam in antiquis etiam testes de auditu admittuntur, & probant, præ-
sertim si alii haberi non possunt, l. 2. §. 8. ff. de aqua, & aqua plu-
viarum. in verbis: Si qui audierint eos, qui memoria tenuerint.

(b) Per dictam l. 2. §. 8. in verbis si factum esse non ambigitur. ff. de aqua,
& aqua pluviarum. Codex judic. cap. 10. §. 17. Anmerkungen ibi num. 3. &
4. debet enim testis rem vel ipse scire, vel ab aliis categorice audivisse.

(c) Cap. ad audientiam. de præscript. l. census ff. de prob. Tiberius Decia-
nus. vol. 4. resp. 40. n. 7. ubi ait, tempus sive observantiam antiquam
probari per libros censuales castri, Ecclesiæ, vel Episcopatus, idque
melius, ac communius.

(d) Cod. Bav. civ. part. 4. cap. 7. §. 11. Landrecht tit. 21. art. 21. verb.
kündlich Herkommen.

§. XIX.

An articu-
lis irrelevantibus

Sed quid circa antiquam observantiam testibus pro-
bandam de eo casu dicendum, ubi dominus quidam dire-
ctus

etus jus aliquod instrumentis casu amissis per testes alias ter conce-
 legitimos probaturus articulos positionales non ad obser-
 vantiam immemoriam ad illum casum necessariam, sed
 tantum super antiquam, & ordinariam triginta annorum
 concipiebat, ipsi tamen producti, & examinati testes super
 articulos tanquam pro relevantibus agnitos examinati de
 immemoriali observantia prætenfi hujus juris diserte depo-
 nebant, anne articuli ad probandam immemoriam obser-
 vantiam irrelevanter concepti suppleri, & relevari po-
 terunt per sublecutas testium depositiones? Profecto negati-
 va. Rationes pro negati-
 va.
 va. opinio calculi ideo adjiciendus esse videtur, quia
 articulis super tempus triginta annorum, sive longissimum
 deductis testes de immemoriali tempore sermonem inge-
 rentes depositionem faciunt articulis non conformem, id-
 eoque invalidam, tanquam juri, testium depositiones ab
 articulis exorbitantes rejicienti, contrariam, (a) immo po-
 tens rei ratio haud vano dilemate ostendi posse videtur;
 vel enim testes in dictis suis de observantia immemoriali
 deponentes in examine fuerunt specificè interrogati super
 tempus immemoriam, vel non? Si fuerunt interrogati,
 hæc ipsa interrogatoria tanquam extra articulos posita nulli-
 us sunt momenti, cum etiam interrogatoria sive a parte
 exhibita, sive a iudice ipso concepta ex articulis erui, eis-
 que conformia esse debeant, & testis extra articulum in-
 terrogatus fidem non facit, tanquam super solos articulos
 jurans hoc ipso non juratus deponens. (b) Sin autem testes
 non fuerint interrogati super tempus immemoriam, tunc
 eorum depositiones tam propter memoratam ab articulis
 discrepantiam, quam etiam ex hac ratione non subsistunt,
 quia testes non debent esse verbosi, & ad ea respondere,
 de quibus non interrogantur, & taliter deponentes fidem
 non faciunt, (c) ut adeo univèrsim ex his inferri queat,
 articulos ad probandam immemoriam observantiam exhi-
 bitos

(a) Gaill. lib. 1. obs. 95 n. 4. & 5. per rationem, quis testis ante examen
 tantum super articulos jurat, ergo extra articulum deponens non jura-
 tus, sicque nullitèr deponit, per cap. de testibus. cap. cum causam. extr.
 de testib. Cod. judic. cap. 10 §. 14.
 (b) Dist. cap. de testibus. extr. de testib.
 (c) Id quod etiam pugnaret contra formulam juramenti, vi cuius testis
 jurat, se tantum super eam rem, de qua interrogabitur, veritatem di-
 cere velle, Codex judic. cap. 10. §. 14. num. 2.

im-
 pro-
 di-
 po-
 obti-
 for-
 lan-
 am-
 vor-
 dern
 le-
 liche

 pper
 jure
 ones
 re-
 de
 rba-
 uti-
 s es

 præ-
 pluv.

 aqua,
 3. &
 viffe.
 ecia.
 quam
 dque

 verb.

 pro-
 lire-
 is

bitos irrelevantes esse, nec per secutas testium depositiones relevari, neque requisitam temporis immemorialis probationem erui posse.

§. XX.

Stabilitur
affirmativa.

Contrarium tamen, & quod articuli in præmissis casu ad probandam immemoriam observantiam impertinenter concepti juxta testium potius depositiones regulari, & sic observantia immemorialis ex subsecutis ejusmodi plenis testium depositionibus probata censerit possit, veritati juridicæ magis consentaneum, & non adeo pridem in facto judicatum est, eo quod etiam in probando tali jure antiquo probatio per testes multum dependeat ex ipsis testium depositionibus, secundum quas ipse judex articulos alias super punctum juris irrelevantes ex officio dirigere, & sic errorem juris corrigere valeat, (a) præsertim etiam, ne processus de novo instrui debeat. (b)

(a) *L. un. Cod. ut quæ desunt advocatis partium judex suppleat.* Widmont. ad tit. ff. de postulando, num. 70.

(b) Immo non modicam attentionem merentur verba in ipsis casibus hujus articulis posita, bey dresßig, und noch mehr Jahr, quæ verba, juvenibus præcipue testium depositionibus, saltem implicite, & æquivalenter tempus etiam immemoriam important. Accedit, quod in nostro casu adversarius in sua exceptione, & in eventum responsione non exceperit super articulorum irrelevantiam, sed per verbum, glaub nicht wahr zu seyn, haud veros esse pronuntiaverit: ergo hoc ipso etiam tacente, & contentiente parte adversa articuli haberi possunt pro relevantibus, *cap. qui tacet. de reg. jur. in 6.* nec eos judex ex officio rejicere tenetur, maxime, cum articuli non sint pars essentialis probationis, utpote quæ etiam sine articulis fieri potest.

§. XXI.

Responsio
ad contraria.

Non obstante interim errore judicis articulos impertinentes admittentis, (a) nec advocati impertinenter articulantis, (b) immo neque ratione in contrarium allata quidquam remorante, siquidem alias testium dicta haud adeo conformia esse debeant articulis minus relevantibus, eadem-

(a) Per dicta *supra* §. 20. *lit. a.*

(b) Error namque advocati est error juris, qui partibus non nocet, sed potius ex officio judicis potest suppleri, *l. un. cod. ut quæ des. advoc. part. jud. suppl.* Widmont. in *colleg. pand. tit. de postulando n. 70.*

demque in præsentiarum propter verba, bey breyfig, und noch mehr Jahr, conformia sint saltem implicite, & æquivalenter, (c) cæteroquin etiam ipsi testes in hoc facto de temporis antiquitate simpliciter interrogati, ideoque, licet forte quoad corticem verborum extra articulos deponentes, in essentia tamen convenientes non possunt tanquam non jurati protinus repelli. (d)

(c) Atque tali modo testes deposuerunt super dependentia, & connexa cum articulis, hinc non censi debent deposuisse extra articulos, uti eleganter docet Nellus de S. Geminiano in tractatu de testibus apud Bartolum. *num.* 92. ubi tradit, testem non deponere extra articulum, si deponit super dependentiis, vel connexis, aut concomitantibus, ut supra loco, & tempore. Qui auctor in hoc casu multum disputato, & diutius hærente mihi bene ad manus fuit; & ego testari possem, me in antiquis hujusmodi auctoribus, præsertim ante editionem codicum Bavaricorum, veluti in Bartolo, Baldo, Jafone, Alexandro imolensi, & cum eo florente Capolla; Cravetta, Everhardo, Arnaldo Rath, Manzio, aliisque nonnuquam rariora, clariora, & solidiora pro casibus etiam modernis invenisse, quam in novis.

(d) Maxime, quia in usu judiciario testes universaliter deponentes solent jurare simpliciter de veritate dicenda, daß Zeug in der Sach, darum er gefragt werde, die Wahrheit sagen will. Quo casu etiam extra articulos deponentes eo facilius probant, cum censeantur dicere veritatem non solum super articulos, sed super totam causam, Hunnius. *in encyclopedia juris universi part. 2. tit. 19. cap. 6. n. 38.* atque hac ratione testes de connexis interrogati, & deponentes non sunt pro verbosis, aut suspectis reputandi.

§. XXII.

Anne vero antiqua observantia plene probari queat per testes de communitate in causa ipsius communitatis, idque saltem tunc, quando alii testes haberi nequeunt, & quis probare teneatur, ac quomodo intelligatur, quod veritas aliunde haberi non possit? controversia fuit in summis quoque tribunalibus ventilata, ubi nimirum communitas quædam, postquam eidem per sententiam interlocutoriam injunctum fuit, ut proprietatem, sive dominium directum fundi cujusdam ad se pertinere, Titio autem vicino non nisi alteratum precarium, in eodem fundo antecessoribus titianis a communitate juxta ejus asserta concessum competere probet, sex testes fenes, reique notitiam habentes produxit, contra quos tamen Titius, veluti testes de com-

An testes de communitate in causa communitatis sint idonei, saltem quando alii haberi nequeunt.

munitate, ideoque in propria causa deposituros excepit, communitate rursus regerente, testes etiam ex communitate productos in sua causa esse idoneos; quamvis enim passim in jure notum sit, quod testes ex communitate producti in causa ejusdem communitatis, ubi interesse concernit singulos, veluti in causa laudemii, & annui canonis communitati præstandi, legales non sint: (a) cum tamen in præsentī casu juxta communitatis assertum alii, & extranei testes haberi non possint, simulque in jure provifum sit, etiam testes de universitate, commodo singulos respiciente, in defectum aliorum testium propter difficultatem probationis haberi pro legalibus, (b) immo in antiquis testes alioquin inhabiles admitti, (c) levioribus quoque documentis per indicia, & conjecturas sufficientibus, (d) ideo contra hos communitatis testes nulla videtur inferri posse solida exceptio.

(a) *L. 10. ff. l. 10. cod. de testib. Codex judic. cap. 10. §. 11. num. 3. Menochius. de arbit. jud. quest. cas. 106. n. 4. & 5. Math. de Afflictis. decis. 400. n. 2. §. 7. Parisius. vol. 1. conf. 104. n. 135.*

(b) *Ne alias veritas occultetur. Schneidevvin in §. 6. n. 5. inst. de rerum divisione. Manzius. in spectatibus juris communis verbo, veritatis causa. Hunnius. encyclop. jur. univers. part. 2. tit. 19. cap. 9. n. 31.*

(c) *Georgius Everhardus. vol. 2. conf. 40. n. 78.*

(d) *Cap. cum causam. extr. de prob. cap. cum olim. extr. de censib.*

§. XXIII.

Resolutio Verum his transmissis causa pro Titio contra testes communitatis excipiente fuit decisa, quoniam ad hoc, ut dici queat, alios testes haberi non posse, talis requiratur actus, de cujus ipsius natura veritas per alios erui non potest, (a) Proprietas autem, & dominium directum fundi in præsentiarum ex præstatione laudemii testibus probandum inter hujusmodi actus propterea non venit recensendum, quia non est talis naturæ, & difficultatis, quin per testes alios probari nequeat, præsertim cum & aliæ vicinæ communitates hujusmodi proprietate fundorum in censum concedi solitorum gaudeant, sicque illa potius a communiter contingentibus dependeat. (b)

§. XXIV.

(a) *Uti tradit Tiberius Decianus. vol. 2. respons. 25. n. 2.*

(b) *Econtra in actu, quo testes alias inhabiles admittuntur, ea de causa, quia alii haberi non possunt, requiritur, ut ejus circumstantiæ a communiter contingentibus non dependeant, Decianus. loc. cit.*

§. XXIV.

Plurimum quoque ad antiquam observantiam in rebus præcipue emphyteuticis probandam confert scriptura, maxime ex archivo publico deprompta, quæ vim habet publici instrumenti, ne pro scribente vel ejus hæredibus plenam facit fidem; (a) quin & urbaria, vel libri censuales, five scriptura e privato Domini directi, Ecclesiæ præsertim, archivo deprompta non minorem fidem præcipue in antiquis meretur; quamvis enim in jure alias scriptura privata nullam, nequidem semiplenam probationem facere dicatur, (b) & hujusmodi libri censuales, vel urbaria nihil aliud sint, quam privata, & domestica scriptura, vi cujus Domini, qui hujusmodi scripturas pro lubitu corrigere, augere, vel minuere possent, existerent judices in propria causâ; (c) nihilominus in antiquis, memoriam præsertim hominum excedentibus, (d) plenam contra subditos inducunt probationem, maxime si aliis adminiculis juventur. (e)

Observantia probatur instrumento.

c 3

§. XXV.

- (a) *Tt. tit. ff. & cod. de fide instrumentorum. cod. judic. cap. 11. §. 2.*
- (b) *L. 7. cod. de prob. codex judic. cap. 11. §. 3.*
- (c) Et periculosum foret si tali scripturæ fides habetur, qua Dominus sibi ipsi debitorem constituit, ex quo capite nec fiscus ex suis annotationibus debitum probare potest. *l. 7. cod. de probat.*
- (d) Proinde si in libris censualibus tanti temporis præstatio reperiat de scripta, quæ ad præscriptionem, vel observantiam sufficiat, absque ulteriori adminiculo plenam is fidem adhibendam esse statuit Carpzovius. *resp. jur. lib. 1. tit. 7. resp. 61. n. 12.* Boerius. *decis. 105. n. 13.* Franciscus Batsarar *de operis subd. cap. 17. pag. 431.* Christoph. Clingenberg. *de operis subditorum cap. 4. asserti. 40. n. 7.*
- (e) Talia autem adminicula sunt 1. si ejusmodi archivum Ecclesiæ in loco publico sit, ubi & publica instrumenta custodiri, & asservari solent. 2. Si archivum ab officiali publico, seu archivario peculiariter constituto asservetur. 3. Si in tali archivo consueverint reponi, & asservari alia publica instrumenta, eaque scriptura reposita fuerit inter alias publicas, & authenticas scripturas. 4. Si alias archivo, & literis inde extractis consueverit fides haberi. 5. Si adsit testimonium archivarii testantis scripturam esse illius archivi. 6. Si tale archivum voluntate Superioris sit erectum, Hunnius. *encycl. jur. univers. part. 2. tit. 18. cap. 1. n. 37.* Colerus. *de process. execut. part. 3. cap. 1. n. 89.* Henricus Canisius. *ad cap. 13. extr. de probat.* Dein 7. si libri censuales alias a subditis agniti, & approbati fuissent. 8. Si subditi hos libros pro se, ac in favorem & utilitatem suam allegarent, quo casu ex summa æquitare etiam contra subditos probant. 9. Si plures sunt libri uniformes, ac ordinata se-

rit

ris conscripti. 10. Si non ab uno, sed a pluribus bonæ famæ in eodem officio subrogatis fuerint conscripti. 11. Quando partitæ librorum censu-
sualium, vel urbariorum essent verisimiles, & major pars eorum esset
probata, & verificata, atque inserta essent data, ac recepta. Baltasar.
de operis subdit. cap. 17. pag. 423. cum seq. & pag. 430. ubi tradit, ne-
cessario non requiri, ut hæc adminicula simul ac semel in libro censuali
ad faciendam plenam probationem concurrant, sed sufficere, unum,
aut alterum intervenire, quod propter emergentes varias circumstantias
judicis quoque arbitrio committi potest.

§. XXV.

An obser-
vantia pro-
bari possit
juramento
suppletorio.

Præter libros autem censuales, & urbana, ac literas
investituræ subditis tradi solitas, (a) notorium, & famam,
(b) in probanda observantia antiqua semiplena probatio ex
eo quoque sine attentionem meretur, ut insuper juramen-
to suppletorio locus concedi queat; etsi enim Kemmerichius
(c) subsistat, & quando per unum duntaxat testem pro-
batio facta est, locum juramento huic rectius negandum,
idque interdum pro re nata admitti posse obscure arbitretur:
nobis tamen non videtur sufficiens reddi posse ratio,
cur dominus directus in defectum plenæ probationis ad ju-
rumentum suppletorium admitti non possit, si ceteroquin
requisita hujus juramenti, velut semiplena probatio per
unum testem, aut instrumentum minus authenticum, alia-
ve semiplenam probationem inducentia, (d) simulque ju-
rantis scientia ex sensu corporeo; quod ipsemet ita vide-
rit,

- (a) Vulgo *Stiftbrief*, quæ literæ si contrariæ essent libro censuali, vel ur-
bario, aut si specificè, urbanum vero genericè loqueretur, in probatio-
ne urbario præferuntur, maxime, quia literæ investituræ plenam pro-
subdito contra dominum faciunt probationem, Pistorius. *part. 1. conf.*
14. n. 12. quod vice verâ dici non potest de libris, & urbariis, quæ
in defectum aliorum adminiculorum sæpe non probant, Baltasar. *de*
operis subdit. cap. 17. pag. 437. ubi id in operis subditorum ita exempli-
ficat, ut si in domini libro censuali operæ indeterminatæ, in literis ve-
ro investituræ determinatæ reperiantur, literis investituræ standum sit.
- (b) Quid autem sit notorium, quid fama, & quomodo probetur, ac pro-
bet, videatur *cod. judic. cap. 12. §. 5. & 6.* & meus processus judicia-
rius probat. *obs. 152. cum seq.* quæ huc non repetimus.
- (c) *In libr. de probat. consuet. sect. 2. §. 17.*
- (d) Qualia etiam sunt confessio extrajudicialis absente parte facta, graves
conjecturæ, *cod. judic. cap. 12. §. 2.* Hunnius. *encycl. jur. univers. part.*
2. tit. 12. cap. 1. meus processus judiciarius. obs. 112. n. 2.

rit, & expertus sit, hausta (e) concurrat: præsertim in antiquis, quæ difficilioris probationis, & ita constituta sunt, ut in illis semiplena probatio majorem vim, ac in aliis causis, conlequatur. (j)

(e) Velur passim tradunt interpretes, & in Bavaria constat ex cod. judic. cap. 13. §. 3. & Anmerkungen *ibi* n. 3. Brunneinan. *ad l. admonendi*. 31. n. 16 ff. *de jurejur.*

(f) Immo sicut in antiquis leviores probationes per indicia, & conjecturas sufficere dicuntur, cap. cum causam extr. *de probat.* Georgius Everhardus, vol. 2. *conf.* 47. n. 3. Kriehen. *de jure territorii* cap. 3. n. 25. ita & cum Hunnio multi tradunt interpretes, quod in antiquis, præsertim memoriam hominum excedentibus, sufficiat, si jurans habeat notitiam ex fama, vel relatione aliorum, & antecessorum.

§. XXVI.

Quemadmodum vero quævis præscriptio contrariis probationibus elidi potest: ita etiam contra observantiam antiquam pari adversæ suas inferre licet probationes, & vel testibus, vel instrumentis docere vitiosum observantiæ initium, injustum titulum, malam fidem, actum contrarium, (a) aut violentos, clandestinos, precarios. Quod si vero contingat, ut pars utraque æquales omnino probationes habeat, testes contra observantiam deponentes, reique memoriam, aut actum contrarium existare asseverantes propterea præferendos esse censemus, quia constituuntur in positiva, affirmativa, & magis specifica dictione; sicut in simili in docenda præscriptione illi testes, qui de vitioso initio, mala fide &c. dilucide deponere sciunt, in æquali alias testium concursu plus probant, quam illi, qui ad præscriptionem probandam producentur. (b)

Antiqua
observantia potest
reprobari.

(a) Quia & unicus actus contrarius observantiam impedire potest, ac interrumpere, Anmerkungen in cod. *Bav. civ. part. 1. cap. 2. §. 15. num. 2.*

(b) Baltasar. *pract. resol. in jus commun. & Bavaricum. tit. 9. resol. 1. n. 23. in fin.*

§. XXVII.

Immo licet in legibus civilibus multa ita statuantur, & executioni mandari jubeantur hac apposita clausula, nisi aliud in quodam loco observantia receptum sit; (a) ipsa

Tollitur
etiam lege.

(a) Confer in *Bav. Lands, und Polizeyordnung libr. 3. tit. 13. art. 3. Codex Bav. civ. part. 4. cap. 7. §. 11. num. 4. & 9.*

Aut si est tamen lege præsertim bonum publicum respiciente tolli
contraria posse observantiam antiquam quamcunque nulli dubitamus.
juri natura. (b) Sicut & observantia juri naturali præceptivo, ac immu-
divino, tabili, (c) vel juri divino, (d) aut alias bonis moribus ad-
vel bonis versa, tanquam potius corruptela intolerabilis, e commu-
moribus. nitate exterminanda foret. (e) Prout etiam præter laudem
 accessus, & discessus plura introduci nequeunt per ob-
 servantiam etiam immemorabilem. (f)

(a) Confer in Bav. Lands, und Policeyordnung libr. 3. tit. 13. art. 3. [Co-
 dex Bav. civ. part. 4. cap. 7. §. 11. num. 3. & 9.]

(b) Carpzovius. in defin. consist. libr. 1. tit. 9. defin. 145. n. 6. immo & po-
 sterior observantia elidere potest priorem, Anmerkungen in cod. Bav.
 civ. part. 1. cap. 2. §. 15.

(c) Heineccius. elem. jur. secund. ord. pand. lib. 1. tit. 1. §. 17. & tit. 3. §. 104.

(d) Unde v. gr. observantia induci non potest, ut unus testis, vel testis
 non juratus plenam fidem faciat inter plebejos, cum sit contra jus di-
 vinum, juxta Gaillium. lib. 1. obs. 101. n. 11. & 12.

(e) Codex Bav. civ. part. 1. cap. 2. §. 15. Anmerkungen ibi num. 2. cujus
 exempla huc enumerari nequeunt, sed potius vigilantis gubernatoris of-
 ficio relinquenda sunt. Carpzovius. resp. jur. lib. 6. tit. 10. resp. 102.
 n. 18.

(f) Codex Bav. civ. parte 4. cap. 7. §. 11. num. 9. in fin.

§. XXVIII.

Quo mo-
 do antiqua
 observan-
 tia differat
 a præscri-
 ptione.

In quantum vero antiqua observantia a præscriptione
 differat, nonnulli interpretes multis speculativis ambagi-
 bus se torquent, (a) quas propterea missas facimus, ac
 eam potissimum differentiam attentione dignam judicamus,
 quatenus præscriptio temporis longissimi, vel immemoria-
 lis præscribenti parit jus, contra quod præscriptione femel
 completa probatio in contrarium non admittitur; (b) obser-
 vantia autem antiqua cujuscunque temporis inconcussum
 jus, & dominium non tribuit, sed duntaxat rei obtentæ
 præsumptionem parit, quæ proin præsumptio semper ad-
 mittit probationem in contrarium, ita ut contra comple-
 tam

(a) Ut videre est apud Balbum. de præscript. 1. part. princ. quæst. 10.

(b) L. 4. l. 4. cod. de præscript. 39. vel 40. ann. Arnoldus Rath. de præscript.
 cap. 4. assert. 13. n. 6. & assert. 18. n. 5. Schnedevvin. de præscript. in
 princ. n. 17. & 18. Zoënius. ad pandect. de præscript. n. 60. Reiffenstuel.
 in comment. ad jus can. de præscript. §. 1. n. 21. & sic talis præscriptio
 etiam non admittit restitutionem in integrum, codex Bav. civ. part. 2.
 cap. 4. §. 12.

tam ejusmodi observantiam ex postfacto etiam admittatur probatio in contrarium; (c) hinc pro diversitate circumstantiarum quandoque melius est, si v. gr. in re emphyteutica dominus directus in præscriptione, tanquam fortius jus habente, se fundet; quandoque autem, & maxime in defectum præscriptionis melius conducit recursus ad antiquam observantiam, quoniam ea fit facilioris probationis, & præcipue solam actuum uniformiter gestorum frequentiam requirat. (d)

(c) B. Schmid. *femicent. I. contrav. 31. n. 17.*

(d) Codex Bav. civ. part. I. cap. 2. §. 15. Anmerkungen *ibi num. I. Engl. de consuet. n. 13.*

§. XXIX.

Denique ad effectum antiquæ observantiæ rite probatæ respiciendo, concludimus, quod ea, præsertim si fuerit longissimi aut immemorialis temporis, fortiatur vim, ac potestatem conventionis, constituti, privilegii, ac specialis concessionis, adeo, ut ab ea rite probata in iudicando non sit recedendum, (a) nisi contrarium apertis testimoniis, aut documentis fuerit demonstratum. (b)

Observantiæ antiquæ effectus.

(a) L. 24. ff. ad municip. in verbis: *cui consequens est, ut ne in futurum a forma observata recedatur. l. 6. ff. de eviction. l. 31. §. 20. ff. de adul. edit.* in Bavaria Gerichts-Ordnung tit. 9. leg. 5. *ibi: dann gut alt Herkommen, Gebrauch, und Gewohnheit werden für recht gehalten.* Weixerer. in die erklärte Landeshreyheit. part. 2. dissert. 33. n. 2. Gaill. lib. 2. obs. 52. n. 19. Struvius. in *jurisprud. rom. german. lib. 1. tit. 2. §. 20.* Kemmerich. de prob. consuet. sect. 3. §. 1. Hinc instar consuetudinis actionem, sive conditionem ex moribus, seu usu inveterato producit, instituendam contra eum, qui tali observantiæ resistit, Verlohner. in *tract. de actionibus pag. 72.*

(b) In reprobatione autem contra observantiam probatam instituenda non sufficit generalis, & perfunctoria assertio, vel probatio, non esse hanc observantiam legitimam, sed requiritur probatio specialis actus contrarii, adduntur dicta supra §. 14

§. XXX.

Præterea sicut consuetudo, ita & antiqua hæc observantia adeo strictæ est interpretationis, ut de uno loco in alium deduci non possit, (a) nec quod v. gr. uni domino d. dire-

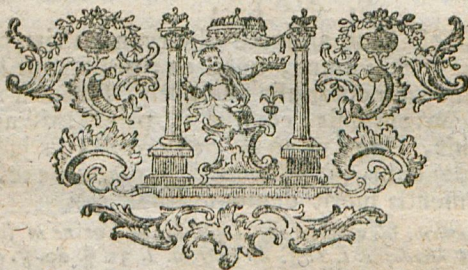
Observantiæ est strictæ interpretationis.

(a) L. 14. C. 39. ff. de legib. Anmerkungen in Cod. Bav. civ. part. I. cap. 2. §. 15. num. 6. & Codex civ. part. 4. cap. 7. §. 11. num. 9.

directo tribuit, vel negat, alteri protinus tribuere, aut præ-
judicare potest: velut hoc etiam Ertl (b) circa effectus ju-
risdictionis ballæ exemplificat.

(b) *La praxi aurea de jurisdic. inferiore lib. 1. cap. 37. observ. 2. ad fin.*

Et hæc nobis visa sunt, de hac speciali, ac utilissima ma-
teria compendiose tractare.



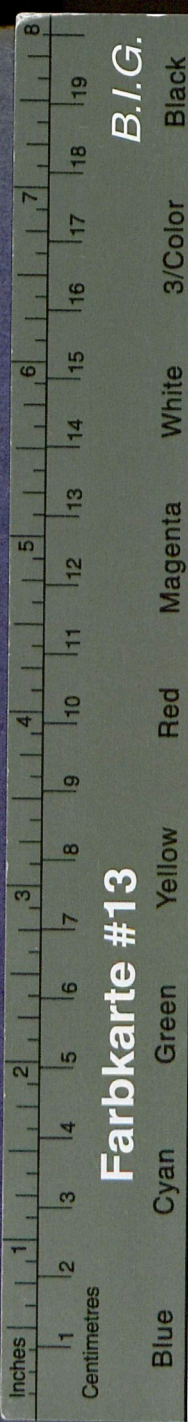
120

ULB Halle

3

008 345 163





G-12 num-27

ERTATIO
RIDICA
DE
TIQUA
RVANTIA.

Non
en Serkommen.
ISSIMUM EMPHYTEUTICIS,
BUS USITATA, ET PROBANDA,
IN QUA
VANTIAM ANTIQUAM REQUISITUM,
CULATIO, AC PROBATIO TAM EX JU-
MPERIALI, QUAM BAVARICO ANTIQO,
ANATUR, ATQUE RERUM JUDICATA-
UCIORITATE FIRMATUR,

AUCTORE
E GEORGIO
NDENSCHLEGL,
MONAC. ADVOC. ET EXEMPT. MONA-
DFONTANI, SUPER. BAV. JUDICE.
O MDCCLXXI.



IONACHII,
Nepomuceni Friz, Bibliopolæ Academici.

