





REGIORE MAGNIFICENTISSIMO
SACROSANCTAE REGIAE AC DOMINICAE
DN. FRIDERICO AYGVSTO

PROFESSORUM ET AMENITATIONIS

CAROLINIS

BOHEMORUM

DISCRETIONIS SOLENNI

SESSANDA

PRaeside

D. IO. COTHOFREDO BERGERO

ARCHIATRO REGIO. COLLEGI MED. SENIORE

SC. PROF. PRIM.

PRO LICENTIA

CONFERVENDI SVMMOZ IN ARTE

M. V. KARL HEINRICH

ET IVNS ADULT. FORLE

ANNO 1774

D. 10. MAIORI

HORIS ANTE MERIDIEM CONSVEVIS

VITENBERGAE. PABLO GERDESIANO.



DISSERTATIO IVRIDICA

DE

CONTRA
VINDICATIONE

QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
FRIDERICO AVGVSTO

PRINCIPE REGIO, ATQVE ELECTORATVS
SAXONICI HEREDE

PRAESIDE

IO. HENRICO BERGERO

POTENTISSIMI REGIS ET PR. ELECTORIS SAXONIS
INSVMMO PROVOCATIONVM SENATV CONSILIARIO
ATQVE ORDINARIO IN ACADEMIA

VITEMBERGENSI

AD D. XV. DECEMB.

clō 1ōcc IIX.

PVBlicAE ERVDITORVM DISCEPTATIONI
SVBMISIT

CAROLVS LVDOV. DE LICHTENHAYN,
EQVES SAXONICVS
AVCTOR.

EDITIO SECVNDA.

WITENBERGAE, LITERIS VIDVAE GERDESIANAЕ.
clō 1ōcc XVIII.

LIBRARIUS D. AVIO IBERICUS

CONTRA
VITIOSA TIONE

FRIDERICUS AUGUSTUS

IOHANNES BERGRO

POST TASSIA...

DE...

...

...





I.



ui rei uindicatione conueniuntur, *In rei uin-*
illi, cum ad propositum libellum *dicatione*
respondendum et lis contestanda *reus bre-*
est, sufficere existimant, si simpli- *uissime se*
citer intentionem actoris negent; *expedit, si*
neque opus esse arbitrantur, ut *simpliciter*
ipsi praeterea aliquid affirmant. *neget in-*
Atque haec quidem consuetudo *tentionem*
actoris.

non omnino uidetur esse reprehendenda, sed potius, tanquam egregia cautela, in *L. 9. C. de Except.* praescribitur, ut uidelicet reus, si intentionem actoris probatione deficere animaduertat, nulla ulteriore defensione uel exceptione utatur, sed simpliciter dicat, rem ad actorem non pertinere. Hoc enim casu, nisi actor dominium suum certis argumentis demonstrauerit, reus absoluitur ab intentata actione, quamuis ipse nullam iustam possidendi causam habeat, *L. 28. C. de R. V. L. 4. C. de Edendo*, immo, ut DD. recte arg. *L. 4. §. 7. Si ser. vind.* concludunt, quamuis etiam fateatur, non se, sed tertium quendam rei illius dominium esse. Igitur nulla est compendiosior uia, qua rei litigiosae possessor uindicationem, quam sine fundamento sibi intentari uidet, citius declinare et eludere queat, quam, si simpliciter intentionem actoris inficietur, et

sic in eum onus probandi reiciat. Nam tunc facile, si alter muneri illi non satisfecerit, uictor recedet atque absoluetur.

II.

Sed duo exinde resultant in commodam; primum, quod reus, rei iudicatae auctoritate, denuo agere possit, nisi reus de iure licet absolute suo docuerit, arg. L. Si inter me is. in f. de Exc. rei iud. Id rum possit ab eodem actore conueniri. Atque tum in praefens quidem securus erit possessor, non tamen in posterum. Quare *Brunnem. ad L. 28. C. de R. V. Sed tamen, inquit, quando reus absolutus est propterea, quia actor suam intentionem non probavit; haec sententia uidetur mere interlocutoria; Et actor, non obstante rei iudicatae auctoritate, denuo agere possit, nisi reus de iure licet absolute suo docuerit, arg. L. Si inter me is. in f. de Exc. rei iud. Id quod ita intelligendum est: cum liberum sit actori, rem uindicanti, secundum ea, quae utilissime in L. ii. §. 1. & 2. de Exc. rei iud. praecipuntur, rem non simpliciter, allegato saltem dominio, sed, adiecto simul titulo, siue causa, ex qua rem acquisierit, u. g. donatione, emptione, permutatione etc. petere; si hoc fecerit, et, deficientibus saltem probationibus, succubuerit; non impeditur postea, ex noua causa siue titulo eandem rem iterum persequi, neque reus ei hoc casu rei iudicatae exceptionem ualide opponet. Quoniam enim in sententia, rem saltem ex allegata causa ad actorem non pertinere; pronunciatum, non uero dominium absolute ipsi abiudicatum, aut reo adiudicatum fuit; debet utique actor, si deinde nouum dominii sui fundamentum afferat, iterum audiri. Vide quoque L. 3. C. de Petit. ber. Hoc igitur primum incommodum exinde resultat, si reus in rei uindicatione litem negatiue solum contestetur, ut deinde possit ab eodem actore eandem actione super eadem re, quandocunque illi libuerit, rursus conueniri.*

III. Sed

III.

Sed alia praeterea est non minor molestia, quae *Deinde,*
 ex eadem causa proficiscitur. Haec autem in eo con- *quod bu-*
 sistit, quod possessor, quamvis saepius huiusmodi rei *iusmodi*
 uindicatione conuentus, ab eaque absolutus sit, non ta- *sententia*
 men dominus rei litigiosae efficiatur, atque adeo, si de- *ad pro-*
 inde fortassis cum tertio super eadem re agendum, et *bandum*
 dominium ab ipso nunc probandum sit, non possit pro- *dominium*
 bationis loco sententiam, pro se in priore processu la- *non proficit.*
 tam, allegare. Multae uero poterunt emergere actio-
 nes, in quibus reus ille, antea uictor, nunc super eadem
 re actoris uice fungi, et contra alios experiri, atque si-
 mul dominium suum probare cogatur. Possit acci-
 dere, ut casu quodam possessionem amittat, atque tunc
 opus erit, ut ipse contra tertium rei uindicationem in-
 stituat, et diabolicam illam, uti ab *Accursio* uocatur, do-
 minii subeat probationem, cui nisi plene satisfecerit,
 ipse nunc ex eodem fundamento, ex quo antea absolu-
 tus fuerat, condemnabitur. Neque poterit in proba-
 tione sibi imposta ad sententiam, pro se antea latam,
 confugere; quippe in qua non ipsius dominium asser-
 tum, sed alterius saltem intentio reiecta fuit. Sed in
 aliis quoque actionibus, quae fortassis, salua etiam pos-
 sessione, ipsi suscipiendae erunt, et in quibus eadem
 dominii probatio necessaria est, cum iisdem difficulta-
 tibus luctuabitur, utputa, si actio confessoria, *L. 16. de*
Except. uel negatoria, *L. 4. §. 7. Si sero. vind.* uel ex lege
 Aquilia, *L. 11. §. 6. & 9. Ad L. Aquil.* uel conditione furtiua
L. 14. §. 16. de Furtis experiendum sit. Nam in his quo-
 que dominium, quod necessario per commemoratas
 modo LL. probari debet, non ex sententia illa absolu-
 toria, sed ex aliis longe difficilioribus argumentis est

demonstrandum. Quocirca manifestum est, possessorem, qui rei uindicationem contra se institutam, negata simpliciter actoris intentione, elidit, neque contra illum ipsum actorem, neque contra alios ex eiusmodi sententia securum esse, neque posse ex illa dominium suum in aliis occasionebus probatum dare.

IV.

*Igitur
consulius
est reo,
contra-
uindicare.*

Igitur longe diuersa cautio reo praecipienda est, quam si obseruet, non solum nouos actoris sui conatus facile eludet, sed et contra alios tutum se praestabit, et dominii probationem, quae saepe, uti ex superiore §. constat, suscipienda est, facillime perficiet. Illud scilicet remedium adhiberi oportet, quod ICti Romani in §. 1. I. de Act. L. 15. C. de R. V. L. 14. de Probat. & L. 39. de Liber. causa praecipiunt, sed, quod hucusque, fortassis per aduocatorum imperitiam, ignoratum, nec sine magno clientum detrimento neglectum fuit. Debet scilicet is, a quo res uindicatur, si certam de iure suo fiduciam habeat, non simpliciter intentionem actoris negare, sed quoque, sese rei illius dominum esse, affirmare, rationes suas desuper afferre et probare, atque urgere, ut in sententia ipse non saltem absoluat et actoris intentio reiiciatur, sed, ut praeterea super demonstratione dominii a se facta pronuncietur, et ipsemet dominus declaretur. Hoc enim si fiat, eiusmodi sententia et paratam tibi contra quemcunque actorem exceptionem praestabit, et sufficientem dominii probationem in omni causa suppeditabit.

V.

*Nomen et
descriptio
contra-
uindicati-
onis.*

Atque hoc est illud ipsum remedium, de quo in praesente scripto copiosius agere constituimus. Contrauindicationem id commodissime appellari posse, existima-

stimamus, non quidem legum et antiquorum scriptorum Latinorum auctoritate suffulti, sed viros tamen clarissimos, *Alexandrum ab Alexandro, Cuiacium, Gothofredum, Strauchium Schilterumque* in eo imitati. Equidem *Polletus in Historia Fori Romani l. 5. c. 4.* formulas recenset, quibus olim Romani in uindicatione sint usi; atque inter illas primam fuisse, ait: *Hanc ego rem iure Quiritum meam esse dico, secundam; At ego contra eam uendico.* Sed ex quo auctore ille hoc hauserit, ingenue fateor, me ignorare. In iis profecto, quos uidi, formulam hanc non deprehendi. Vide *infra §. 9.* Ceterum inutile esse arbitramur, ut more aliquorum circa ipsius nominis explicationem diu haereamus, cum, quid sit *contra*, quid *vindicatio*, nemo debeat ignorare. Igitur ad ipsam statim argumenti huius tractationem progrediemur, praemissa tamen aliqua contrauindicationis descriptione, sed breui, et tantum ad aliqualem eius ideam formandam accommodata. Erit itaque nobis contrauindicationis exceptio dominii (*L. 16. de Publ. in rem act.*) a reo institutas contra se rei uindicationi opposita, qua ille, se dominum rei uindicatae declarari, intendit.

VI.

Ea, quae in sequentibus afferemus, hanc descriptionem nostram magis illustrabunt. In illis uero hoc ordine utemur, ut primum ex priscis Romanis auctoribus usum contrauindicationis in uetere republica Romana demonstremus. Deinde ad maiores nostros, antiquos Germanos, transibimus, et, quomodo illi saluberrimo hoc remedio usi fuerint, ostendemus. Denique ad nostra fora ueniemus, dispiciemusque, quam utilis hodieque illa contrauindicationis esse queat; ubi simul dubia, quae nobis circa illam obiici poterunt, resolue-

Ordo totius scripti.

soluemus, et aliquas non iniucundas de ea quaestiones proponemus. Deum interim immortalem, ut his laboribus nostris benignissime adspiret, deuore ueneramur.

VII

Origo contrauindicationis e Graecia.

Igitur primum de contrauindicationis usu apud praefatos Romanos dispiciendum est. Sed cum illi iuris prudentiam suam ex Graecia ab Atheniensibus accepissent, hanc quoque contrauindicationem ab iisdem desumpsisse uidentur. Apud Athenienses enim genus aliquod iudicii receptum erat, quod proxime ad nostram hereditatis petitionem accedit: Ipsi ἐπιδικεῖν, uel κληθεῖν τὸν κληῖρον, uindicare hereditatem uocabant. In hac ἐπιδικασίᾳ is, qui heredem se assererat, necesse habebat, ut publice per praeconem prouocaret, quotquot super hereditate secum experiri uellent. Atque haec prouocatio nisi facta esset, ipso iure nulla erat aditio hereditatis. Si quis uero contradictor exurgeret, is ἀμφοσβητῶν, h. e. simul asserere, simul uindicare dicebatur. Neminem tamen ad hanc contradictionem admittebant, nisi iusiurandum sponsonemque praestaret partis bonorum decimae, quam amittebat, si causa caderet. Totum hoc iudicium ἀντιγραφὴν appellabant, qua uoce contrauindicationis proprie exprimitur. Plura de hoc processu ex *Demosthene*, *Polluce*, *Harpocrate* congestit *Petitus* in *Legibus Atticis* l. 4. tit. 4. Sed praeter hereditatem in rebus quoque singularibus receptum erat, ut quis ἀμφοσβητῶν, h. e. ut supra diximus, simul uel contrauindicare posset. Discimus hoc ex *Polybio* l. 12.

IIX.

Is vindiciarum apud Romanos.

Inter reliqua igitur iuris Attici capita hoc quoque de contrauindicatione in rempublicam suam transule-

tulerunt Romani. Atque hoc ipsum iudicium super hereditate, quod Graeci ἀντιρροφήν, illi litem uindiciarum uocarunt. Sic enim *Africanus Pedianus*: *Lis*, inquit, *uindiciarum est, cum litigatur ea de re apud praectorem, cuius, incertum est, quis debeat esse possessor, (i. e. dominus:) et adeo is, qui rem tenet, satis dat pro praeda litis uindiciarum aduersario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium est; rursus, cautione praestita, sponcione prouocatur ab aduersario certae pecuniae aut aestimationis, quam amittat, nisi sua sit hereditas, de qua contenditur.* At non solum in hereditate, sed & aliis rebus mobilibus et immobilibus, quin etiam in iuribus eadem lis uindiciarum recepta fuit. Sic, cum de libertate alicuius controuersia esset, is, qui personam huiusmodi seruum suum esse aiebat, uindicias secundum feruitutem postulabat; is contra, qui eam liberam esse contendebat, uindicias secundum libertatem petebat. Atque adeo uterque simul uindicabat, alter in libertatem, alter in feruitutem. Cuiusmodi modus egregie describitur a *Livio l. 3. c. 44. sqq.* ex quo aliqua decerpsit *Pomponius in L. 2. §. 24. de O. I.*

IX.

Sed omnium optime ex *Gellio l. 20. c. 9.* discimus, *Describitur* quomodo mutuae hae uindiciae potissimum in rebus *prom-* immobilibus et fundis fuerint peractae. Scilicet *cessus uin-* partes, quae uindicias contendeant, *manum ex iure confere-* dicarum, *re in LL. 12. tabb.* iuebantur. Quae in re antiquissimis *et, quid* reipublicae temporibus ita procedebant, ut praeto *fuerit, ex* rem in agrum litigiosum, uel, si quid aliud esset, praesentem deducerent, atque uterque rem manu *iure manu* prenderet, et uerbis omnibus uindicaret. Sed postquam *con-* praetores, propagatis Italiae finibus, pluribus iurisdic- *serere.*

B

ctio-

ctionibus ac negotiis occuparentur, et sic ipsi in re litigiosa adesse grauarietur; litigantes non ex iure apud praetorem manum conferebant, sed *ex iure manu confertum uocabant*, i. e. alter alterum ex iure, siue iudicio, ad conferendam manum in rem, de qua agebatur, uocabat. Profecti igitur simul in agrum, de quo lis erat, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in urbem, in ius, h. e. ad praetorem deferebant, in eaque gleba, tanquam in toto, uindicabant. Atque ipsas adeo formulas, quibus in tali occasione utebantur partes, Cicero nobis in *Orat. pro Muraena* mirifice descriptas reliquit. Is uidelicet, qui rem sibi uindicabat, sic dicere necesse habebat: *Fundus, qui est in agro, qui Sabinus uocatur, cum ego ex iure meum esse aio. Inde ego te ex iure manu confertum uoco.* Alter uero, a quo res petebatur, et, qui illam sibi contra assererat, sic respondebat: *Immo meus est. Unde tu me ex iure manu confertum uocasti, inde ibi ego te reuoco.* Reliqua uide apud ipsos auctores, quos excitauimus. Consulas quoque *Arnobium aduersus gentes l. 4.* ubi, cum paganos deridet, quod plures sibi Deos eiusdem nominis finxerint, quinque Mineruas inducit, de proprietate huius nominis rixantes, atque super sacrificiis et cultu sibi praestando uindicias exercentes, ubi singulae ius suum probare et ceterarum argumenta infringere annuntiantur.

X.

Variae
contra-
uindica-
tionis ap-
pellatio-
nes.

Itaque, quod nos nunc commodiore uocabulo *contrauindicationem* et *contrauindicare* appellamus, hoc Graeci *ἀντιγραφὴν, ἐπιδικεῖν, ἀμφισβητεῖν* et *παρεσκευασθαι* uocabant; Romani ueteres *litem uindiciarum, uindicias sumere, uindicias postulare, uindicias dare, ex iure manum conferere, uim et concutionem festucariam*, et aliquando *exceptio-*

exceptionem iusti domini dicebant. Atque exinde explicari debent textus illi, quos *supra* §. 4. attulimus, quorum interpretationem infra, cum de usu hodierno contrauindicationis in foris Germaniae agendum erit, remitemus.

XI.

Nunc ad maiores nostros, Germanos ueteres, eorumque iura transeundum est. Nam et illi contrauindicationem non ignorarunt. Multa, quae de iis dici poterant, magna diligentia, et eo, quo solet, ingenio executus est *Schilterus Ex. 16. §. 21. sqq.* sed plura tamen nostrae industriae reliquit. Quare operam dabimus, ut ea, quae ille copiosius explicat, in pauca coniciamus, atque si quae ab illo fortassis praetermissa sunt, suppleamus.

XII.

Inter omnes Germaniae gentes, apud Francos I. *Francopotissimum*, contrauindicationem in usu fuisse, ex antiquis illis legibus et monumentis, quae *Goldastus, du Fresnius* et *Lindenbrogius* collegerunt, constat. Si quis uide licet terram quandam ab altero possessam sibi asserere, uel, uti tunc loquebantur, *euindicare* conabatur, possessor iste, et reus, quem *contra causatorem* uocabant, *contrapellare* uel *contratenere* dicebatur. Defensionem eius *contrapositionem*, sententiam uero, quae in eiusmodi processu ferebatur, *chartam euindicatoriam*, uel *praeceptum euindicatorium* appellabant. Haec sententia uel actori, si ille superior discefferat, et rem *elitigauerat*, dominum adiudicabat, uel reum, si huius argumenta fortiora fuerant, dominum declarabat, et in possessione conseruabat. Plura hac de re uide apud *du Fresne in Glossar. mediae et infimae Latinitatis* sub istis uocibus. *Maximam*

mam uero hic lucem afferunt *Marculphi Formulae solennes*, in iudiciis illo tempore adhiberi consuevae. Faciunt huc potissimum illae, quas n. 164, 166, 169, 170, 172, 173. affert. In tribus prioribus iudicium recensetur, quod inter colonum, seu hominem proprium, et dominum ipsum uindicantem reddi solebat. Ille igitur, qui uindicabatur, non solum intentioni actoris contradicebat, eamque simpliciter negabat, sed praeterea ingenuum se afferebat, et, quod de parentibus Francis et ingenuis natus esset, contendebat. Igitur, quod maxime notabile est, hoc casu non aduersario eius probatio imponebatur, sed ipse iubebatur, 12. testibus, uel cognatis suis, uel aliis hominibus liberis adductis, iureiurando assertionem suam confirmare. Quo facto, ipse Francus et ingenuus pronunciabatur. Eodem ferme modo in euindicatione terrarum, siue fundorum procedebant. Namque ille, qui conueniebatur de fundo restituendo, necesse habebat, uel *rationes tradere, per quas ipse terram habere deberet*, uel iusiurandum simul cum XII. aliis hominibus desuper praestare. Iurisiurandi formulam idem *Marculphus* hanc exhibet: *Iuro per hunc locum sanctum et Deum altissimum, et virtutes sanctis N. quod ego terram illius hominis, uel coniugis suae, de eorum potestate perfortiam (uim) nec propriam (usurpau) nec peruasi, sed de ista parte triginta et uno anno uel amplius; semper exinde fui uestitus (inuestitus) & post me diuisi (desuper inter liberos meos disposui) & per legem et iustitiam plus obtineat, me illam habere, quam ipsi illi, aut coniugi suae, illam reddere. Denique sententia siue pro actore, siue pro reo haec sequebatur: Taliter iudicauerunt, ut ipse de praesente die ipsam terram contra N. uel heredes suos, uel quemlibet hominem omni tempore habeat euindicatam atque elirigatam, tam ipse,*

ipse, quam & posteritas sua, et ductus et securus exinde valeat residere.

XIII.

Ex his Francorum iuribus desumptae sunt illae II. Alamannorum et Baiuuariorum leges, quas *Schilterus* *manno-*
Ex. 16. §. 21. sqq. affert. Nouas tamen illic sollennitates, *rum.*
 quae cum festucaria Romanorum contentione & iure
 uindictiarum ferme conueniunt, adiectas uidebis. Ac
 praeterea, sublata iurisiurandi religione, nouum proba-
 tionis genus introductum fuit, ut uidelicet hi, qui
 inuicem de dominio litigabant, rem singulari pugna,
duello, uel *wadio*, dirimerent. Rem totam melius cogno-
 scemus, si potissima ex istis legibus excerpamus, atque
 aliquas etiam a *Schiltero* omissas adiciamus. Ex Alaman-
 norum legibus praecipuae sunt 84. & 87. Illa: *Si quae*,
 inquit, *contentio orta fuerit inter duas genealogias* (familias)
de termino terrae eorum, & unus dicit, hic est roster terminus,
alius reuadit in alium locum, et dicit, hic est terminus noster;
ibi praesens sit comes de plebe illa, & ponat signum, ubi iste vo-
luerit, et ubi ille alius uoluerit terminum, et girent ipsam con-
tentionem, (circumeant agrum litigiosum.) Postquam
girata fuerit, veniant in medium, & praesente Comite tollant
de ipsa terra, quod Alamanni curffodi dicunt, & ramos de ipsis
arboribus insigant in ipsam terram, quam tollunt, et illae ge-
nealogiae, quae contendunt, leuent illam terram praesente Co-
mite, et commendent (tradant) in sua manu. Ille inuoluat
in fanone (linter) et ponat sigillum, et commendet fidei ma-
nu, usque ad statutum placitum (constitutum diem.) Tunc
spondeant inter se pugnam duorum. Quando parati sunt ad
pugnam, tunc ponant ipsam terram in medio, et tangant ipsam
cum spatibus (gladiis) suis, cum quibus pugnare debent, et te-
stificentur Deum creatorem, ut cuius sit iustitia, ipsius sit et

victoria, et pugnent. Qualis de ipsis uicerit, ipse possideat illam contentionem, et illi alii praesumptiosi (iniusti inuasores) quia proprietatem contradixerunt, XII. solid. componant, (multentur) L. 87. uero: Si quis, ait, res suas apud alium hominem inuenerit, quicquid sit, aut mancipia, aut pecus, aut aurum, aut argentum, aut alia spolia, et illa reddere noluerit, et contradixerit, et post haec conuictus fuerit ante iudicem, aut simile, aut ipsum reddat, et cum XV. solid. componat, quia proprietatem eius contradixit, id est, temere contra iudicauit.

XIV.

III. Baiu-
uariorum.

Inter Baiuuariorum leges illa omitti non debuisset, quae tit. ii. §. 5. continetur. Quotiens de comarchanis (limitibus) contentio nascitur, ubi euidentia signa non apparent in arboribus, aut in montibus, nec in fluminibus, et iste dicit: Hucusque antecessores mei tenuerunt, et in alodem (hereditatem) mihi reliquerunt, et ostendit secundum propriam arbitrium locum; alter uero nihilominus in istius partem ingreditur, alium ostendit locum, secundum prioris uerba, (reperita eadem formula) suum et suorum antecessorum semper fuisse usque in praesens asserit. Et si alia probatio nusquam inueniri dignoscitur, nec utriusque inuasionem compensare (agrum litigiosum aequalitate diuidere) uoluerint, tunc spondeant inuicem wehadime (duellum) quod dicimus, et in campiones non fortiantur (alios pugnatore suo loco non substituunt) sed cui Deus dederit fortiam (uigorem) et uictoriam, ad ipsius partem designata pars, ut quaeritur, pertinet. Deinde etiam notatu dignus est tit. 16. §. 1. et 2. Si quis homo pratium, uel agrum, uel exartium (siluam excisam et culturae aptatam) alterius contra legem malo ordine inuaserit, et dicit, suum esse, propter praesumptionem (iniustam usurpationem) cum sex solid. componat et exeat. Si uero
(con-

(contra actorem) suum uoluerit uindicare illum agrum, taliter uindicet. Iuret cum VI. sacramentalibus (hominibus ad iurandum et testimonium ferendum aptis) et dicat: Ego tua opera priora non inuasi contra legem, quia mea opera et labor prior hic est, quam tuus. Tunc dicat ille, qui quaerit: (actor) Ego habeo testes, qui hoc sciunt, etc. Ille homo, qui hoc testificare uoluerit, commarchanus (uicinus) eius debet esse, et debet habere VI. solidorum pecuniam, et similem agrum. Legi quoque debet tit. 17. §. 2.

XV.

Vidimus antiquissima Alamannorum et Baiuua-^{IV. Sue-}riorum iura. Ex his originem traxerunt leges Sueu-^{uorum.}cae, quae *Speculo Sueuico* continentur. Sueui enim ipsi Alamanni sunt, aetate saltem posteriores. Igitur, priuscas horum consuetudines non multum ab iis mutatas deprehendes, nisi quod loco duelli legales iterum probationes, quae per testes fiebant, sint introductae. Quod si tamen illae deficerent, iudicium aquae, daß Wasser: Urtheil / de quo infra loquemur, admittebatur. Ipsa iuris Sueuici capita, et, quae ad illorum explicationem pertinere uidentur, egregie collegit idem, quem supra laudauimus, *Schilterus* Ex. 16. §. 27. sqq. Quibus cum nihil addere queamus, nolumus operam illorum saltem repetitioni impendere, sed lectorem beneuolum ad dictum auctorem remittimus.

XVI.

Potius ad Saxones nostros transimus, quos in hoc argumento Sueuis obscuriores esse, *Schilterus*, sed ^{V. Saxo-}immerito, accusat. At non potuit aliter iudicare Vir ^{num, in}optimus, ob exiguam, quam in textibus Saxonice ^{quorum}col- ^{iuribus}ligen- ^{negligen-} ^{tior est} *Schilterus*.

anspricht / daß er sich kehre mit ihm für Gericht. Kommt jener mit Willen vor Gericht / er soll sich unterwinden seines Gutes mit Recht / (i. e. actor rei vindicationem instituat.) Spricht aber jener darwider / ob es Gewand oder Tuch wäre / er habe es lassen würcken / oder ob es sein Pferd wäre / oder ein ander Vieh / er hab es gezogen (se id educasse) in seinem Stalle / der mag es mit mehrerm Recht behalten / der es ihm gewehret hat / (possessor, qui rem sibi contrauindicauit) ob er es selb dritt seiner Nachbarn gezeugen mag / denn jener / der es angesprochen hat. Apparet ex his uerbis, eum, a quo res mobilis uindicabatur, debuisse non simpliciter actori contradicere, sed dominium suum argumentis et tribus testibus adhibitis probare. Necessaria itaque de iure Saxonico in rebus mobilibus erat contrauindicatio. Quodsi uero possessor dominium suum demonstrare non poterat, sed ab alio se rem eam emisse, uel accepisse, dicebat; tunc, si auctorem suum nominare non poterat, res ipsi auferebatur, atque actori, si ille suum dominium per tres testes probauerat, restituebatur. Si uero possessor auctorem suum indicabat, hoc casu necesse erat, ut, praestito prius iureiurando et cautione in casum succumbentiae, petitorum ad illum deduceret. Et actor debebat necessario praeuenter possessorem etiam per 14. dies, non tamen trans mare, sequi. Cum ad eum peruenissent, a quo possessor se rem accepisse dicebat, hunc oportebat possessoris defensionem contra actorem suscipere, atque itidem docere, quo iure res illa ad se peruenisset. Et hoc casu non infrequens erat, ut actor ad nouum iterum auctorem, et ab hoc rursus ad alium, ac sic porro, duceretur. Tandem si unus ex his auctoribus, quos *Behrmanne*

C

uoca-

uocabant, in probatione deficeret, res illa ad priorem dominum redibat, atque possessor pretium suum ab auctore recipiebat. Res ipsa tamen, antequam lis ad finem perduceretur, apud possessorem remanebat. Vide *Speculum* l. 1. art. 9. l. 2. art. 36. *Weichbild*. art. 130. § 133.

XIIIX.

(β) In immobilibus.

Sed haec iura in rebus mobilibus obtinebant. Circa immobilia aliter procedebatur. De horum uindicatione uerustissima extat lex Saxonica apud *Lindenbrogium*: *Qui terram suam occupatam ab altero dixerit, adhibitis idoneis testibus, probet, eam suam fuisse. Si occupator CONTRA DIXERIT, campo diiudicetur, (res duello dirimatur.)* Durior haec fuit contrauindicatio, atque rudi isto seculo et ferocioribus ingeniis ac moribus digna. Quare maiores nostri ab illa discesserunt postea, et iustitiam excogitarunt uindicandi et contrauindicandi rationem in rebus immobilibus. Quam ut bene intelligamus, distincte considerandum est, quid in allodialibus, deinde quid in feudatibus sit constitutum. Aliter enim super allodiis, quam de feudis, Saxones litigabant.

XIX.

lisque
tam allo-
dialibus.

De uindicatione et contrauindicatione allodiorum egregia reperitur dispositio in *Speculo Sax.* l. 3. art. 21. et *Weichbild* art. 69. Quae duo loca nisi conferas et bene inuicem distinguas, alterum sine altero uix intelliges. Nos more nostro ex utroque breuiter ea, quae notabilia uidentur, excerpemus, atque una serie exponemus: *Beßlaget ein Mann den andern ums Gut / daß es sein recht Erb und ihm angeerbet sey von seinem Vater / und seinem Groß-Vater / und ihm das jener vorhält mit*

mit unrechter Gewalt. Kommt denn jener für / auf den die Klage gehet / und spricht (NB) daß diß Gut sein rechtes Zins-Gut sey / und hab des auch einen rechten Gewehren / (auctorem) und habe die Gewehr) possessionem) des Guts gehabt Jahr und Tag / ohne jemandes rechte Anspruch; er muß den Gewehren benennen / und bringen zu dem nächsten Ding / (ad proximum diem iudicii) daß er ihn vertrete. *Obserua differentiam in rebus mobilibus, ubi auctor non adducebatur, sed actor forum auctoris sequi iubebatur.* Beweist er mit dem Gewehrer sein Zins-Gut daran / (ob er des gewehret wird / als Recht ist) er bleibet darbey. Wird ihm aber Gebrauch an den Gewehrer / (si reus uel nullum idoneum auctorem indicare, uel hic probationes et defensionem non recte perficere queat) so behält jener sein eigenthümliche Gewehr an dem Gut / (actori, qui dominium suum probauit, possessio adiudicatur.) Haec igitur satis perspicue indicant, in vindicatione allodii necesse fuisse, ut possessor contrauindicaret, atque dominium suum legitimis argumentis, et producto auctore suo, probaret. At nunc casus is sequitur, si uterque et petitor et possessor probationem susceperint atque perfecerint: Sprechen aber zween Mann ein Gut an mit gleicher Anspruch / und sie auch das hernach mit gleichen Gezeugniß behalten / (si testimonia utriusque aequalia fuerint) man soll es unter sie theilen. Den Gezeug aber darum sollen die Umbeßsen (uicini) geben und entscheiden / die in dem nächsten Dorff geßessen sind. Wer denn die meiste Menge an den Gezeugen hat / der behält das Gut. Ist es dem Umbeßsen nicht wissentlich / wer es in Gewehr habe / so mag man es wohl entscheiden mit einem Wasser-Urthel. Aber (Oder) der Klä-

ger / und auf den die Klage gehet / (reus) sollen darzu schwehren / daß sie das mit Recht beweisen können / daß es ihr sey / und da soll auch der Richter seine Vorben zugeben. Worauff sie aber beyde schwehren / das soll man ihnen gleich theilen. *Aperta est iuris Saxonici sententia. Scilicet si uterque et Actor et reus probationem suam peregerint, tunc iudicem dispicere oportere, quisnam ex illis plura pro se testimonia adduxerit, atque illi dominium assignandum esse. Si uero utriusque testimonia paria fuissent, rem inter ambos diuidi debere. Quod si neutra ex probationibus adductis iudici satisfecerit, tum rem uel iudicio aquae committendam, uel utrique iusiurandum imponendum. Quo ultimo rite praestito, iterum ad diuisionem procedendum esse.*

XX.

(*Judicium
aquae*)

Recordamur, nos iam *supra* §. 15. de iudicio aquae, von dem Wasser = Urthel / mentionem iniecisse. Cum igitur hoc uocabulum iterum occurrat, operae pretium erit, ut, quodnam fuerit apud maiores nostros aquae iudicium, dispiciamus. *Schilterus b. l.* falsas quidem aliorum de eo opiniones recte explodit, ipse tamen meliorem non affert, sed lectores suos ad aliud tempus remittit. Sed cum, alibi hanc explicationem ab eo factam fuisse, non meminerimus, peropportunum fuerit, hac in parte commentarium ipsius suppleri, *Glossatores, Latinus et Germanicus; ad ius nostrum prouinciale*, uti saepe absonis et ridiculis annotationibus imprudentiam suam et enormem in historia, iure et moribus Germanorum, imperitiam declarant, ita maxime in animaduersionibus *ad b. art.* nec non *ad Lehne Recht c. 40.* (ubi idem uocabulum, Wasser = Urthel occurrit) hallucinantur. Ille qui-

quidem per iudicium aquae intelligit fortilegium, nulla quidem fretus auctoritate, nisi fortassis ad mores Romanorum respexit, quos in rebus dubiis fortes ex aqua duxisse, e *Plauti Casina A. 2. Sc. 6.* discimus. Alter uero, Germanicus commentator, sic describit iudicium aquae, ut dicat, potum aquae feruentis reo propinatum fuisse, qui innocenti nullum damnum afferebat, contra uero nocentem misere adurebat. Explicationis huius fundamentum in illa Ebraeorum lege *Num. V.* ponit, qua mulier, de adulterio suspecta, aquam amaram et duoram bibere iuebatur, impune quidem, si innocens esset, sed cum maximo dolore et detrimento, si crimen commississet. Haec uero aquae iudicia, apud Romanos quidem Iudaeosque recepta, Germani tamen prorsus ignorarunt, quippe apud quos alius longe mos erat, ueritatem ope aquae eruendi.

XXI.

Duo uero fuerunt olim aquae iudicia, quorum *frigidae* alterum frigidae, alterum feruentis dicebatur. Examen aquae frigidae, quod olim frequentissimum erat, et, iudicio aquae simpliciter posito, intelligitur, ita peragebat. Illum, cuius causa disceptabatur, fune colligatum in aquam proiciebant, qui, si uerum dixerat, inimum delabebatur, si uero nocens ac reus esset, supernatabat. Mirifice totum illum processum ex antiquis diplomatibus describunt *Goldastus* *tom. 2. Alamannicorum p. 178.* nec non *Io. Mabillonius* *tom. 1. Analectorum.* Ex quo ea tantum, quae ad peragendi huius iudicii formam pertinent, depromere operae pretium uidetur. Ita autem se habent: *Cum hominem uis mittere ad iudicium aquae frigidae ad probationem, ita facere debes. Accipe illos homi-*

nes, quos uis mittere in aquam; ad huc eos in Ecclesiam, et coram omnibus illis cantet Presbyter Missam, et fac eos ad ipsam Missam offerre. Cum autem ad communionem uenerint, antequam communicent, interroget sacerdos cum adiuratione ista et dicat: *Adiuuro uos homines per Patrem, et Fil. et S. S. et per Christi unitatem, quam suscepistis, et per S. Trinitatem, quam docuistis, et per istas sanctas reliquias, uel sanctam uenerationem, quae in ista Ecclesia sunt, ut non praesumatis accedere ad hoc sanctum altare, nec istam sacram communionem accipere, si hanc causam fecistis, aut consensistis, aut scitis, quis hoc egit. Si autem tacuerint, accedat sacerdos ad altare, et more solito communicet, postea uero communicet illos, qui in aquam mittendi sunt. Cum autem communicat, dicat sacerdos ad altare: Corpus hoc et sanguis Domini nostri Jesu Christi sit nobis ad probationem hodie. Explet a Missa, accipiat sacerdos crucem et Euangelium, et incensum, et pergat ad locum destinatum, cum aspersione aquae benedictae, ubi probentur. Et cum uenerint ad ipsum locum, det illis hominibus bibere de aqua benedicta. Cum autem dederit, unicuique dicat: Hanc aquam dedi uobis ad probationem hodie. Postea coniuret aquam, ubi illos mittere debet, dicens ita: *Adiuuro te, aqua etc. Post coniurationem autem aquae, exuat eos uestimentis suis, et induat eos uestimentis de Exorcista, et alliget in eis singulariter sinus, faciatque eos osculari Euangelium et crucem, et posthac adspargat super unumquemque ex ipsis de ista aqua benedicta, et dicat adiurationem sequentem, et proiciat eos statim singulariter in ipsam aquam. Sequitur exorcismus etc. Hoc autem iudicium creauit omnipotens Deus, et uerum est, et per Dominum Eugenium Apostolicum inuentum est. Et omnes Christiani per uniuersum orbem eum obseruare studeant, quia multis probatum est et uerum inuentum est. Idco enim ab illis inuentum est, ut nulli liceat super altare manum ponere,**

nc-

neque super reliquias uel sanctorum corpora iurarc. Apparet igitur, hoc aquae iudicium apud Saxones non solum, antequam Christi religionem suscipere, sed et postea in usu fuisse. Quare iterum uehementer impingit *Commentator Germanicus*, qui, Saxones simul cum ethnicismo hanc quoque pessimam consuetudinem extirpasse, affirmat. Contrarium enim ex illa, quam modo recensui, formula, nec non ex ipso legum Saxoniarum Codice apparet, quippe qui diu post Saxonum conuersionem est conscriptus. Et tamen Pontifices hoc aquae frigidae iudicium uehementer damnarent, c. 8. X. de Purgat. can. ea tamen erat Saxonum peruicacia, ut Pontificum leges, suis consuetudinibus contrarias, aperte recusarent, *Spec. Sax. l. 1. art. 3.* Quapropter nullum est dubium, quinidem, quod modo descripsimus, aquae frigidae examen apud Saxones etiam Christianos obseruaretur.

XXII.

Quod ad alterum iudicium, aquae scilicet feruentis, attinet, hoc quoque Saxonibus non incognitum fuisse, *Spec. l. 1. art. 39.* his uerbis docet: Die ihr Recht mit Dieberey oder mit Raub verlohren haben / (qui semel de furto uel rapina conuicti infames se reddiderunt) ob man sie Dieberey oder Raubes anderweit beschuldiget / sie mögen mit ihren Eyd nicht unschuldig werden / sondern sie sollen haben dreyerley Wahl / das heisse Eisen zu tragen vor ihre Unschuld / oder aber in einen wallenden Kessel zu greiffen bis an den Ellenbogen / oder mit Kämpffen sich zu erwehren. Erat itaque aquae calidae examen, quo quis de crimine suspectus, ut se purgaret, manum in aquam feruentem, nudato brachio, immittebat, atque, si illaescam extraheret, innocens; si contra, reus

reus pronunciabatur. Ex iisdem, quos supra attuli, auctoribus modum in hoc quoque iudicio procedendi excerpam: *Cum homines uis mittere ad probationem iudicii aquae calidae, primum fac eos intrare cum omni humilitate in Ecclesia, et prostratis in oratione dicat sacerdos orationes. His orationibus completis surgatur pariter, et coram hominibus illis cantet Presbyter Missam, et faciat ad ipsam Missam offerre. Cum autem ad communionem uenerint, antequam communicet, interroget sacerdos cum adiuratione et dicat: Adiuuro uos etc. (ut supra) Deinde imponatur ignis subter caldaria et dicat sacerdos orationes, quando ipsa aqua calefcere coeperit, et qui manum mittit in aquam ad ipsum examen, dicat orationem dominicam, et signet se signaculo crucis, et festine deponatur ipsa aqua feruens desuper iuxta ignem, et iudex pendat ipsum lapidem illigatum ad mensuram, (haec diuersa erat pro ratione circumstantiarum) infra ipsam aquam more solito; et sic (probandus) inde extrahat eum in nomine domini ipse, qui intrat ad examen iudicii. Postea cum magna diligentia sic fiat inuoluta manus sub sigillo iudicis signata, usque in die tertio, quo uideatur uiris idoneis et aestimetur. Cum argumentum hoc a paucis recte tractatum fuisse, animaduertam, historiam, quae maxime textum illum Saxonicum illustrat, ex Fresnii Glossario mediae et infimae Latinitatis p. 282. depromam: Arnulphus S. Mariae monasterio uineas suas post mortem filiorum suorum, si absque liberis migrarent a seculo, in perpetuum concessit. Quibus nullo remanente berede defunctis, Gaufridus, Telbertus, Odilans atque Lambertus sese beredes illius propinquitate sanguinis asserentes, donationem illam irritam fore debere proclamantes, praedictis uineis calumniam imposuerunt; quod ueraces sublimesque personae probandum fore iudicauerunt. Calumniatores hominem suum Hermaldum in Ecclesiam, ubi ca-*

lesie-

lesiebat aqua, deduxerunt. Sed Deus aperto manifestauit iudicio, illos praedictarum calumniatores iniuste extitisse uinearum. Nam Hermaldus, Missa celebrata, corporisque Christi ac sanguinis communionem percepta, nec non et iureiurando super sanctorum reliquias pro more persoluto, ita oculorum lumine priuatus erat, ut uix ad sartagine[m], in quam manum missurus erat, sicut ipse postea omnibus, qui aderant, retulit, recedere potuisset. Immissam uero manum ita ex aqua lotam retraxit, ut ipse non solum in manu, uerum etiam interitus, pene usque ad intima cordis, se combustum confiteretur, et ille, et magistri sui, praedicti scilicet calumniatores reatum suum signi uirtute cognoscere cogentur. Qui etiam dum in manum, sicut moris est, sigillare permitteret, rogaretur, aiebat, se nullatenus posse praec dolore pati, ut aliquid manum illam contingeret. Seruatus in manu nuda usque ad diem tertium, instatam admodum et excoriatam, sanieque iam carne putrida effluentem dexteram inuitus ostendit. Ita diuinitus ostensa ueritate et falsitate detecta, recte acquisitae omnino remanserunt conuobio uineae.

XXIII.

Copiosius haec pertractauimus, cum textus a nobis allegatus sine iis intelligi uix possit. At nunc in uiam redeamus, et consuetudines Saxonum in uindicandis et contrauindicandis feudis consideremus. Hic uero iterum tres casus distinguendi sunt. Aut enim duo uasalli super dominio et possessione praedii cuiusdam feudalis litigant, aut controuersia inter uasallum et extraneum intercedit de eo, utrum praedium feudale, an allodiale sit, aut denique ipse dominus cum uasallo agit. De priore casu notari debent *Speculum* l. 2. feudum art. 42. et *Lehn-Recht* c. 40. qui duo textus coniungendi inuicem et simul explicandi sunt. Primum ex iis

D

terus

Quam feudalius Vbi iterum casus distinguendi (a) se duo diuersorum dominorum uasalli

uindicent

zerus etiam habet, atque de genuino illius sensu contra
 absurdam *Glossatoris Germanici* explicationem disputat.
 At nec ipse sententiam suam satis dilucide exponit, et,
 ut uerum fatear, eius quoque responsio et conciliatio
 parum accurata uiderur. Duae sunt quaestiones, quae
 hoc articulo continentur, bene separandae. Prima, et
 quae Schilteri disceptationi occasionem dedit, haec est:
 si duo uasalli simul feudum uindicent, quorum singuli,
 se illud a diuerso domino tenere, affirmant, quo-
 modo & coram quo iudice processus expediendus
 sit. Hanc igitur quaestionem sic dirimit lex nostra:
 Wer auf einem klagt / er nehme ihm sein Gut / das
 doch ihr jeglicher zu Lehn ihm zusaget / ziehen oder sa-
 gen sie es ihnen von zweyen Herren zu / ihr jeglicher
 soll seinen Herrn zu Bedinge bringen. Wer denn ge-
 wehret wird / der behält es. Wes Gewehrer denn
 nicht kommt / der verleast die Gewehr (possessionem)
 des Guts / ob sie es beyde ohne Gewehr ansprechen /
 und gleich mit dem Gute belehnet sind. Hat aber ihr
 einer eine rechte Gewehr an dem Gut gehabt Jahr und
 Tag / ohne rechte Widersprache / der verleast darum
 das Gut damit nicht / ob sein Gewehrer zu Dinge /
 (ad iudicium) gleich nicht kommt / oder ihm abstehet zu
 rechter Wehrschafft. Allein / daß er es selber verrete /
 und antworte dem Kläger nach seinen Rechten. Doch
 mögen die Fürsten gewehren einen Mann des / das sie
 ihm verkauft oder geliehen hätten / mit ihren offenen
 Briefen bestegelt / also daß sie mitsenden einen ihren
 eingebornen Dienstinann / der das Gut verrete an
 ihrer statt. Hic *Glossa*, se mirari, ait, quod dominis
 feudi necessitas imponatur, coram alio iudice com-
 parendi atque uasallum suum defendendi, cum tamen cau-

causam potius ipsi domini deberent iudicare. Cui difficultati ita occurrit *Glossator*, ut dicat, dominos feudi comparere, non ad causam uasallorum suorum in alio iudicio agendam, sed ad eximendos illos ab ordinarii iudicis iurisdictione. Sage / du kommest nicht der Lehen halben dar / sondern / daß du deinen Mann von der Gewalt dieses Richters erledigest. Sed hæc conciliatio textui contraria est, et propterea merito displicet *Schiltetro*. Ipse itaque aliam excogitat, et per dominos feudi non principes, nec comites, sed etiam uasallos, iudici ordinario subiectos, intelligit. At textus hanc quoque responsionem non admittit, quippe in quo princeps etiam, si unus ex uasallis eum auctorem suum nominet, in iudicio non ipse quidem, sed per literas tamen et legatum comparere et uasallum suum defendere iubetur. Quare commodissime totam illam litem sic expedias, si, occasione c. 38. et 39. im Lehn-Recht / inter dominum feudi superiorem et inferiorem, den Ober-Herrn und Unter-Herrn distinguas, atque ex c. 39. obserues, dominum inferiorem in superioris iudicio comparere debuisse, et uocabulo domini simpliciter posito, dominum inferiorem communiter intelligi. Iam itaque clarum est, in nostro textu per dominos feudi, Nieder-Herrn / inferiores intelligi, etiam principes et comites, quippe qui uel Regi Germaniae, uel alteri etiam principi ratione feudi subiecti esse possunt; iudicem uero illum, apud quem uasallos suos defendere cogentur, esse dominum superiorem.

XXIV.

Sequitur altera quaestio, quae hoc articulo exhibetur; uidelicet, si ambo uasalli, qui feudum uindican-
 D 2 (b) Si ambo uindican-
 ab eant

unum do- ab uno tantum domino se illud tenere, dicant, quomo-
minum di- do tunc procedendum sit. Atque eo casu textus no-
rectum re- ster saltem præcipit, ut dominus superior causam ad
cogno- inferiorem illum, a quo uterque litigans dependet, re-
scant, mittat. Nihil uero præterea de ipsa forma uindicatio-
 nis et contrauindicationis, coram domino inferiore in-
 stituendae, disponitur. Ea igitur, quae hic desunt, ex c.
 40. *Iuris feudalis* suppleri debent: Wenn zweene Mann
 ein Lehen zugleich mit Recht ansprechen / und ein jeder
 sich auf Zeugen beruffet / daß er die Gewehr habe / und
 ihr keiner doch einige Gerechtigkeit von dem andern an
 dem Gute hat / man soll sie beyde bescheiden an das Ort /
 da das Gut lieget / auff daß ein jeder seine angemaste
 Gewehr behalte ; und man soll die Leute / so darum
 nächst gefessen seynd / fragen / welcher die rechte Gewehr
 habe. Welcher denn den meisten Theil der Zeugen
 hat / der behält die Gewehr vor dem andern billiq. Und
 dies Gezeugniß soll der Herr anhören / oder es zweyen
 seiner Manne befehlen / daß sie an den Ort ziehen. Die
 sollen denn schwebren bey dem Eynd / den sie dem Herrn
 gethan haben / die Wahrheit zu sagen / welcher unter
 ihnen beyden die rechte Gewehr (dominiam) behalten
 soll. Welche Gewehr aber um Zweiffels willen man
 nicht entscheiden mag von wegen der Leute Unwissens-
 heit / oder um der Leute Zweyung willen / so soll man
 die Sachwalden lassen schwebren / daß sie nach ihren
 rechten Gewissen eigentlich wissen / daß das Lehn jedes
 sein sey / und solches mit ihrem Eynde erteuret haben /
 und das soll man gleich unter sie theilen / oder mit einem
 Wasser : Urtheil entscheiden. Gottes Urtheil muß
 man aber nicht versuchen (um keinerley Sache) wenn
 da man der Wahrheit mit keiner Wissenschaft anders
 in Kunde kommen mag.

XXV.

Nunc ad alterum casum accedendum est, si (c) *Si ex-*
 uidelicet uasallus litiget cum extraneo, qui feudum ^{traneus}
 illud sibi tanquam allodium uindicat. Huc pertinet ^{feudum,}
Speculum l. 2. art. 43. Wer ein Gut anspricht / daß es sein ^{tanquam}
 Lehen sey / und ein ander saget / es sey sein Erbeigen ^{allodium,}
 sprechen sie es beyde mit gleicher Gewehr an / dieser mag ^{a uasallo}
 es daß (potius) zu eigen behalten / mit zweyer Schöp-
 pen Gezeugniß / denn der ander zu Lehen. *Ad h. l. recte*
iterum Schilterus interpretem Latinum refellit, qui uer-
ba: sprechen sie es beyde mit gleicher Gewehr an; sic
reddit: si aequaliter ea possideant, cum tamen per uo-
cem, Gewehr, hic non possessio, sed probatio intelli-
gatur. Ut propterea sensus sit, quem et Zobelius eruit:
Si utriusque et uasalli et extranei probationes fuerint aequi-
pollentes, fauorabilior est pars proprietarii ad obtinendum fun-
dum. Ex quo patet, necesse fuisse, ut uterque uindi-
caret et argumenta sua ac probationes afferret. Ille
quidem, qui fundum hereditarium esse dicebat, duo-
bus scabinis testibus uti minimum debebat, mit zweyer
Schörpen Gezeugniß / h. textu. At is, qui eum tanquam
 feudalem uindicated, testes suos ex conuasallis, siue pa-
 ribus curiae, desamebat, *Lehn-Recht. c. 5.* Wer ein
 Gut in Gewehr hat / der mag mit des Herrn Mannen
 (ob ers bedarff) daß das Gut sein Lehen sey / wohl be-
 zeugen.

XXVI.

Restat ultimus casus, si uidelicet inter dominum (d) *Si do-*
 ipsum et uasallum controuersia de proprietate et pos-
 sessione feudi oriatur. Huc pertinent *c. 13. 41. 42. Des* ^{minus}
 Lehn-Rechts / ex quibus ea, quae potissima sunt, et do- ^{sallo liti-}
 trinam hanc nostram maxime illustrant, excerpemus: ^{get.}

D 3

Db

Ob ein Herr seinem Mann läugnen wolt / daß er ihm ein Gut geliehen hätte / das der Mann doch in seiner Gewehr (possessione) hätte 6. Wochen und ein Jahr / nach dem als ers empfing. So dann der Mann hernach rechte Gewehr gezeugen mag / (si possit dominium suum probare. Nam uoce, rechte Gewehr / semper dominium cum possessione coniunctum intelligitur) mit sieben Manne; so behält er des Lehns Gewehr allein auff den Heiligen / und darneben das Gut ohne Gezeugen / und man mag ihm das Gut hernach mit seiner Ansprach wiederfechten. (h. e. si semel uasallus contra dominum directum ius suum, adhibitis legitimis testibus uindicare & probarit, deinde, si iterum a domino, uel etiam tertio quodam conueniatur, non opus est, ut de nouo contrauindicationem uel probationem instituat; sed possessionem retinebit, modo assertionem suam iureiurando, auff den Heiligen / confirmet.) Spricht ein Mann / daß sein Gut Lehen sey / und der Herr erbeut sich / mit Gezeugen zu beweisen / daß es sein Zins-Gut sey / so hilft dem Mann die Gewehr nicht / sondern er muß wider den Herrn beweisen mit Gezeugen / daß das Gut sein recht Lehen sey / (hoc est, uasallus, licet possideat, nihilominus contrauindicare, et ius suum contra dominum uindicantem probare tenetur.) Wo der Herr und sein Mann ihnen zugleich in einem Gute die Gewehr (possessionem) zuziehen / und sich solche beyde auff Gezeugen beruffen / des Mannes Gezeugen sollen von ersten gehört werden. Denn damit wird dem Herrn das Gut (dominium directum) nicht entzogen / das er von ihm zu Lehen hat. Denique in c. 42. copiosius exponitur, quomodo dominus feudum a uasallo, qui renouationem inuestiturae neglexit, uel

uel aliud delictum feudale commisit, uindicare, atque hic iterum se defendere debeat. Vide ipsum illud *cap.*

XXVII.

Haec igitur ex iure Saxonico antiquo excerpta *Concludi-*
 da fuerunt, ut contra *Schilterum* demonstraremus, pri-
 mo, ius Sueuicum in hoc argumento non esse luci-
 dius iure Saxonico, sed hoc etiam doctrinam de uin-
 dicatione et contrauindicatione clarius et uberius pro-
 ponere, quam a compilatoribus *Speculi Sueuici* factum
 est. Deinde illud etiam *Schiltero* concedere non possu-
 mus, quod *Ex. 16. §. 42.* affirmat, tantam hoc in capite
 intercedere inter ius Germanicum et Romanum uetus
 differentiam, ut ea prorsus conuenire non uideantur. *uenire.*
 Tamen enim non negem, solennes istas formulas, quas
 Romani actoribus suis reisque praescribebant, maiori-
 bus nostris incognitas fuisse; parum tamen refert, qui-
 bus uerbis ac formulis olim Romani Germanique con-
 trauindicationem exercuerint; dummodo utrumque
 ius in effectu conueniat, quod necessitatem imposuerit
 possessori, eique rei uindicatione conuento, non solum
 simpliciter intentionem actoris negandi, sed praeterea
 suum quoque ius et dominium legitimis rationibus et
 testibus probandi, h. e. contrauindicandi. Id quod de
 iure Romano *supra §. 8. et 9.* ostendimus; de iure uero
 Saxonico ex iis, quae de rebus mobilibus et immobili-
 bus, tam feudalibus, quam allodialibus diximus, apparet.
 Igitur profecto non uideo, quamobrem *Schilterus* ius Ro-
 manum et Saxonicum uetus adeo contraria sibi fingat,
 cum tamen haec contrarietas in formulis saltem et so-
 lennitatibus consistat. Neque uideo etiam, cur ius
 Romanum longius ab aequitate et prudentia ciuili re-
 cessisse

cessisse autemet. Sed tantum est nonnullorum erga leges Romanas odium, ut, quicquid illae etiam prudenter sanciant, refutandum suscipiant, atque leges veteres Germanicas, quae multas tamen fabulas et absona priscae simplicitatis uestigia continent, semper illis atponant.

XXIIX.

*Explican-
tur §. i. l.
de Act.*

Supereft ultimum dissertationis nostrae caput, in quo ea, quae ex antiquo iure Romano et Germanico excerptimus, ad iudicia nostra applicare, et usum contraindicationis hodiernum demonstrare constituimus. Sed, antequam hunc laborem aggredimur, utile uideatur, ut leges, quae in Corpore Iuris Romani de hac materia extant, breui commentario et paraphrasi illustremus. Prima inter illas est §. i. l. de Act. Imperator ibi praecipuam actionum diuisionem in personales et reales proponit. Postquam igitur naturam actionum personalium explicauit, ad reales progreditur, easque ita definit: Actiones in rem sunt, si quis cum eo agit, cuius persona quidem nullo iure obligata est, sed, cui saltem ob aliquam rem, quam uel possidet, uel cuius possessionem turbat, controuersia mouetur. Huic definitioni unicum saltem ex uariis actionum realium speciebus exemplum de rei uindicatione subiicit Imperator: *Veluti, inquit, si rem corporalem* (nam rerum incorporalium et uniuersalium proprie dicta uindictio non est l. i. pr. et §. i. de R. V.) *possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem, dominum eius se esse, dicat. Nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.* Haec uerba: *possessor, dominum eius se esse, dicat*; adeo clara sunt, ut plerique commentatores fateantur, per ea intelligi uindicationem. Illud tamen exinde non consequitur,

quitur, in uindicatione omnino necessarium esse, ut reus semper contraindicet, siue, ut, se dominum rei litigiosae esse, dicat. Namque exemplum saltem est, quod hic proponitur, non uero regula, ad quam omnes actiones reales deberent accommodari. Sed plura de hoc infra dicemus.

XXIX.

Pergimus ad *L. 15. C. de R. V.* in qua duo casus commemorantur. Prior est de re duobus in solidum uendita. Ex his ille, cui possessio prius tradita fuit, dominus efficitur, et aduersus alterum in possessione ac dominio defenditur. Neque obstat, quod instrumenta super contractu nondum plene confecta et tradita sint. Dummodo enim ea, quae uenditionis essentiam constituunt, rite fuerint peracta, consensus uidelicet et pretii exsolutio, ceterorum omisio nihil obest. Liberum tamen relinquitur possessori, malitne pretium solutum cum usuris impensisque factis recipere, et rem cum fructibus perceptis alteri emtori restituere. Prior hic casus, tamen si primario ad nos pertinere non uideatur, utilis tamen est ad illustrandum posteriorem, quem in extremo huius legis proponit Imperator: *Si ex causa donationis* (allegato uidelicet titulo, siue causa remota acquisiti dominii *L. u. §. 1. et 2. de Exc. rei iud.*) *utrique dominium rei indicetis* (alter scilicet petitor, agendo directe, alter, possessor, contraindicando) *eum, cui priori possessio soli tradita est, haberi potiore* in retinendo dominio et conferuanda possessione, *conuenit.*

XXX.

Elegantissima est *L. 14. de Probat.* et totum contra-*L. 14. de Probat.* uindicationis processum mirifice describit. Quare eam paulo accuratius expendemus. Agit illa de actione liberti;

E

berti;

bertinitatis, quae et pro diuersitate agentium modo actio patronatus, si a patrono instituitur, modo ingenuitatis, si a libero; appellatur. Est uero illa, quando aliquis, a quo alter, tanquam patronus, obsequium et operas exigit, negat, se eius libertum esse, atque ingenuum se et liberis parentibus natum, asserit *t. t. D. Si ingenuus esse dicitur*; et *C. de Ingenuis manumissis*. Haec actio tametsi ex iure et statu personarum descendat, ac proinde neque ad reales, neque ad personales actiones referri queat, maximam tamen cum uindicatione habet convenientiam. Quaerit igitur in hac lege Ictus, quisnam in hac actione partes actoris sustinere, i. e. onus probandi subire debeat. Vbi in principio statim notandum est, non officere huic legi nostrae *L. ult. Si ingenuus*. ubi ille, qui se patronum asserit, semper actoris partibus fungi dicitur, adeo ut probare libertum suum necesse habeat, ac, si non probet, vincatur. Nam lex illa, si tota perlegatur, non de omnibus actionibus libertinitatis generatim agit, sed de illis tantum loquitur, quas patronus contra libertum, qui in possessione ingenuitatis est, instituit, ac, in quibus operas et obsequium ab illo flagitat, quae uulgo actiones patronatus dicuntur. Nostra uero lex de omnibus actionibus libertinitatis, etiam de iis agit, quas libertus actionibus libertinitatis, et in quibus patronus in possessione operarum atque officiorum est. Sed uerba ipsa legis consideremus: *Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicat, referendum est, qui actoris partibus fungatur, atque adeo onus probandi sustineat. Et, si quidem is, qui ingenuum se dicit, in possessione libertinitatis fuit, et patrono hucusque officia exhibuit, sine dubio ipsum oportebit, actoris partibus fungi, ingenuitatis causam agere, docereque, se ingenuum esse. Sin uero in possessione ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur,*
scilicet

scilicet eius, qui ei controuersiam mouet, patronum se asserendo et officia exigendo, hoc probare debet, qui eum dicit, et uindicat tanquam liberum suum. Quid enim interest, seruum suum quis, an liberum contendat? cum utraque actio libertatis et libertinitatis et in fundamento et in forma agendi conueniant. Igitur id, quod de partibus actoris et onere probandi in actione libertatis constitutum est L. 7. §. 5. de Liber. causa, ad actionem quoque libertinitatis applicari oportet. Si quis autem eo casu, ubi patrono probatio incumberebat, fiducia ingenuitatis suae non simpliciter intentionem actoris neget, sed suum statum ingenuum contra asserat et uindicat, atque sic ultro in se suscipiat probationes, ad hoc, ut iudex non sic solum iudicet: intentionem actoris locum non habere; sed simul sententiam ferat pro ingenuitate facientem, h. e. ingenuum se esse, ut pronuncietur; an obtemperare ei debeat iudex, tractari potest. Et non abs re esse opinor, morem ei geri, probandi se ingenuum, et sententiam secundum se dandam, cum nulla capto intercedat iuris.

XXXI.

Ab actione libertinitatis non multum diuersa est L. 39. pr. actio libertatis, qua is, qui ab altero in seruitutem uindicatur, liberum se et ingenuum esse, asserit. Cum igitur in utraque actione idem sit fundamentum et eadem ratio procedendi, eadem quoque iura in utraque obtinebunt. Id quod de onere probandi pro diuersitate actoris modo in dominum, modo in seruum deriuando, superiore §. diximus. Idem quoque de contrauindicatione, siue de probatione libertatis ab illo, qui uindicatur, praeter necessitatem, si uelit, suscipienda, sancitur in L. 39. pr. de Liber. causa: Cui necessitas probandi de ingenuitate sua non incumbit, ultro, si ipse probare desideret, audiendus est.

E 2

XXXII.

XXXII.

*c. 5. X. de Foro com-
petente.* Legibus his annectamus textum ex iure canonico, ut, et illo contrauindicationem receptam fuisse, demonstramus. Extat iste in *c. 5. X. de Foro competente.* atque sic ait: *Si clericus laicum de rebus suis uel Ecclesiae impetierit, seu rei uindicatione conuenerit; et laicus, res ipsas non Ecclesiae esse, aut clerici, sed suas proprias assenerat,* atque ita contrauindicat, *debet de rigore iuris non coram Ecclesiastico magistratu processus expediri, sed ad forensem et secularem iudicem trahi.* Vbi obiter obseruamus, uerba capituli priora usque ad illa: *debet de rigore iuris etc.* esse narratiua, et ideo nihil disponere. Unde confertur, argumentum a contrario sensu, quo post antiquiores, in primis P. Barbosa utitur, hoc loco non procedere, sed laicum, siue affirmet, siue neget, res a se possessas Ecclesiae, uel clerici esse, coram proprio iudice conueniendum esse, ut Tellezius, post alios a se citatos, *ibidem* animaduertit.

XXXIII.

*Contra-
uindictio
hodie non
est abroga-
ta.* Nunc uidendum est, quomodo diuersa haec, quae recensuimus, iura ad nostra iudicia possint applicari. Sed praeiudicialis quaestio expediri debet: utrum leges illae antiquae, quae de contrauindicatione agunt, hodieque obseruentur, an uero sint abrogatae? Qui nullum contrauindicationis usum superesse affirmant, sine dubio ad illam plerorumque aduocatorum oscitantiam prouocabunt, qui hoc remedium in illis etiam casibus, in quibus id clientibus ipsorum admodum salutare fuisset, non adhibuerunt. Sed iamdiu satisfactum est illis legum abrogatarum patronis, atque ostensum, eam non esse aduocatorum potestatem, ut incuria sua et non usu iura constituta possint obliterare. Id quod non ita pridem

dem exemplis L. 13. *Quod metus causa.* et L. ult. de R. V. egregie fuit demonstratum. Vnica illis opponi potest regula, quam Imperator in L. 32. §. 6. C. de Appell. praescribit: *Qui quid lege specialiter non est expressum, id ueterum legum constitutionumque regulis omnes relictum intelligant.* Non igitur dubitandum est, quin contrauindicatio hodieque utiliter possit adhiberi, quippe quae iuribus et Germanico, et Romano, & Canonico fundata est, neque contrariis legibus sublata, neque etiam hodiernae procedendi formae repugnat.

XXXIV.

Id quod praecipue de Saxoniam nostra affirmare non dubitamus, ubi ea, quae a maioribus constituta sunt, quantum fieri potest, religiose custodiuntur, ac saepe ab obliuione uindicantur, et diu neglecta in usum reuocantur. At hic illorum argumentis occurrendum est, qui existimant, eam hodie esse fori Saxonici naturam, ut ea plane contrauindicationem non admittat. Duo sunt potissima dubia, quae nobis ex *Ordinatione in uno Processu Saxonici* obici possunt, in quibus remouendis iam laborabimus. Primum est ex *tit. 3. §. 1. iun. C. 7. P. 1.* ubi causae connexae, et quarum una altera dependet, in uno eodemque processu uentilari prohibentur; atque reus suam contra-actionem, siue reconuentionem, finita demum actione, ab actore instituta, intentare iubetur. *Es soll in Sachen / die einander anhängig / aus einander fließen / oder sonst den Verwandniß haben / keine Widerklage zugelassen werden / daß sie zugleich neben der Conuention-Sache auszuüben und zu erörtern; sondern der Kläger sich vermögge Sächßl. Rechts darauf einzulassen und zu antworten nicht schuldig seyn / es habe sich denn der Beklagte*

von ihm entbrochen / und sey die Conuention - Klage durch wirkliche völlige Zahlung / unläugbare Compensation, oder andere Satisfaction gänglich erlegt. Certum est, hoc ius et in foris nostris sanctissime obseruari. Tametsi enim *DN. Praefes in Comment. ad O. P. S. tit. 6. O. 1.* spem nobis faciat, ius commune aliquando in Saxoniam reductum iri, ut in posterum conuentio et reconuentio uno processu terminentur; *Ipsemet* tamen fateatur, rem tantum consilii esse, atque secundum ueterem legem, quam attulimus, tamdiu pronunciari, donec O. P. recognita Potentissimi Legislatoris auctoritate communita promulgetur. Quodsi itaque contrauindicatio actio separata, et cum principali uindicatione connexa est, reo permittendum non uidetur, ut illam in processu principali instituat, atque actorem suum huiusmodi mutua petitione diftrahat et fatiget.

XXXV.

*Responde-
tur enim,
contra-
uindicati-
onem non
esse actio-
nem, sed
exceptio-
nem.*

Cui dubio ut bene occurramus, euoluenda est contrauindicationis natura, et uidendum, utrum illa pro singulari actione, an uero tantum pro exceptione debeat haberi. Nos posterius affirmamus. Actionem enim propterea eam appellare non possumus, quia tantum ad defendendum reum et excludendam actoris intentionem est comparata. In actionibus autem non respondemus et elidimus alterius petitionem, sed ipsi nostrum desiderium proponimus, et illud, quod nobis debetur, exigimus et persequimur. Sed in contrauindicatione licet, nos dominos rei litigiosae declarari, petamus, haec tamen petitio ad destruendam actoris petitionem tendit. Igitur potius exceptio peremptoria dicenda est, et sic etiam appellatur in *L. 16. de Publ. in rem act.* Harum enim exceptionum naturae non repugnat, petere

tere aliquid et desiderare, dummodo id desiderium in-
 stiturae actioni directo opponatur. Simile exemplum
 est in exceptione compensationis, quam cum DD. an-
 tiqui ob eandem causam contra *L. 19. §. 3. de Probat.* pro
 exceptione non admitterent, sed, singularem actionem
 et reconuentionem esse, contenderent, PR. Elector
 Saxo eam pro uera exceptione peremptoria haberi de-
 bere, pronunciauit *P. 1. C. 8.* Ergo quaecunque iura de
 exceptionibus peremptoriis, et de reprobationibus sunt
 constituta, ea omnia ad hanc nostram contraindicatio-
 nem debent accommodari.

XXXVI.

At sic noua dubitatio oritur ex *O. P. S. tit. 20. §. 7. Probatio-*
 ubi regulae praescribuntur auctori et reo, ad quas illi ^{nes in con-}
 probationes et reprobationes suas instituant. Coerce- ^{trauindi-}
 tur ibi nimia partium litigantium in faciendis articulis ^{catione}
 prolixitas, iubenturque illae, quicquid necessarium non ^{non sunt}
 est, omittere. Igitur omnes articuli probatoriales, qui ^{superfluae,}
 non ex substantia et contentis libelli desumuntur, ac ^{et irrele-}
 reprobatoriales, qui intentionem auctoris directo non im-
 pugnant, tanquam superflui et impertinentes, damnati
 esse uidentur. Iam uero probationes in contraindic-
 catione absolute necessariae non sunt, et reus, ut infra
 dicemus, etiam sine illis poterit absolui. Deinde in iis
 per indirectum, et consequentiam saltem intentioni aucto-
 ris responderetur, ut propterea, tanquam superfluae et im-
 pertinentes, reiciendae uideantur. Verum enim uero
 dispiciendum est, quidnam leges nostrae per imperto-
 nentes probationes, et articulos irrelevantes, intelligant.
 Quodsi enim, uti *Carpzouius l. 3. Resp. 73.* egregie ex aucto-
 ritate celeberrimorum ICrorum, et summorum iudicio-
 rum comprobatur, illi etiam articuli pro releuantibus et
 per-

pertinentibus habentur, qui, licet non directe et principaliter, attamen qualitercunque ad causam faciunt, eique saltem indirecte et praesumptive adminiculantur; manifestum est, illas reprobationes, quae in contrauindicatione intercedunt, tanquam releuantes, admittendas esse.

XXXVII.

*Contra-
uindicatio
tamen ab-
solue ne-
cessaria
non est.*

Diximus modo, contrauindicationem adeo absolute necessariam non esse, sed posse reum, illa etiam non opposita, ab intentata actione absolui. In hoc iure capite ius nouum ab antiquo recessit. Nam et iure antiquissimo Romano et Germanico praecise requirebatur, ut reus, uindicatione conuentus, suum ius et dominium probaret, h. e. contrauindicaret. Sed Imp. id mutarunt postea, et secundum *L. 14. de Probat.* sancuerunt, ut possessor uolens quidem ad probandum admitteretur; inuitus autem non cogereetur. Atque ius civile hoc quoque in capite Germani nostri receperunt, neglectis patriis iuribus, quae necessitatem contrauindicandi imponunt. Quare nullum est dubium, quin reus, qui nullo etiam iure rem possidet, eam tamen per *L. 23. C. de R. V.* aduersus uindicantem retineat, si is suam intentionem non impleuerit, h. e. dominium suum, reo simpliciter negante, non probarit. Immo consultum etiam est possessori eo casu, cum ipse de peragenda domini sui probatione diffidit, et actoris intentionem fundamento carere uidet, ut in simplici negatione acquiescat, et contrauindicationem omittat. Egregie *L. 9. C. de Except. Si quidem*, ait, intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est.

XXXIIX.

*Tres eius
potissimae
utilitates.*

Sed, quamuis necessaria non fit contrauindicatio, est tamen illa maxime salutaria; id quod *supra §. 2. 3.*

et 4.

et 4. demonstramus. Triplex uidelicet est illa utilitas, quae ex contrauindicatione rite peracta profiscitur; (1.) quod possessor, qui in huiusmodi actione dominus declaratus est, non solum contra eundem actorem, si is forassis rei uindicationem ex alia causa et titulo instituat, sed contra quemcunque alium petitozem exceptione dominii sit securus. Vide *Brunnem. ad L. 14. de Probat. n. 3.* (2.) quod contrauindicans, si deinde possessionem rei, super qua contrauindicauit, amittat, et ipsemet rei uindicationem desuper instituere cogatur, possit in suscipienda dominii probatione ad sententiam istam, qua dominus declaratus est, confugere. (3.) quod eadem ipsi profit in actione confessoria, negatoria, legis Aquiliae et conditione furtiua, ubi dominium itidem demonstrandum est, per ea, quae supra diximus loco citato.

XXXIX.

Sed quando, huiusmodi sententiam possessori contra quemcunque tertium prodesse, asserimus, maxima sine dubio exsurget multitudo contradicentium, qui regulam illam, tot legibus confirmatam, nobis obiiciunt: *Res inter alios iudicata tertio non praecudicat.* Cui dubio ut satisfaciamus, praemonendum est, huiusmodi sententiam, quae, peracta contrauindicatione, fertur duo capita continere. Primum contra solum actorem directum est, quo intentio eius eliditur, atque actio ab eo instituta locum non habere pronunciat. Quod ad hoc caput, sententiam neque in eodem, neque in simili casu tertio nocere posse, concedimus, *t. t. C. Quibus res iudicata non nocet*; item, *Inter alios acta uel iudicata aliis non nocere.* Sed alterum sententiae caput, quod declarationem dominii complectitur, generalius est, nec solum actorem obligat, sed latius se ad alios quoque extendit.

F

Ita

*Responde-
tur ad
dubium,
quod res
inter alios
iudicata
tertio non
noceat.*

Ira enim in iure nostro dispositum esse, pluribus exemplis demonstrabimus. Sic in actione libertinitatis multum interest, utrum in sententia ille, de cuius statu quaeritur, simpliciter ab intentata actione absoluator, an uero simul ingenuus declaratur. Namque hoc ultimo casu sententia ei etiam contra alios proderit, *L. 25. de stat. hom.* Ita in querela inofficiosi testamenti, si generaliter testamentum nullum esse iudicetur, haec sententia omnibus, quorum interest, legatariis, fideicommissariis etc. licet ipsi non egerint, nocebit, *L. 8. §. 16. de Inoff. test.* Vide quoque *L. 44. de Re iud.* Quotiescunque igitur sententia non ad certas personas restricta est, sed generalem aliquam declarationem continet, toties ea non solum illi personae, contra quam lata est, sed unicuique tertio poterit opponi. Quam regulam non solum clarissimorum Ictorum suffragiis, sed diuersis quoque praedictis egregie declarat et confirmat *Carpzov. P. 1. C. 26. d. 16. et 17. itemque Dec. 254.* Ceterae rationes, quas DD. sententiae nostrae obiiciunt, facillimo negotio remouebuntur. Nam, quod (1.) aiunt, posse iudicem per imprudenciam secus, ac debebat, iudicare, et periniquum esse, ut talis sententia tertio noceat; nobis non obstat. Cum enim sententia iudicis legibus iuribusque constitutis contrariatur, tunc ea ne quidem contra praesentem in rem iudicatam transit, sed per se nulla est, et neque partibus, neque tertio nocet, *L. 1. §. 2. Quae sententiae sine appell. L. 2. C.* Quando prouocari non est necesse. Alterum, quod contra nos mouent, argumentum speciosius uideatur. Dicunt enim (2.) hoc iuris nostri principiis repugnare, ut quis inauditus condemnetur, et ut ille, qui non citatus se defendere non potuit, iure suo priuetur, neque amplius audiatur, *L. 74. de R. I.* Sed non uideo, quomodo casus ista existere queat, ut per sententiam decla-

ratoriam, eamque super contrauindicatione latam, tertii iura laedantur. Cum enim nemo dominus alicuius rei declarari queat, nisi is liquido dominium suum demonstrarit, non poterit deinde tertius existere, qui dominium suum adhuc dilucidius probare possit. Duos enim unius rei in solidum dominos esse non posse, manifesti iuris est. Igitur reuera sententia ista declaratoria, qua contrauindicans post sufficientem dominii probationem dominus declaratur, nemini ius quaesitum aufert, sed eum tantummodo contra temerarios litigatores praestat securum. Et finge etiam, existere quendam, cui reuera per huiusmodi sententiam noceatur, tamen si hunc casum rarissimum futurum existimem: tunc tamen idem respondendum erit, quod iis obicitur, qui iustitiam usucapionum et praescriptionum cerebrina aequitate sua oppugnant, uidelicet, bono publico hoc remedium introductum esse, ne rerum dominia in incerto diu sint, *L. 1. de Usurpationib. et usucap.* Igitur nihil superest, quam ut opinionem nostram praeursorum quoque Ictorum suffragiis corroboremus. Eleganter *Alex. l. 7. conf. 35.* actus, ait, inter alios gestus, quo quis se heredem facit, semper quoad omnes probat, illum heredem. *Io. Andreas post c. ult. de Consuet.* sententia data super consuetudine contra unum, omnibus praeiudicat. *Baldus l. 5. Conf. 265.* sententia, lata super nullitate testamenti contra heredem, praeiudicat substituto et fideicommissario, etiam non citato. *Mandel. Consil. 101.* sententia lata super ualiditate instrumenti praeiudicat omnibus. *Guid. Pap. Decis. 549.* sententia, lata contra unum ex mercatoribus super solutione gabellae et pedagii in causa mota per dominum pedagii, uel gabellae, praeiudicat etiam aliis mercatoribus, licet non citatis. Ex his

itaque et ceteris testimoniis, quae *Cardinalis Tufcus lit. S. Concl. 174.* affert, nec non ex legibus supra memoratis secure concludimus: *Sententiam declaratoriam tertio etiam agenti opponi posse.* Nihil ergo impedit, quo minus ea ad sententiam quoque declaratoriam, super contraindicatione latam, accommodemus. Huc pertinent regulae iuris: *Res iudicata pro veritate accipitur L. 207. de R. I. Gestæ, quae sunt translata in publica monumenta, habere uolumus perpetuam firmitatem, L. ult. C. de Re iud. c. ii. X. de Probat. Vide quoque L. 15. de Exc. rei iud. et ea, quae ad illam dicemus infra §. 43.*

XL.

*Contra-
uindicans
rem ideo
non amit-
tit, si in
probatione
deficiat.*

Antequam progredimur, quaestio excutienda est maximi momenti, uidelicet: an possessor contraindicans, qui praeter necessitatem onus probandi suscepit, causa cadat, si quidem in probatione dominii deficiat, et utrum hoc casu cogatur actori, licet is nihil probarit, rem restituere? Quod utique negandum est secundum principia naturalis aequitatis, et iuris Romani, legumque Saxonicarum. *L. 4. C. de Edendo, actore, inquit, non probante, qui conuenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit.* Ita quoque *s. 4. J. de Interd. Commodum, ait, possidendi in eo est, quod, etiamsi eius res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit, suam esse, probare, remanet in suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sunt utriusque iura, contra petitem iudicari solet.* Sed omnium clarissime *O. P. s. iij. 21. §. ult.* Es soll aber gleichwohl nichts minders in solchen Fällen vor allen Dingen dahin gesehen werden/ ob der Kläger seiner Klagen Grund erwiesen / und / da solches nicht geschehen / der Beklagte / ob er gleich seine Exception / wie er sich angemass / nicht beybracht / absolviret werden.

XLI.

XLI.

Illud uero contraindicanti etiam atque etiam *Iudex ur-*
 praecipendum est, ut in probationibus suis simul petat a *geri debet,*
 iudice, ne hic simpliciter sententiam contra petito- *ne in sen-*
 rem concipiat, sed ut expresse simul dominium possessoris *tentia de-*
 declarat. Vrgendus enim est iudex, ut hoc faciat. Id *claratio-*
 quod colligimus ex *L. 14. de Probat. ibi: Si quis ultro in se*
suscipiat probationes, ad hoc, ut sententiam ferat pro ingenui-
tate facientem, h. e. ingenuum se esse ut pronuncietur; item,
sententiam secundum se dandam. Quodsi ergo iudex per
 incuriam forte aut malitiam, neglectis contraindicanti-
 bus precibus, domini declarationem omittat, leuterati-
 oni, aliisque iuris auxiliis suspensivis, locus erit, ad id,
 quod deest, supplendum. Praejudicium nuper in sum-
 mo Prouocationum Senatu contigisse, *Dn. Praeses in Sup-*
plementis ad Electa Discept. For. part. 1. p. 250. memorat. In-
 stituerat quis actionem negatoriam. Reus negauerat,
 actori dominium competere. Eius igitur demonstra-
 tio actori iniungebatur. Qua rite peracta, reus nihil-
 ominus absoluebatur. Appellabat actor contra senten-
 tiam, atque inter cetera grauamina hoc etiam deduce-
 bat, super demonstratione domini non fuisse pronun-
 ciatum. Sic igitur iudicarunt Senatores in causa *Herrn*
Georg Friederichs Freyherrns von Born/ contra Au-
gust von Einsiedel/ Consil. aestiuo 1706. Leuterung un-
geachtet zc. jedoch mit dieser Erklärung/ daß/ weil Ap-
pellant dem/ den 17. Martii 1702. eröffnetem und in actis
erster Instanz fol. 12. befindlichem rechtskräftigem Urtheil
zu folge/ das Eigenthum/ des zu seinem Ritter-Guth
Froburg gehörigen und in dem so genannten Stöckicht
gelegenen Holzes nothdürfftig besch:iniget/ es dabey bil-
lig sein Bewenden hat. Neque obstat, quod dominium

in actione negatoria incidenter tantum memoretur, hoc sine atque effectu, quo reo probatio seruitutis imponi possit. Attendendum enim est, reum, cum, secundum indolem actionis negatoriae, seruitutem sibi in re, in iudicium deducta, competere ait, pariter confiteri, non se, sed actorem dominum esse, quum res propria nemini seruire possit. Quanquam, re recte putata, liquet, actorem sententia, qua reus est absolutus, se satis tueri posse, propterea quod per eam reo asseritur seruitus, ab eodem comprobata, quae praefruit, ex parte actoris dominium rei, quae reo seruit. Satius tamen est, per sententiam exprimi ea, quae per bonam consecutionem eadem continentur.

XLII.

*Contra-
uindicati-
onis usus
in Publici-
ana actio-
ne.*

Cum saepissime loco rei uindicationis actio Publiciana ob commodiorem probationem instituat, discernendum est, an possessor in illa quoque contrauindicatione, siue dominium suum probare possit. Id quod affirmare non dubito, propterea, (1.) quia natura actionis Publicianae eadem est, quae rei uindicationis. Namque in Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei uindicatione diximus L. 7. §. 8. de Publ. in rem act. Igitur cum contrauindicatio, instituta rei uindicatione, locum habeat, habebit etiam locum in actione Publiciana. Sed deinde (2.) clarius argumentum suppeditat L. 16. de Publ. in rem act. quae sic ait: *Exceptio iusti domini*, quam nos contrauindicationem uocamus, Publicianae obicienda est. Liberum ergo erit possessori, qui Publiciana conuenitur, uelut simpliciter negare intentionem actoris, excipiendo, *rem petitoris non esse*, L. 7. §. 7. et L. 17. de Publ. in rem act. Nemo enim in hac actione ad probationem domini compellitur, L. 73. pr. de R. V. Quod si uero in iuribus suis con-

confidat, consulendum ei est, ut exceptionem iusti domini opponat, atque, ut par est, demonstrat. Quo casu eadem iura, quae ex rite peracta contrauindicatione proficiuntur, obtinebit.

XLIII.

In hereditate petenda, siue uindicanda, (uti *L. 3. C. de Item in Petit. hered.* loquitur,) contrauindicatio quoque, siue potius contrapetitio hereditatis locum habet; qua is, qui ab altero hereditatis petitione conuenitur, se heredem esse, excipit et probat, atque, talem se declarari, petit. Extat de hoc argumento elegantissima et clarissima *L. 25. de Exc. rei iud. Si inter me et te controuersia de hereditate sit, et quasdam res ex eadem tu possides, quasdam ego, nihil uetat, et me a te, et inimicem te a me hereditatem petere. Quod si iam semel mihi, uel abs te, uel ab alio lis super illa hereditate mota fuit, et tu post rem iudicatam hereditatem iterum petere ceperis, interest, utrum in sententia antea lata, meam esse hereditatem, declaratum sit, an contra. Priore casu, si, meam esse, pronunciatum sit, nocebit tibi rei iudicatae exceptio, quia eo ipso, quo, hereditatem meam esse, generaliter licet inter alios pronunciatum est, ex diuerso pronunciatum uidetur, tuam non esse. Si uero, posteriore casu, meam non esse hereditatem, iudex declarauit, exceptio rei iudicatae tibi non obstat. Nam nihil de tuo iure iudicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse, nec tua. Conf. quoque *L. 42. de Hered. pet.* ibi: quod se dicat heredem.*

XLIV.

Sed et contrauindicatio ad seruitutes, atque alia iura illis familia proferri potest. Qualem casum nuper Senatus prouocationum *Consilio aestiuo 1706.* diiudicauit in causa Rudolphs von B. und Conforten auf Q. contra Richter Nath und die Gemeinde ältesten der Bürgerschaft zu A. *nec non in seruitutum, aliorumque similitum iurium uindicatione.*

Actio iniuriarum aestimatoria instituebatur ab eo, in cuius iurisdictione certa dolia externae cereuisiae, obtentu iuris prohibendi, a communitate illa privilegiaria fuerant ablata. Reus facta, in libellum deducta, in primis die geflagte Bier-Abnahme / in litis contestatione negabat, subiecta exceptione iuris prohibendi, eamque articulis deinceps probatoriis inferebat. Posteaquam autem super his articulis reus partim instrumenta inducebat, partim deferebat iusiurandum, renuebat actor recognoscere instrumenta, atque ad articulos, de quibus iusiurandum deferebatur, respondebat, reum, qui factum neget, ad deducendum ius prohibendi minus recte admitti, atque adeo articulos reproborios, quibus exceptio iuris prohibendi continetur, pro impertinentibus merito haberi. Tum reus bene urgebat, (1.) non pugnare negationem facti, atque oppositionem praedictae exceptionis, quum haec non simpliciter, sed tantummodo in euentum adiecta esse intelligatur *L. 9. C. de Except.* Beklagte hätten das Bier nicht hinweg genommen, auch da gleich sie solches gethan, wären sie dessen wohl befugt gewesen, (2.) multum omnino interesse, utrum, actore non probante, reus duntaxat ab actione instituta absolvatur; an simul ius prohibendi, idemque satis probatum, ipsi competere, per sententiam declaratur. Vide ea, quae *supra* §. 38. et 39. diximus. Censuit igitur Senatus: daß Kläger, seines Einwendens ungeachtet, auf die Gegenbeweiß-Articul sub poena confessi et conuicti sich einzulassen, so wohl die producirten documenta sub poena recogniti zu recognosciren schuldig. Atque hanc sententiam confirmauit postea *Consl. aestiuo 1707.* Egregium quoque contrauidicationis usum, maxime in actione negatoria, agnoscit, et singulari exemplo illustrat *DN. PRAESES in Supplementis ad Eleth. Discept. For. part. 1. p. 250.* Quod exemplum cum iam *supra* §. 41. fuerit recitatum, eo beneuolum lectorem remitto.

Wittenberg, Diss., 1708

ULB Halle

3

005 359 333





DISSERTATIO IVRIDICA 1079. 5

DE

CONTRA 1708 46
VINDICATIONE

QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
FRIDERICO AVGVSTO

PRINCIPE REGIO, ATQVE ELECTORATVS
SAXONICI HEREDE

PRAESIDE

IO. HENRICO BERGERO

POTENTISSIMI REGIS ET PR. ELECTORIS SAXONIS
INSVMMO PROVOCATIONVM SENATV CONSILIARIO

ATQVE ORDINARIO IN ACADEMIA

VITEMBERGENSI

AD D. XV. DECEMB.

clo lccc lix.

PVBLICAE ERVDITORVM DISCEPTATIONI
SVBMISIT

CAROLVS LVDOV. DE LICHTENHAYN,
EQVES SAXONICVS
AVCTOR.

EDITIO SECVNDA.

WITENBERGAE, LITERIS VIDVAE GERDESIANAЕ.
clo lccc xviii.