





12994

Q. D. B. V.

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

DE

ONERE PROBANDI IN ACTIONE NEGATORIA,

QUAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DOMINO CAROLO,

PRINCIPE BORUSSIÆ, MARCHIONE
BRANDENBURG, RELIQUA,

IN REGIA FRIDERICIANA,

PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO,

JCTO, S. REG. MAJ. BORUSS. CONSILIARIO INTIMO, ACADE-
MIÆ DIRECTORE AC PROFESSORE PRIMARIO, FACUL-
TATIS JURIDICÆ ORDINARIO ET H. T. DECANO,

PRO LICENTIA

PRIVILEGIA DOCTORALIA CONSEQUENDI

AD D. 30. MARTII M DCC XVI.

HORIS ANTE - ET POMERIDIANIS

PUBLICO ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

IOANNES WILHELMVS WARMERS,
LUNEBURGENSIS.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,

LITTERIS SALFELDIANIS.

BUCHHANDLUNG F. RECHTS-
STAATSWISSENSCHAFT
HERMANN BAHR
BERLIN W
Mohren Strasse 6.



05 4750





DISSERTATIO INAUGURALIS.

DE

ONERE PROBANDI IN ACTIONE NEGATORIA.

CONTENTA DISSERTATIONIS.



*C*ausa singularis circa questionem: an coloni ratione bonorum censiticorum teneantur in casu mutati Domini solvere laudemium. Litis hujus preliminaris. §. I. Initium litis instituta actione negatoria. *Questio incidens: an instituens actionem negatoriam reum habeat pro possessore juris, quod actor negat. Et annon probatis ulterius actibus possessoris, Reus ante omnia sit in possessione manu tenendus? item an Ordin. Polit. Magdeb. c. 48. §. 4. de jure Rei diserte disponat? Sententia prima. Ejus rationes §. II. Sententia secunda pro Reo. Ejus rationes. §. III. Sententia tertia iterum pro Reo, sed ex novis decidendi rationibus, questionem, cui in actione negatoria incumbat onus probandi, expendentibus, Rationes, quod Reus non probet, si sit in possessione servitutis. Responsio ad rationes dissentientium. §. IV. (Alius casus affinis, ubi ex utraque hypothese questionis modo memorata pronunciatum fuit. §. V.) Sententia quarta iterum pro Reo, sed abstrahendo a questione dicta fundans se in d. c. 48. §. 4. Ord. Polit. Magdeb. simul ejus genuinum sensum vindicans §. VI. Ex quatuor questionibus in recensito habetur*

A nus



nus casu ventilatis eliguntur questio tertia & precipue quarta §. VII. Methodus dicendorum §. IIX. Negatoria actio datur ei, qui negat alteri competere servitutem vel jus simile in re sua §. IX. Differentia actionum ex Dominio rerum corporalium & que dantur de servitutibus §. X. Convenientia actionis confessoria cum rei vindicatione §. XI. Convenientia actionis negatoria cum rei vindicatione & differentia ejusdem tam à rei vindicatione, quam ab actione confessoria. §. XII. Probatur actionem confessoriam & negatoriam non dari possidentibus, sed hos remediis possessoriis uti debere §. XIII. Adverse sententia occasionem dedisse obscuram doctrinam Justiniani in §. 2. J. de action. §. XIV. Huic autem aliam doctrinam Ulpiani in l. 5. §. 6. si ususfr. petat. & l. 6. §. 1. si servit. vind. §. XV. Neglectus interpretum in concilianda hac antinomia, aut conciliationis insufficientia. §. XVI. Conciliatio vel excusatio nostra. §. XVII. Non coherencia doctrine communis & ejus rationis §. XIX. Transitus ad questionem, quis probet in negatoria? Presupposita duo: 1. Omnes Jctos affirmare in negatoria actorem non probare. 2. Questionem verbis legum directo non defini. §. XIX. Ratio, in negatoria actorem non probare, unica, sed firmissima, presuntio libertatis pradiorum. §. XX. Ommissa alia ratione tanquam obscura, quod negativa non possit probari §. XXI. Extensio assertionis 1. etiamsi actor adhibuerit verba affirmativa & asseruerit, Reum injuste exercuisse servitutem §. XXII. Respondetur ad rationes dissentientium, Fabri & Carpzovii, §. XXIII. Miscentium videlicet actionem negatoriam, cum interdicto utili uti possidetis. §. XXIV. Extensio 2. Liberatur etiam actor, ad possessionem libertatis in possessorio provocans, ab onere probandi. §. XXV. Extensio 3. intuitu petitorii: etiamsi reus sit in possessione servitutis. Rationes hujus extensionis. §. XXVI. Responsiones ad rationes dissentientium 1. quod presuntio pro possessione sit fortior presuntione libertatis §. XXVII. 2. quod sententia dissentientium definita sit in l. 8. §. 3. si servit. vind. §. XXVIII. 3. Responsio ad argumentum ex l. 3. §. 13. de itinere actuque privat. §. XXIX. 4. ad argumentum ex l. 15. de N. O. N. §. XXX. 5. ad argumentum, quod in controversiis de libertate personali presuntio pro possessio-

re vincat presumptionem pro libertate §. XXXI. Que responsio illustratur ex l. 16. C. de probat. §. XXXII. Responsio ad argumentum desumptum ex formula pronuntiandi in possessorio §. XXXIII. Sententia nostra praxi communi confirmatur. §. XXXIV.

§. I.



Um de eligendo themate inaugurali essem sollicitus, communicavit mihi Dn. Præsès Acta ad Facultatem Juridicam transmissa, quorum contenta, si breviter retulerò, non agrè credo feret benevolus Lector, cum ea occasionem mihi suppeditaverint eligendi materiam præsentem, & multa contineant non injucunda, nec inutilia illis, qui causis in foro agendis operam navant. Civēs quidam J. bona censitica in Præfectura H. ad territorium Ducatus Magdeburgici pertinente, possident. Ab his præfecti H. postulaverant, ut in casibus mutatorum dominorum directorum solverent laudemiam & novas literas investituræ acciperent. Varias ea propter querelas instituerant civēs J. annis 1694. 1702. 1706. prætendentes, in casibus mutatorum dominorum directorum laudemium non receptum esse jure communi intuitu bonorum censiticorum. Rescripserat ad has querelas Illustre Regimen d. 5. Augusti 1706. Diweil aber in dergleichen casu mutationis an seiten des Lehn-Herrns doppelter Canon an statt des sonst in diesen Fall gebräuchlichen honorarii oder Schreib-Schillings in der Magdeburgischen Policey-Ordnung ausgemacht / und also das Amt assistentiam juris vor

Casus singularis circa questionem: an coloni ratione bonorum censiticorum teneantur in casu mutati Domini solvere laudemium. Litis hujus preliminaris.

sich hat/ auch von Supplicanten keine possessio contra-
ria dargethan/ so wird gedachten Bürgern hiemit an-
befohlen sich von sich selbst in die Sache zu schicken/
und mit dem Amt H. wegen des doppelten canonis sich
zu vergleichen und abzufinden. Cum vero cives J.
acquiescere nollent, sed insisterent querelis, terminus
præfigebatur ad audiendas partes. Sed interveniente
interim invasione Suecica & occasionem paribus suppe-
ditante varias dilaciones petendi, quievit processus us-
que ad annum 1710. Hoc autem anno cum novus
possessor Præfecturæ vestigiis antecessorum insistens à
civibus istis solutionem laudemii vel duplicati canonis
in tribus casibus mutatorum interim dominorum re-
peteret, his occasio dabatur pristinas querelas repe-
tendi mense Julio. Post terminum ad audiendas par-
tes institutum injungebatur civibus actoribus per sen-
tentiam mense Novembri publicatam, ut ante omnia
actionem secundum consvetas formulas instituerent.
(soltten zuserst ein förmlich Libell übergeben) simul
vero Reo injungebatur responsio ad eandem.

§. II.

*Initium litis,
instituta a-
ctione nega-
toria.*

*Quæstio inci-
dens: an in-
stituens a-
ctionem ne-
gatoriam, re-
um habeat*

Proponebant igitur Actores mense Decembri di-
cti anni 1710. actionem negatoriam fundantes se po-
tissimum in eo, quod in Comitatu M. hætenus non
fuerit in usu, ut possidentes prædia censitica solverent
laudemia in casibus mutatorum Dominorum, ac pe-
tebant pronunciari, Reo non competere jus ea his ca-
sibus exigendi. Respondebat Reus: Actores institu-
isse actionem negatoriam, hanc vero pertinere ad pe-
titorium, adeoque se ab actoribus pro possessore agno-
sci, inde ante omnia se per decretum in ista possessio-
ne

ne esse manutenendum. Falsos etiam esse actores in *pro possessore*
 actis præcedentibus, quod hætenus solverint aliquo- *juris? quam*
 ties duplicem canonem in dictis casibus, quod vero *actor negat.*
 contra exciperent, se ad eam solutionem coactos esse
 à dominis retentione schedularum, sine quibus fru- *Et annon*
 menta sua non potuissent horreis inferre (durch Vor- *probatu ulte-*
enthaltung des Getreides und der Zehend Zettul *rius actibus*
 id ab ipsis dici quidem, sed non fuisse probatum: pos- *possessoris*
 sessionem Dominorum ulterius demonstrari, quod an-
 tea fuerit adductum, jam anno 1682, actores in casu mu-
 tationis Domini duplicem canonem loco laudemii de-
 disse, idque probari posse per libellos actorum, in qui-
 bus confessio solutionis factæ deprehendatur, (durch
ihre Quittungs-Bücher) ac iterum negari falsam ex-
 ceptionem actorum, quasi scilicet etiam illo tempore
 ad solutionem à Dominis fuerint coacti, imo ne quidem
 id præsumendum esse; ulterius demonstrari possessionem
 Dominorum percipiendi canonem duplicatum
 per rescriptum Regiminis, quod paragrapho præce-
 dente jam fuit adductum, imprimis cum id fundetur
in Ordin. Polit. Magd. c. 48. §. 4. item per literas inve-
 stituræ ab anno 1682. *seqq.* & ab illis temporibus cele-
 bratas emtiones (durch der Kläger Lehn- und Kauff-
Brieffe) in quibus disertis verbis contineatur, quod
 obligati sint auf alle sowohl an seiten des Lehn-Herrn
 als des Lehn-Manns sich ereigende Todes. und Ver-
änderungs-Fälle die Lehn binnen vier Wochen mit
Errichtung der Lehn-Wahre Folge zu leisten: Unde
 intuitu hujus exceptionis petebat pronuncari: Reum
 in possessione vel quasi juris petendi laudemium, ab
 actoribus in casu mutati Domini tamdiu esse manute-
 nendum

Reus ante omnino sit in possessione manutenendus? nendum, donec actores in possessorio ordinario vel petitorio aliud deduxerint. Præmissa hac exceptione Reus eventualiter contestabatur litem: negans, quod in Comitatu M. in specie in Præfectura H. utpote de qua jam tantum sit quæstio, nunquam in observantia fuerit solutio laudemii in casu mutati Domini directi, potius pro Reo pugnare jus commune *l. 3. C. de Magd. c. 48. jure Emphyteut* & expressam constitutionem *Ord. Pol. §. 4. de jure Magdeb.* modo citatam, pro qua tanquam pro statuto *Rei diserte disponat?* juxta eandem *Ord. Pol. c. 15. §. 3.* præsumendum sit, unde petebat, pronunciandum esse, petito actorum non esse locum. Actores contra negabant reum pro possessore habendum, exceptionem possessionis esse peremptoriam, adeoque non ante sed post litem contestatam opponendam; in rebus incorporalibus dari etiam possidenti jus actionem negatoriam *Oldend. c. 3. act. 5. Carpz. L. 1. resp. 67. n. 11.* utpote quæ competat etiam contra eum, qui servitutem prætendat & usum ejus saltem attentet, licet non possideat, *Schneidevv. ad §. 2. 7. de act. n. 35.* adeo ut possessionis exceptio contra hanc actionem locum non habeat, nec relever ab onere probandi, nisi usucapio sit completa. *Schneidevv. n. 39. Oldend. & Carpz. dd. 11.* Quare nec actores esse obligatos ut respondeant ad argumenta rei pro coloranda possessione allata. Accedere, quod actus possessorii, ad quos Reus provocet, vi & metu incusso obtenti fuerint, & occasionem huic querelæ & actioni dederint. Allegationem Ordinationis Polit. Magdeburgensis ante litem contestatam à Reo intempestivé factam esse, cum potius pertineat ad probationem post litem contestatam. Accedere, quod ipsa Ordinatio in

ver-

verbis: wie gebräuchlich / non probet observantiam,
 sed præsupponat ejus ab allegante probationem, quod
 ulterius declaretur per versic. **Es hätte es denn &c.**
 His ita ab utraque parte propositis, pronunciabatur d.
 20. Junii 1711. daß Klägere mit den angesonnenen Lehn-
 Wahren gänzlich zu verschonen / es sönte und wolte
 dann Beklagter binnen 4. Wochen / wie recht erwei-
 sen / daß bey dem Ampte H. ein anders über rechts-
 verwährte Zeit beständig hergebracht / damit wäre
 er annoch zu hören / welchenfalls denn Klägern der
 Gegen-Beweis Eides Delation und andere rechtliche
 Nothdurfft billig vorbehalten wird; die Lehn-Brieffe
 aber sind Klägere anzunehmen / und dafür einen bil-
 ligen Schreib-Schilling zu entrichten verbunden. Lo-
 co rationum decidendi in margine sententiæ saltem ad-
 scripta erant allegata Struvii *J. F. c. 10. §. 13. junct. §. 16.*
 & Carpz. *P. 2. const. 39. def. 28. & 29. quorum ille, d.*
 §. 13. docuit, quod secundum communem consuetudi-
 nem regulariter non præstetur laudemium, si Domi-
 nus mutetur, sed saltem pro confectioe literarum in-
 vestituræ solvatur der Schreib-Schilling; in §. *vero*
 16. asseruit, quod consuetudinem aut possessionem ju-
 ris percipiendi laudemia Dominus allegans, specialiter
 eam probare necessum habeat; Carpzovius autem *dd.*
 h. pariter eam sententiam defendit, quod regulariter
 non sit solvendum laudemium, si mutatio fiat in per-
 sona Domini, nisi consuetudo contraria ab allegante
 probetur: Quod vero Dominus Referens non putave-
 rit, in sententia Reum simul tuendum esse in posses-
 sione; aut actores statim ad solvendum laudemium con-
 demnandos esse ob supra allegatam Ordin. Politicum
 Magd.

*Sententia
 prima pro
 actoribus.*

*Ejus ratio-
 nes.*

Magd. id verosimiliter ideo factum fuit, quod crederetur, partim actus possessorios à Reo non fuisse sufficienter probatos; partim actionem negatoriam dari etiam contra non possidentem; partim denique, quod verba Ordinat. Politicæ sint dubiæ interpretationis & adeo altioris indaginis.

§. III.

*Sententia se-
cunda pro
Reo.*

Porro cum utraque pars hanc sententiam, & quidem partem posteriorem de præstatione des Schreib-Schillings & acceptatione literarum investituræ, actores; priorem vero de injuncta probatione præstandi ab actoribus laudemii in casu mutati Domini, Reus per remedium leutationis à viribus rei judicatæ suspenderit, intuitu quidem actorum mensè Febr. 1712. confirmata fuit prior sententia, & injuncta actoribus responsio ad Leutationem Rei à Jctis H. idemque post Ober-Leutationem Actorum pronunciatum fuit à Jctis W. mensè Augusto ejusdem anni. Sed quod Leutationem Rei attinet, correctæ fuit prior sententia à Jctis E. mensè Febr. 1714. Aus denen ergangenen sämtlichen Acten so viel zu befinden: daß Klägere und Leuteraten / ihres gethanen Einwendens ungeachtet / statt der geforderten Lehn-Wahre in casu successions den in der Magdeb. Policey-Ordnung constituirten duplicatum canonem zu entrichten / und die Lehn-Brieffe in solcher Form gegen Erlegung ermeldeten canonis und 9. Gr. Schreibe-Gebühren auszulösen schuldig: Sie könnten und wolten denn / daß sie hiebvor von ihren H. Zins-Gütern entweder gar nichts oder doch wenigens gegeben / gebührend erweisen / oder auch Beklagter ein höheres Laudemium, entweder

weder dasjenige / welches in denen Lehn-Brieffen enthalten / oder sonst in den Amt H. beständig hergebracht / wieder die Klägere ausführen / damit würden sie beyderseits ein oder andernfalls annoch billig gehöret &c. Etsi vero collatio hujus sententiæ cum *d. c. Ejus rationes.* 48. §. 4. *Ordin. Polit. Magdeb.* ostendat, sententiam hanc potissimum in *d. §. 4.* fuisse fundatam, ostendent tamen sequentes rationes decidendi, & alias causas fuisse, cur Jcti E. ita pronunciaverint. Ob wohl bekandten Rechten nach in casu successionis keine Lehn-Wahren entrichtet werden / sondern præsumtio libertatis vielmehr vor die Kläger militiret / darneben Kläger / daß in dasiger Grafftschafft sothane Lehn-Wahren disfalls nicht gebräuchlich / beständig vorgeben. D. a. u. d. 1. Klägere selbst gestehen / daß sie derer Inhaber des Amts H. Erbzing-Leute seyn / und 2.) jederzeit bey Veränderung des Emphyteutæ der Lehn mit Entrichtung der Lehn-Wahren Folge geleistet / und noch igo dem Herrn Beklagten leisten; demselben auch 3.) in denen darüber erhaltenen Lehn-Brieffen vor ihren Lehn-Herrn erkennen / und in allen und jeden Lehn-Brieffen durchgehends von vielen Jahren her diese Formalia unverrückt zubefinden:

Daß Sie / die Lehn-Leute auf alle / sowohl an seiten des Lehn-Herrns / als Lehnmanns sich ereigenden Todes- oder andere Veränderungs Fälle der Lehn / und zwar der Erb- und Theil-Lehn mit 14. Gr. von jeden Acker schuldige Folge leisten sollen.

Womit auch 4.) die Lehn und Erbzing-Bücher von anno 1682. übereinstimmen. Da nun auch 5.) der Herr

B

Herr

Herr G. von F. gleich seinem Herrn Vater das Amt H. als Eigenthums Herr cum pacto retrovenditionis inne hat und besizet / immassen S. R. M. in Pr. als Lehn und Landes Herr gedachten Herrn G. Herrn Vaters ermeltes Amt Anno 1699. mit allen Rechten / nicht nur die Herr O. von P. darinnen gehabt / sondern auch wie es die Herrn G. von M. und deren vorige und folgende Besizer / besessen / genuzet und gebraucht / verkauft hat / und dann 6.) bereits von 60. Jahren in Sachen des Amtes H. und Melchior H. Erben die Amts-Bücher pro fundamento gesetzt / und diese Frage: Ob in causa mutati Domini Emphyteuseos Lehn-Wahren / und wie viel zu zahlen / in contradictorio durch alle Instantien anno 1668. seqq. rechtlich ausgemacht:

Das auf Veränderung des Amtes H. Inhabern als Lehns-Herrn / die Lehn-Wahre / und zwar von jeden Acker 14. Gr. zu entrichten.

Über diß auch 7.) die Magdeb. Policy Ordnung c. 48. §. 4. ausdrücklich constituiret; daß auf dem Fall / wenn der Lehns-Herr verstirbt oder sonst verändert wird / Canon duplicatus statt derer Lehn-Wahren gezahlet werden solle / es wäre dann ein mehrers oder wenigers hergebracht: Deme zu folge 8.) die L. Regierung zu Halle beyde Theile auf beyderseits erstatteten Bericht / gleichförmig dahin verabschiedet / worzu 9.) kommt die in Ducatu Magdeburgensi schon an. 1651. publicirte Ordnung erlassener Lehn- und Zins-Gefälle §. 1. Kraft deren wegen des 30. Jährigen Krieges die Lehn-Wahren bis auf das 1647. Jahr dergestalt moderiret / daß seit des Krieges an seiten des Lehn-Herrn
nur

nur einfache Lehn-Wahre gefordert / und alle andere Gefälle / so sich an seiten des Lehn-Herrn begeben / remittiret werden sollen. Woraus denn 10.) wie auch aus denen beygelegten Attestatis, und der in H. actis befindlichen eydlichen Zeugen Deposition dißfalls die communis observantia totius Ducatus Magdeburgensis eiusque partis der Graffschafft M. und insonderheit des darinn gelegenen Amts H. überflüßig erscheinet: Damit auch 11.) Klägere über Ubereilung in hac materia exorbitante sich nicht beschweren mögen / ist ihnen zum Überfluß die gerühmte Libertæt, dem Herrn Beklagten aber exactionem höhern Laudemii annoch auszuführen nachgelassen; Da auch 12.) Herr Beklagter den Mittel-Tax derer in der Magdeburgischen Ordnung zum höchsten gesetzten 18. Gr. Schreibe-Gebühren anzunehmen / sich erkläret / sind selbige auff 9. Gr. billig moderiret / und weiln Klägere das Decretum à quo vor sich haben / mithin temeritas litigandi cessiret; so ist &c. nach Inhalt des Urtheils billig erkandt.

§. IV.

*Sententia
tertia iterum
pro Reo.*

Adversus hanc sententiam, quamvis Actores iterum remedio Leuterationis usi fuerint, confirmarunt tamen eandem mense Novembri 1714. Jcti F. rursum compensatis expensis. Quorum rationes decidendi, si convenirent cum rationibus modo adductis, non apponerem, ne tædium lectori parerem. Sed cum eadem tantum non plane novæ essent, & quæstionem hæctenus nondum ventilatam, cui in actione negatoria incumbat onus probandi, in medium producerent, iucundum pariter & utile fore duxi, si & exhibeantur.

*Sed ex novis
decidendi
rationibus,
quæstionem
cui in actio-
ne negatoria
incumbat o-
nus probandi
expendenti-
bus.*

B 2

Ob

Obſchon Kläger darauff beſtanden / daß ſie actionem negatoriam angeſtellet / und dieſer Action Eigenschaft ſey / daß die Klägere ob præſumptionem legalem libertatis naturalis zum Beweis nicht gehalten / darinnen auch auf die Poſſeſſion nicht geſehen würde / ſondern dem Beklagten des angegebenen Beſizes ungeachtet den Beweis zu führen obliege ; Solches auch bereits von der K. Regierung durch einen Spruch von 20. Junii 1711. erkennen / nicht weniger auch in einer andern Sache am 27. Febr. 1712. dahin geſprochen : Und als in dem Chriſtianiſchen Concurs-Acten die Lehn-Wahre bey Veränderung des Erbziſs-Herrn ange-rechnet wurde / durch die darauff eingeholte Sentenz dieſe Poſt aberkandt / und nicht paſſiret worden : Wie dann auch ferner Beſchwerung verführet wird / weil der Punct des Schreib-Schillings vorhin ausgeſetzt / und in dem letzten Urtheil doch darüber / hingegen nicht über des Herrn Beklagten Leuterung erkennen / die Sentenz libello nicht conform ſey / mutato Domino nichts neues concediret werde / dem Herrn Beklagten vorbehalten eine gröſſere Lehn-Wahre zu beweifen / und ſie dieſelbe zu bezahlen gezwungen wären &c. Alldieweil aber / ob ſchon die Rechts-Lehrer über dieſe Frage überaus ſtreitig ſind / und an beyden Seiten die Anzahl derer / die die eine und andere Meinung vertreten / faſt gleich zu ſeyn ſcheinet / Wir dennoch beſtändig dafür halten / daß auch in negatoria actione, wann der Beklagte in quaſi poſſeſſione ſervitutis ſich befindet / demſelben nicht / ſondern dem Kläger probatio libertatis obliege ; ſolches auch dermaßen klar und gründlich in Rechten entſchieden ſey / daß da-wider

*Rationes
quod tum
Reus non
probet, ſi ſit
in poſſeſſione
ſervitutis.*

wider kein Zweifel übrig bleibe; Sondern da die wie-
 drige Meinung auff eine bloße præsumtion pro liber-
 tate sich steuret / solches an sich ein sehr unbeständiger
 Grund ist / indem præsumtio per præsumtionem con-
 trariam leichtlich abgetrieben wird / dißfalls aber con-
 tra possessorem gänzlich hinfällt; Ungesehen ebendar-
 inn der eigentliche effectus & comodum possessionis be-
 stehet / ut possessor immunis sit ab onere probandi §. 4.
vers. commodum de Interd. l. f. C. de R. V. l. 15. in fin. de
op. nov. nunc. Carpz. l. 1. Resp. 67. n. 5. seq. & ibi alleg.
 so gar / daß in Rechten vor unmöglich gehalten wird /
 eine Sache in actione reali der Gebühr nach zu ent-
 scheiden / wann nicht zuorderst / wer der Possessor sey /
 und daraus sodann / quis petitoris, i. e. probandi onus
 sustinere debeat, erscheinet, mit dem Anhang / quod
 & civilis & naturalis ratio id flagitet d. §. 4. *ibi: quia*
& civilis & naturalis ratio id facit &c. l. 62. ff. de judic.
l. 1. §. 3. uti possid. l. 13. C. de R. V. arg. d. l. 15. in fin. &c.
 Solches auch / um alles Bedencken zu benehmen / selbst
 in servitutibus also unhintertreiblich decidiret ist in l. 8.
 §. 3. *si servitus vind.* folgenden Inhalts: *Si quaritur*
quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum
est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint,
 (adeoque servitus quasi possideatur:) *eum, qui servitu-*
tem sibi deberi ait: si vero non sint immissa, (& sic liber-
tas quasi possideatur) eum qui negat. Nicht weniger
 ex l. 3. §. 13. *vers. nec immerito; ibi, non debet de jure suo*
docere ff. de itin. aet. priv. Und dieses so gar auch in
 denen Personen und Menschen selbst unstreitig also
 Rechts ist / daß ob schon noch vielmehr wahr ist /
 quod homines sint natura liberi & tales præsumantur,

Dennoch contra eum, qui quasi in possessione servitutis est, libertas probirt werden muß. *l. 20. C. de probat. l. 14. ff. eod. tit. l. 7. §. fin. de liberal. caus. l. 4. in fin. C. si servus exportand. veniat.* welches denn nicht nur viele sehr in usu forensi bewährte Icti behaupten Anton. Fab. *C. lib. 3. tit. 24. def. 8. n. 6. seqq.* Mev. *P. 8. dec. 292.* Gvido Papa. *dec. Gratian. qu. 28. n. 3.* Franzk. *ad ff. si usus. petat. n. 7.* & plurimi alii: sondern auch die tägliche Praxis bekandt ist/ daß ein Possellor perpetua formula so lange bey seiner Possession geschützt wird/ bis das Gegentheil ein anders in petitorio ausgemacht. Hierwieder auch nichts aus denen Rechten aufgebracht werden kan/ massen hieher der Fall nicht gehört/ wann ein klagender Sohn seine Intention, daß das Guth seines Vaters Eigenthum gewesen sey/ völlig erwiesen/ oder solches ihm zugestanden wird/ seine Brüder aber die solches im Besitz haben/ excipiren/ daß der Vater es ihnen geschenkt habe/ massen diese solche ihre exceptionem factæ donationis darum beweisen müssen/ quia in exceptione donationis illi pro actoribus habentur *l. 16. C. de probat. arg. l. 2. ff. eod. tit.* Dem auch weder der von der Königl. Regierung am 20. Junii 1711. ergangene Spruch zuwieder ist/ welcher auf das angestellte petitorium actionis negatorix gerichtet ist/ worinnen die Regel ihre Richtigkeit hat/ nachgehends aber/ da Herr Beklagter seine quasi possession zur Genüge beygebracht/ darauff gesehen werden müssen: noch der in einer andern Sache am 27. Febr. 1712. gegebene Bescheid; worinnen ausdrücklich die Ursache beygefüget wird: weil Beklagter die quasi possession nicht beygebracht; noch was

Responsio ad rationes dissentientium.

14

was aus dem Christianischen Concurs angeführet werden will/ weil aus der Liquidation fol. 23. eben wenig die quasi possessio erschienen / und allenfals res inter alios acta & judicata andern kein Nachtheil bringet; nec enim res judicata jus inter alios facit rubr. *S. t. t. C. int. al. act. & judic. al. non noc.* Das übrige alles nicht weniger ganz unerheblich scheinet / weil der Punct von dem Schreib-Schilling bis Austrag der Hauptsache fol. 139. ausgefetzt / dieselbe aber für den Herrn Beklagten entschieden ist / mithin dieses Leuterungs-Gravamen von selbst wegfällt; sich auch keine substantialis difformitas libelli & sententiæ ereignet/ noch daraus entstehet; wenn schon überdem / was aus dem Libello weiter erfolget oder quod juris est, etwas officio judicis suppliret wird: zumahlen auch einen Erbzinß-Herrn in der Pollicey-Ordnung selbst erlaubt ist / eine grössere Lehn-Wahre zu beweisen / und also Klägere hiedurch nicht graviret sind / noch etwas erhebt / daß mutato Domino nichts neues concediret wird / weil solches auch mutato Emphyteura sich also verhält / indem hier nicht de nova juris concessione, sondern de renovatione & confirmatione veteris gehandelt wird; worinn beyde Fälle überein kommen. Daß aber Herr Beklagter auch in casu mutati Domini im Besitz der Lehn-Wahre sey / übrigens nicht nur ex actis erhellet / sondern auch von ihnen nicht gezeugnet hingegen gestanden wird / daß sie / um die Früchte / welche nicht eher losgelassen werden wollen / zu conserviren / die Lehn-Wahre entrichtet / und die Brieffe ausgelöset hätten; Solgends vergeblich anführen / daß sie dazu genöthiget wären / und dawider protestiret hätten

hätten; weil sie damit dennoch continuiet / und sonsten über Zwang klagen können; auch die actus geminati & toties repetiti patientiam in actis genugsam bezeugen: mithin auch vergeblich / daß die Zins-Bücher ihnen nicht communiciret worden / fürgewendet / und durch solche überflüssige Kleinigkeit der Proceß nicht verzögert werden soll; Als ist das vorige Urtheil billig confirmiret / die Gerichts-Kosten aber / weil der Haupt-Punct sehr unter denen Rechts-Lehren gestritten wird / gegen einander auffgehoben worden.

§. V.

(Alius casus
affinis ubi ex
utraque hypo-
thesi ques-
tionis modo
memoratae
pronuncia-
tum fuit)

Antequam ulterius pergam, pauca adhuc dicenda sunt de sententia alia in causa simili, ad quam vocarunt Jcti F. in rationibus decidendi modo relatis. Nimirum incolæ monasterii M. conquesti erant mense Martio 1711. quod Consiliarii M. J. post mortem Comitis laudemia ab ipsis postularent, cum tamen actores in possessione libertatis essent. Pronunciatum fuit 27. Febr. 1712. daß diese Sache gestalten Sachen nach hieher gehdrig / und da Klägere actionem negatoriam angetellet / **Beklagter aber die vorgeschützte quasi possession nicht beygebracht / als sind die Klägere mit denen angefonnenen Lehn-Wahren zu verschonen; es könte und wolte denn Beklagter wie Recht erweisen / daß sie dazu berechtiget / derer Klägere Gegen-Beweis Eides Delation und andere Rechtliche Nothdurfft vorbehaltlich &c. Vides hic tacite asseri per argumentum à contrario sensu, quod in actione negatoria reus non probet, si sit in quasi possessione. Etli vero Reis adversus hanc sententiam remedio Leu-
tera-**

terationis utentibus dicta sententia à Jctis W. fuerit
 confirmata, confirmatio tamen illa oppositam plane
 priori hypothefin de quæstione, an reus quasi posses-
 sor in actione negatoria probare debeat, fundamenti
 loco posuit, ut docent rationes decidendi sequentes;
 Ob wohl Befl. pro gravamine angeführet / daß diese
 Sache zu der M. Regierung gehöre / und ihnen das
 beneficium primæ instantiæ nicht entzogen werden
 möge; hiernächst der Beweis nicht ihnen / sondern
 denen Klägern aufferlegt werden sollen / in Erwegung/
 daß diese eo ipso, da sie actionem negatoriam angestel-
 let / ihnen die Possession der Servitut eingeräumet / un-
 terschiedener Rechts- Lehrer Meinung nach aber das
 onus probandi auch in actione negatoria dem Kläger ob-
 liege/wann der Beflagte sich in der Possession der Servi-
 tut befände. *arg. l. 8. §. 3. si servit. vind. l. 14. ff. de probat.*
Lyncker. Cent. 1. Dec. 16. Mev. p. 8. dec. 292. D. a. d. die
 gegenwärtige Sache die Gr. M. Regierung selbst an-
 betrifft / und also vor Ihnen nicht füglich erörtert
 werden mag; Hiernächst dieselben die angegebene
 Possess die libellirte Lehn-Wahre zu fordern / gebüh-
 rend nicht beygebracht; als welche daher / daß Kläge-
 re so gleich das petitorium angestellet / keinesweges
 zu inferiren; hierüber / wenn auch diese Possess schon
 genugsam bescheiniget wäre / selbige dennoch die Be-
 flagte von dem Onere / ihr Befugniß zu erweisen / nicht
 befreyen könnte / inmassen auch derjenige / so sich in der
 Possess einer Servitut befindet / in dem Fall / da von Ge-
 gentheil die actio negatoria angestellet wird / sein jus
 servitutis ebenmäßsig zu erweisen verbunden ist. *Carpz.*
l. 1. resß. 67. Richt. dec. 98. n. 63. und die præsumtio li-
C
ber-

bertatis auch in diesem Fall den Kläger ab onere probandi liberiret; So ist wie im Urtheil enthalten von uns billig erkannt worden.

§. VI.

Sententia quarta ite- rum pro Reo, sed abstra- hendo à qua- stione dicta, fundans se in d. c. 48. §. 4. 2. Ord. Polit. Magd. simul ejus genui- num sensum vindicans.

Jam ad casum ab initio propositum redeo. Con- tra sententiam §. 4. relatam Actores usi sunt remedio Overleuterationis, & loco gravaminum potissimum allegarunt: 1.) doctrinam illam, quod reus, si possideat, liberetur ab onere probandi in actione negatoria, neque in jure fundatam esse, neque in praxi receptam. 2.) male eam applicari ad casum præsentem, cum possessio per facta illicita & attentata acquiri non possit; coactos fuisse actores solvere laudemium ob denegationem dedisse occasionem actioni. 3.) Quod vero attentata hæc purgare voluerit Reus per documenta nondum recognita, id præposterè factum esse, pertinere enim hæc omnia ad probationem ordinariam & reprobationem 4.) Male huc applicari Ordin. Polit. Magdeb. ob rationes jam supra §. 2. relatas. Petierunt igitur confirmari sententiam primam ibidem adductam. Contra Reus excepit (omittendo rationes sententiæ ultimæ, quod reus in actione negatoria non probare teneatur servitutem, si in possessione ejus sit) confir- mari per eam sententiam Jctorum E. ab his vero rationibus satis prægnantibus jus Rei, potissimum per verba expressa Ordin. Polit. Magdeb. fuisse deductum. Coactionem ab actoribus allegatam non præsumi, in- primis, cum tandiu continuaverint, ut latius à Jctis E. & F. (supra §. 3. & 4.) fuerit ostensum, Transmis- sis

sis actis ad JCos H. confirmata fuit iterum sententia
 tertia, sed compensatis expensis, ex rationibus sequen-
 tibus: Ob wohl Klägere in ihrer Oberleuterung
 hauptsächlich anführen/ daß eines theils das Funda-
 ment des vorigen Leuterungs Urtheils/ als wann in
 actione negatoria die actores beweisen müssen/ wann
 reus in quasi possessione servitutis wäre/ nicht gegrün-
 det sey/ indem viele berühmte JCTi, (in quorum nu-
 mero actores insuper allegaverant Hornium *Conf. fol.*
342. seq. & Bergerum in Resol. ad Lauterb. tit. si servit.
vindic. p. 153. & in discept. forens. tit. 20. p. 643.) andern
 theils aber diese hypothesis auch auf gegenwärtigen
 Fall nicht appliciret werden können/ indem die actus
 possessorii, worauff der Herr Beklagte sich gründet/
 pro illicitis, turbativis & attentatis zu halten wären/
 massen derselbe durch Vorenthaltung der Getreid-
 und Zehend-Zettel sie darzu gezwungen/ und dan-
 nenhero es scheinen möchte/ daß der Herr Beklagte
 annoch nach Anleitung des Vol. I. fol. 240. befindlichen
 Bescheids beweisen müsse/ daß seine Forderung der
 Lehn-Wahre bey Veränderung des Domini directi im
 Amte H. hergebracht sey/ inmassen denn die Magdebur-
 gische Policey Ordnung tit. 48. §. 4. Ihm nicht zu stat-
 ten kommen möchten/ indem daselbst die Worte:
 wie gebräuchlich zugleich enthalten/ und selbige die
 ganze Disposition des besagten Paragraphi dahin re-
 stringirten/ wann nemlich dieselbe des Orts herge-
 bracht und gebräuchlich sey/ welchen Gebrauch dan-
 nenhero von Herrn Beklagten durch besagte Policey-
 Ordnung nicht erwiesen werden konte. D. a. d. es in
 gegenwärtigen Fall auff die Frage/ so unter denen

Jctis gestritten wird: ob in actione negatoria, si reus possideat, das fundament derselben von dem Actore bewiesen werden müsse oder nicht/ gar nicht hauptsächlich ankommt; und solchergestalt die pro und contra angeführte rationes mehr auff die Catheder als hieher gehören; auch gleicherweise vergebens gestritten wird: ob der Herr Beklagte in iusta & non vitiosa possessione die Lehn-Wahre in casu quæstionis zu fordern sich befinde / oder ob die vorgegebene actus possessorii pro vitiosis & turbativis gehalten werden müssen. Wiewohl auch dißfalls dasjenige / was die Klägere de vi & metu angeben/ à Jctis F. in denen rationibus decidendi circa finem genugsam wiederleget worden; Sondern hauptsächlich davon jeko die Frage ist: Ob Herr Beklagter seine Befugniß nicht allbereit genugsam erwiesen habe / sondern der Beweis erst secundum modum probationis ordinariæ ausgeführt werden müsse; und dann das erstere / daß es keinen ferneren Beweis gebrauche / daraus erhellet/ daß da Klägere ihre Negatorien-Klage auf das jus commune gegründet / auch der *Vol. 1. fol. 240.* gegebene Bescheid gleichfalls dahin sein Absehen gerichtet/ indem loco rationum decidendi Struvii *jus feudale c. 10. §. 13. & 16.* & Carpzovius *P. 2. C. 39. def. 28. & 29.* ad marginem allegiret sind; Herr Beklagter aber exceptionem à jure Communi durch die von ihm allegirte *Magdeb. Policcy-Ordnung c. 48. §. 4.* sattfam erwiesen; auch die Jcti E. nach diesen *§. 4. die V. 2. fol. 162.* befindliche sententiam reformatoriam eingerichtet/ und demnach in deren rationibus decidendi in diesem Punct n. 7. die haupt-raison zu suchen ist / und die übrigen / wie wohl

wohl mit großem Fleiß aus diesen und andern actis colligirte rationes nur pro illustrantibus & declarantibus anzusehen sind; dasjenige aber / was Kläger wider diesen klaren text der Magdeb. Policeny Ordnung anführen wollen / allen regulis sanæ interpretationis zuwider ist / indem der ganze Context, sowohl in den §. 4. selbst / als in præcedente §. 3. zeigt / daß die Worte: wie gebräuchlich / keinen andern Sensus haben können / als daß dieses / was der §. 4. daselbst setzt / im Herzogthum Magdeburg gebräuchlich sey; der von Klägern affingirte sensus aber / als wann diese Worte so viel sagen wolten: wann solches gebräuchlich sey / theils mit dem idiotismo linguæ Germanicæ streitet / theils insonderheit den Verstand des §. 4. perplex, wo nicht ridicul machen würde / zu geschweigen / der pro hoc vero sensu wohlgegründeten rationum illustrantium in denen E. rationibus decidendi n. 8. & 9. bey dieser Bewandniß aber / und da Herr Beklagter einen deutlichen legem provincialem für sich hat / es keines ordentlich geführten Beweises bedarff / sondern ein jeder Iudex schuldig ist secundum leges provinciales zu sprechen / etiamsi à jure communi abeant, und nach dieser Regul in besagter Magdeb. Policeny Ordnung c. 15. §. 3. heilsamlich verordnet worden / daß wer sich in einen statuto (der Städte) gründe / damit zu hören sey / und daß demjenigen / welcher vorgäbe / daß solches niemahls zur Observanz kommen / oder durch wiederigen Gebrauch auffgehoben sey / obliege solches gebühlich zu erweisen / in dessen Verbleibung aber / würde pro statuto billig gesprochen / welches alles intuitu legum provincialium selbst noch vielmehr

zubeobachten; Als ist von uns obstehendermassen/
jedoch mit Uebergehung der Condemnation in die Un-
kosten / weil Klägere den ersten Bescheid für sich ge-
habt / erkandt worden.

§. VII.

*Ex quatuor
questionibus
in recensito
hactenus ca-
su ventilatis
eliguntur
questio ter-
tia & preci-
pue quarta.*

Vides in casu hactenus recensito quatuor quæstio-
nes potissimum fuisse ventilatas. 1.) An coloni præ-
diorum censiticorum debeant regulariter laudemium
præstare in casu mutati domini, vel etiam ubi colonus
jure successionis prædium acquisiverit? (vide senten-
tiam & ration. decidendi §. 3. adductas.) Quæ quæstio
ab omnibus fuit negata 2.) Quænam sit justa expositio
Ordinat. Polit. Magdeb. d. c. 48. §. 4. an ea, quod in Du-
catu Magdeburgico in casu mutati domini loco laudem-
mii coloni debeant præstare duplicatum canonem; an
ea, quod dicta ordinatio nihil hac de re definiat, sed
assertionem sub conditione, si hic modus in usu sit, su-
spendat? Prius affirmarunt illustre Regimen *in* §. 1.
JCTi E. *in* §. 3. & JCTi H. *in* §. 6. Posterius actores *in* d.
§. 2. & 6. 3.) Utrum actio negatoria detur solum non
possidenti libertatem, adversus possessorem, an vero
etiam possessor libertatis eam instituere possit, ita ut in-
stituta hac actione reus non possit prætere, quod
tacite fateatur actor, reum esse in possessione servitu-
tis. Prius affirmavit Reus *in* §. 2. Posterius JCTi W.
in §. 5. 4.) Utrum actione negatoria institutâ Reus,
etiamsi in possessione servitutis sit, teneatur probare
servitutum sibi competere; an vero tum saltem reo
hoc onus probandi incumbat, si servitutum non pos-
sideat. Prius affirmarunt JCTi W. d. §. 5. Posterius
JCTi

JCti F. in §. 4. De prima quæstione non videtur esse dubium. Quod secundam attinet, satis videtur esse probatum à JCtis H. §. 6. interpretationem Ordinat. Politicæ Magdeburg. de sensu ejus conditionali regulis bonæ interpretationis adversari. Circa quæstionem tertiam, etsi communis Dd. schola eò inclinēt, quod actio negatoria etiam detur ei, qui jus libertatis possidet, & pro ea pugnare videantur textus expressi in jure Justiniano, non desunt tamen rationes in sententiam contrariam inclinantes & responsiones ad istos textus. Quartam quæstionem quod concernit, etsi communis interpretum antiquorum sententia eò inclinēt, in actione negatoria reum etiam tum jus servitutis probare debere, si vel maxime in possessione servitutis sit, ex novioribus tamen multi JCti celebres eam assertionem negant, statuentes actorem in negatoria non obstrictum quidem esse probare fundamentum actionis suæ, id est libertatem prædii, si reus jus servitutis non possideat, obstrictum tamen esse ad probationem libertatis, si reus sit in quasi possessione servitutis. Et cum adeo JCti F. §. 4. eò incubuerint, ut sententiam hanc posteriori probarent; mihi vero, salva reverentia dominis dissentientibus debita, arrideat opinio prior, operam dabo, ut eam in præsentī dissertatione inaugurali distinctius proponam, ac quæ circa quæstionem tertiam dubia in utramque partem occurrunt, in loco conveniente simul expendam.

§. IIX.

Dum igitur quæritur: Cui in actione negatoria incumbat probatio? ut distinctè & perspicuè hæc quæ- *Methodus*
dicendorum,
 stio

ctio resolvatur, id commodè fieri posse videtur, si prius exposuero quid sit actio negatoria & an ea etiam detur possessori libertatis? Tum ostendam Doctores unanimiter convenire in assertione generali, quod in actione negatoria actor non teneatur probare libertatem prædii, & quænam sint hujus assertionis rationes. Porro probabo eam assertionem etiam extendendam esse ad casum si reus sit in quasi possessione servitutis. Denique respondebo ad rationes dissentientium.

§. IX.

Negatoria actio datur ei qui negat alteri competere servitutem vel jus simile in re sua.

De servitutibus (ait Ulpianus *l. 2. pr. si servit. vindic.*) *in rem actiones competunt nobis, tam confessoria, quam negatoria; confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat.* Ne tamen quis putet, confessoriam dari non domino prædii, statim addit *in §. 1. eod.* quod actio confessoria nulli alii quam Domino fundi competat, cui asserat eam servitutem deberi; quod verum est intuitu actionis confessoria, quæ de servitute prædiorum agit, ut de qua hic se loqui disertè dixerat Jctus *in d. princ.* Nam actiones confessoria, quæ de servitutibus personalibus dantur, v. g. de usufructu, eo ipso, quo prædiis non inhærent, etiam intuitu actionis non præsupponunt dominium *l. 5. pr. & §. 1. usufr. petatur*, ubi & alia specialia etiam intuitu actionis negatoria traduntur. Cæterum cum Ulpianus doceat, negatoriam actionem competere ei, qui negat alteri servitutem competere, & vero servitutes aliæ sint affirmativæ, ut pleræque, aliæ negativæ, ut servitus altius non tollendi, inde sua sponte sequitur in actione negatoria non adspicienda esse

esse verba sed rem ipsam. Qui enim intuitu servitutis altius non tollendi actione confessoria utitur, fundamentum actionis suæ in eo ponit, quod neget, reo competere jus altius tollendi ob servitutum, ne altius tollat, ædibus ejus impositam: contra qui actione negatoria hic utitur, fundat se in eo, quod asserat vi libertatis naturalis competere sibi jus altius tollendi, & neget simul reum habere servitutum, vi cujus ipsi prohibere possit, ne altius tollat. Et ita diferte Ulpianus *l. 4. §. 7. si servitus vindicetur* dicit, dominum in actione negatoria intendere, habere se jus altius tollendi: atque adeo constat, Fulgosium dictam *l. 4. §. 7. de actione confessoria* intelligentem, graviter errasse, vt mirer Dion Gorofredum in notis *ad d. l. 4. §. 7. lit. a.* hunc Fulgosii errorem absque nota simpliciter retulisse. Confer Cujacium *Tract. 9. ad Africam. ad l. 15. de oper. nov. nunciat. p. m. 603.* Huber. *in prælect. ad Tit. 7. de action. §. 6. circa finem p. m. 363.* Occasio erroris fuit error Justiniani in *§. 2. 7. de action.* ubi inter exempla actionem confessoriarum refert, si quis agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, & negatariorum, quas ipse negativas appellat, si quis intendat jus non esse adversario altius tollendi. Scio quidem Dd. varias responsiones excogitasse, quibus Justinianum ab errore liberent. Vide Huberum *d. l. Wisfenbach. ad tit. ff. si servit. vindic. tb. 21.* Sed scio etiam, frequenter Justinianum in Institutionibus à primis doctrinæ principis aberrasse, cur ergo & hic non fateamur, eum ex incogitantia hic, quantum ad exemplum servitutis altius non tollendi spectat, intentionem actionis negatoriae & confessoriae confudisse, uti ex incogitantia in

D

§. 2.

§. 2. de usufr. inter exempla quasi usufructus retulit vestimenta, contra prima juris principia, relata in l. 15. §. 4. ff. de usufruct. l. 9. §. 3. usufr. quemadm. caveat. Cum vero de jure Romano servitutes consisterent saltem in patiendo & non faciendo, præterea vero dentur alia jura in prædiis alienis, quæ factum domini prædii alieni vel aliorum etiam hominum ibi degentium præsupponant, inde ad ea jura etiam applicantur à Doctoribus actiones confessoria & negatoria, quarum exempla plus quam ducenta ex solo jure Ecclesiastico tradit Swendendorff, in tract. de actionum forensium expositione speciali sectione secunda, & eò etiam pertinet casus actionis negatoria ab initio hujus dissertationis propositus.

§. X.

*Differentia
actionum ex
dominio rerum
corporalium & que
dantur de
servitutibus.*

Videamus jam, an & quænam sit differentia inter actiones ex dominio rerum corporalium & de servitutibus competentium. Rei vindicatio datur non possessori adversus possessorem, & est, si ita loqui liceat, semper confessoria, qua confitetur actor sibi dominium in rem à Reo possessam competere. Quod si ipse dominus possideat rem, non opus habet rei vindicatione, aut negatoria aliquâ, qua neget, eum, qui ipsum in usu rei turbet, esse dominum, sed tuetur possessionem adversus turbantem remediis possessoriis. Si non possideat, neque tum adversus possidentem instituere potest actionem negatoriam, ut dicat reum non esse dominum rei possessæ; etsi enim hoc verum esset, aut probatum ab actore, nihil tamen proderit agenti, si non ipse probet dominium sibi competens. Neque enim sequitur: Reus non est dominus, ergo actor est pro

pro domino habendus. Quare ex natura rerum sua sponte profluit, ratione domini non dari actionem negatoriam, etiam si Justinianus id nunquam observasset in §. *æque 2. J. de action.* Interim differentia illa non est res magni momenti, si non addatur alia specialis observatio, videlicet illa, in quo igitur convenient actiones de servitutibus cum actione de dominio rerum corporalium, & in quo differant, aut potius in quo sita sit illa ratio, quod domino rei corporalis non detur actio negatoria, occasione vero servitutis detur. Ex quo apparebit, illam differentiam non tam in eo sitam esse, quod rei vindicatio præsupponat res corporalis, servitutes vero sint res incorporalis: sed potius, quod actio negatoria non fundetur in jure servitutis sed in jure libertatis, adeoque hoc ipso negatoria non solum differat à rei vindicatione, sed etiam ad actione quæ ex jure servitutis seu rei incorporalis competit, id est ab ipse confessoria. Age videamus.

§. XI.

Actio confessoria à rei vindicatione differt quidem ratione objecti & fundamenti, quod rei vindicatio fundetur in dominio rei corporalis; confessoria vero in dominio servitutis seu alterius similis juris in re aliena. In reliquis conveniunt. Nam actio confessoria datur ei, qui non possidet servitutis vel similis juris in re aliena exercitium, adversus possidentem exercitium libertatis rei suæ, ad hoc, ut declaretur quasi dominus servitutis vel juris similis, & ut reus caveat, quod ipsum in posterum in exercitio servitutis vel similis juris nolit turbare, pariter ut in rei vindicatione actor

Convenientia actionis confessorie cum rei vindicatione.

petit se declarari dominum & reo in jungi restitutionem rei. Utrobique actore non probante dominium vel servitutem aut jus simile reus absolvitur. Porro, si quis sit in quasi possessione exercitii servitutis vel juris similis & alter ipsum in sua quasi possessione turbet, hic interum, ut dominus intuitu rei vindicationis, non opus habet actione confessoria ut probet jus servitutis vel similis juris sibi competere; & per consequens nec actione, qua neget alteri competere jus vel libertatis vel servitutis, sed solum uti in omnibus remediis possessorii inter utramque partem ventilatur, uter sit in possessione exercitii vel servitutis vel libertatis; & adeo si actor probet se esse in exercitio servitutis pro eo est pronunciandum; si non probet, reus in possessione tuendus erit. Denique, si quis non sit in quasi possessione servitutis vel juris similis, neque tum ipsi actione negatoria succurritur. Sive enim hac actione intenderet negare, reo non competere jus libertatis, in effectu tamen id idem esset, ac si ipsam actionem confessoriam instituisset, cum libertas præsumatur; (Et si etiam probaret, rei prædium alii debere servitutem, non tamen obtineret, si non probaret se servitutem in prædio illo habere;) siye intenderet negare, quod reo competat servitus in re vel sua vel actoris, iterum illa actio utroque casu esset impertinens & à statu controversiæ aberrans. Neque enim ulli res propria servit; neque in quæstione est, an reus habeat jus servitutis in re actoris, sed an actor habeat jus servitutis in fundo rei; & quemadmodum intuitu domini nulla est consequentia; reus non est dominus harum ædium, ergo eæ sunt actoris. Ita & in servitute nulla est consequentia; reus non

non

non habet servitutem in prædio actoris, ergo actor habet servitutem in prædio rei, aut regi fundus non est liber à servitute intuitu tertii, ergo non est liber a servitute intuitu actoris. Uno verbo, intuitu actionis confessoriae, nulla est differentia inter controversias rerum corporalium & incorporalium.

§. XII.

Jam videamus annon eadem sit convenientia inter actionem negatoriam & rei vindicationem, aut si quæ sit inter eas differentia, eadem differentia simul sit inter actionem negatoriam & confessoriam, adeoque causa differentiae non sit quærenda in differentia rerum corporalium ad incorporalibus, sed in alio fundamento. Negatoria actio datur haud dubie ei, qui non possidet exercitium libertatis intuitu prædii sui, adversus eum, qui est in possessione usurpationis servitutis alicujus vel juris similis. Fundat se actio negatoria in jure libertatis, & petit actor declarari suas ædes esse liberas, vel se esse quasi dominum hujus libertatis & reo injungi cautionem, ne ipsum amplius in exercitio vel possessionem libertatis hujus turbet. Eodem modo se res habet non solum in rei vindicatione sed & in actione confessoria. Quod si aliqua subsit differentia, necesse est, ut in eo consistat, quod in actione negatoria actor libertatem non probet, probet tamen non solum in rei vindicatione dominium, sed & in confessoria jus servitutis. Si possideat quis jus libertatis fundi sui, id est, si reus non sit in possessione servitutis, sed incipiat libertatem fundi actoris turbare & servitutem aliquam in eo usurpare, neque tum opus ha-

Convenientia actionis negatoria cum rei vindicatione, & differentia e-jusdem tam à rei vindicatione, quam ab actione confessoria

bet possessor libertatis, ut actionem negatoriam instituat adversus turbantem, id est, ut petat declarari aedes suas esse liberas à servitute prætenfa; sed & tum sufficient possessori libertatis remedia possessoria, ad tuendam eam. Ubi pariter, ut in remediis possessoriis super dominio & jure servitutis, non de ipso jure libertatis, sed de ejus quasi possessione saltem sermo est, nisi forte iterum intuitu probationis sit differentia, quod in interdictis de tuenda possessione rerum corporalium, aut de possessione servitutis actor debeat probare possessionem rei corporalis, vel quasi possessionem servitutis; in interdicto vero de tuenda quasi possessione libertatis actor æque per præsumptionem liberetur à probatione possessionis, & vincat, si non adversarius probet se esse in possessione servitutis. Quod si vero quis evidenter non sit in possessione libertatis, & putet negatoriam actionem eo tendere, ut neget adversarii prædium esse liberum à servitute, & inde velit inferre, ergo suum prædium esse liberum à servitute, quam in id hætenus exercuerit adversarius, is æque inepte peteret, ac in rei vindicatione, si actor negaret reum esse dominum, aut in confessoria, si actor negaret reum habere jus servitutis,

Probatur actionem confessoriam & negatoriam non dari possidentibus, sed hos remediis possessoriis uti debere.

§. XIII.

Quæ hætenus diximus uti ex natura negotiorum humanorum facile intelliguntur, & per quotidianam praxin forensam confirmatur, ita nec desunt textus juris civilis eadem inculcantes. Quod utraque actio & confessoria & negatoria detur non possidenti adversus possessorem (æque ut rei vindicatio) disertim docet Ulpianus l. 3. §. 3. si servit. vind. SED SI QUÆRITUR

RITUR, QUIS POSSESSORIS & adeo Rei, QUIS PETI-
 TORIS seu actoris in actione confessoria vel negatoria, PAR-
 TES SUSTINEAT, SCIENDUM EST, POSSESSORIS, &
 adeo Rei, PARTES SUSTINERE v. g. intuitu servitutis
 tigni immittendi, SI QUIDEM TIGNA IMMISSA SINT,
 & ita immittens sit in possessione servitutis, EUM QUI
 SERVITUTEM SIBI DEBERI AIT. h. e. immittentem, ad-
 eoque tum illum alterum, qui servitutem banc negat, pe-
 titoris seu actoris partes instituta actione negatoria susti-
 nere; SI VERO tigna NON SINT IMMISSA, possessoris
 partes sustinere, EUM, QUI NEGAT, & adeo tum illum,
 qui servitutem tigni immittendi pratendit, instituta actio-
 ne confessoria actoris partes sustinere debere. Quid cla-
 rius dici poterat, quam possessorem servitutis non ha-
 bere actionem confessoriam & possessorem libertatis
 non habere negatoriam & adeo uti in dominio rerum
 corporalium, ita & in jure rerum incorporalium acto-
 rem in actione negatoria reum habere pro possessore
 servitutis & in confessoria reum pro possessore liberta-
 tis. Ut nesciam, quid velit Dion. Gotofredus in not.
 ad d. l. 8. §. 3. lit. b. Quod Ulpianus hic notet, id speciale
 esse, nam alias in realibus ordinarium esse, ut qui non pos-
 sident agat &c. Quasi Ulpianus non idem hic dixerit &
 possessorem à petitore non expresse separaverit, aut
 potius eos sibi invicem opposuerit. Uti etiam textum
 hunc Ulpiani intellexit Schilter. Exercit. ad Pand. 18. §.
 38. in fin. Concordat etiam cum Ulpiano Pomponius
 l. 14. pr. si servit. vindicet. SI CUM MEUS PROPRIUS
 ESSET PARIES, PASSUS SUM TE IMMITTERE de novo
 TIGNA, QUE ANTEA HABUERIS, id est, in illa parietis
 foramina, in qua antea me concedente tigna à te fuerint

immissa, id vi servitutis tibi competentis prohibere non poterō; AT SI NOVA VELIS IMMITTERE in aliam partem mei partem, si nondum immiseris & ita ego in possessione libertatis sim, PROHIBERI A ME POTES, vel novi operis nuntiatione vel interdictis possessoris: IMO ETIAM, si jam nova tigna immiseris, & mea negligentia te in possessionem extensa servitutis constitueris, AGERE TECUM POTERO actione negatoria, UT EA, TIGNA QUÆ NOVA IMMISERIS, TOLLAS: Quamvis enim antiquitus de possessione servitutum & utu interdictorum in servitutibus jura variantia fuerint *l. 32. in fin. de S. P. U. l. 43. §. 1. de A. R. D. l. 14. de servit. l. 4. §. 27. & ult. de usurpat. & usucap. Jac. Rævardus lib. singul. ad Leg. Scriboniam l. 1. pr. uti possidetis, §. 4. J. de Interd. Wissenbach. ad Instit. Disput. 51. §. 28.* Jure tamen novo sub Imperatoribus a creditum fuit etiam servitutes quasi possideri, quasi usucapi & interdictorum usum ad eas pertinere *d. l. 32. in fin. de S. P. U.* Unde Javolenus usum juris in servitutibus pro traditione possessione accipiendum esse, ideoque & interdicta veluti possessoria constituta esse dicit *l. fin. de servit & Ulpianus in quæstione de servitute fumi dicit interdictum uti possidetis lucum habere si quis prohibeatur, qualiter velit suo uti l. 8. §. 6. si servit. vindicet.* Conf. Huber. *Posit. ad Instit. de Interdictis n. 8.*

§. XIV.

Adverse sententia occasione deesse, observationem doctrinæ

Quæ cum ita se habeant, mirandum esset, qui factum fuerit, ut tamen moribus hodiernis & in praxi non credatur firma illatio: actor instituit actionem negatoriam, ergo reum habet pro possessore servitutis (vide

(vide dicta §. 7. n. 3.) etsi firma illatio credatur: rei vindicatio est instituta, ergo actor rerum habet pro possessore rei, quam vindicat, & quamvis diserte alibi dicat Ulpianus, actionem in rem semper adversus eum esse, qui rem possidet l. 25. pr. de. O. & A. & alibi: interdictum uti possidetis possessoribus dari, actionem vero nunquam ultro possessori dari, cum huic sufficiat, quod possideat. Sed ut alias, ita & hic nimia diligentia Triboniani fluctus movit in simpulo. Notum enim ex Institutionibus, quam se torqueant interpretes in exponendo & defendendo sensu §. 2. in fine J. de action. ubi Imperator, postquam id, de quo hactenus à §. X. egimus, observasset, in controversiis rerum corporalium non dari actionem negatoriam, addit: *Nam in his is agit, qui non possidet, ei vero qui possidet, non est actio prodita, per quam neget, rem actoris esse.* Et quamvis alteram partem discursus abruperit Imperator, contextus tamen ostendit, quod putaverit, *actionem negatoriam dari vel tantum* ut Hottomannus explicat, vel certe etiam possidenti, quod utrumque hactenus negavimus. Unde Doctores quidam, ut salvent Justinianum, eum sic explicant, quasi Imperator velit actionem negatoriam dari possidenti prædium liberum, etsi non detur possidenti libertatem & ejus exercitium. Sed hoc pacto remaneret inadvertentia loquendi & plane impertinens oppositio. *In rebus corporalibus is agit, qui non possidet (rem corporalem) ei vero qui possidet (rem corporalem) non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse: At in actione negatoria is agit etiam, qui non possidet libertatem, sed tamen possidet rem corporalem.* Igitur nos quidem hic non sudabimus in exponendo aut justificando

nam Justiniani in §. 2. d. de action.

cando Justiniano, multo minus nos torquebimus, an in sequentibus legendum sit: *SANE UNO CASU* (an *HOC UNO CASU* an *NON UNO CASU* an aliter) quā possidet nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. Non disceptabimus etiam, ubi iste vel isti casus in Pandectis occurrant. Sed transeant per nos hæc omnia unā cum cæteris Triboniani nævis. Interim, ut tamen aliquid pro excusando Triboniano afferamus, videtur occasionem obscuræ hujus & parum pertinentis positionis ei dedisse Ulpianus & ejus duo textus sequentes in Pandectis relati.

§. XV.

Huic autem
 aliam do-
 etrinam Ul-
 pianiani in l. 5.
 §. 6. si usuf.
 petat. & l. 6.
 §. 1. si servit.
 vind.

Primus est in l. 5. §. 6. si usuf. petat. Sicut fru-
 ctuario in rem confessoria agenti fructus præstandi sunt (a
 domino fundum usufructuarium possidente) ita & pro-
 prietatis domino (ab eo, qui usumfructum præterdit,
 fundum possidente fructus præstandi sunt) si negatoria
 actione utatur. Sed in omnibus (tam confessoria quam
 negatoria) si non sit possessor qui agat: Nam & possessori
 competunt (tam negatoria quam confessoria.) Quod si
 possident (fundum & cum fundo jus libere percipiendi
 fructus dominus, aut usufructuarius jus percipiendi
 fructus ex fundo alieno) nihil fructuum nomine conse-
 quentur (si utantur actione negatoria, aut confessoria,
 quia fructus jam habent.) Quod ergo (tum) officium erit
 judicis quam hoc? ut securus consequatur fructuarius fru-
 endi licentiam, (cum dominus vel alius fundi fructuarii
 possessor eum in exercicio fruendi turbare voluerit)
 proprietatis dominus ne inquietetur, (ab adversario usum-
 fructum præterdente & jam inquietatione sua proprie-
 tario

tario ad instituendam hanc actionem an sam dante.) Secundus huic parallelus sed non ita perspicuus est in l. 6. §. si servit. vindicetur. Sciendum tamen, in his servitutibus (cur in his? an saltem de quibus præcesserat, in servitute videlicet altius non tollendi, & ne luminibus officiat, an & in reliquis? Si prius, quæ nam est ratio hujus singularitatis? si posterius, cur non dixit simpliciter: in servitutibus?) possessorem cum esse juris & petitorum (forte rectius in quibusdam exemplaribus eundem pro eum) & si forte non habeam edificatum altius in meo, adversarius meus possessor est. (Cujus rei? non ædium mearum, non juris servitutis altius non tollendi, quia ex libertate & jure meræ facultatis hæctenus altius non ædificavi, & notum est, quod recte Doctores notent, tum demum in hac servitute eum, qui illam præterdit, in possessione constitui, si alter post prohibitionem altius ædificandi pareat, nec altius ædificet. At de prohibitione præcedente hic altum silentium apud Ulpianum.) Nam cum nihil sit innovatum (a me) ille (adversarius) possidet. (Sed licebit opponere Ulbiano: eandem subesse hic petitionem principii, uti in versiculo præcedente, nimirum in servitutibus negativis de quibus agimus. Aliter tamen Ulpianum hic intellexit Anton. Faber. in rational. ad hunc §. 1. p. 823. qui illam regulam ex his verbis struit: Qui nihil innovat, possidet, qui innovat, non possidet. Sed hanc quidem regulam ab intentione Ulpiani hic esse plane alienam arbitrator, etsi, si commode intelligatur, non sit aliena ab aliis legibus v. g. l. 14. eod. supra §. 13. relata) Et ædificantem me (tanquam actor) prohibere potest & civili actione (confessoria de servitute altius non tollendi) & in-

*terdicto quod. vi aut clam. Item & si lapilli jactu impedi-
erit. Sed & si patiente eo aedificavero (altius aedes
meas) ego possessor ero effectus (intuitu libertatis, ut post-
ea turbantem me possim convenire actione negatoria.
Et hæc assertio eadem monita meretur, quæ prior,
cum jam dictum fuerit, eum qui ex libertate naturali
altius non aedificaverit, in possessione libertatis esse,
etiamsi nihil innovaverit, ergo multo magis, si jam pa-
tiente eo altius aedificaverit.) Sed miror ad hunc textum
Ulpiani ab Antonio Fabro in *rationalibus* illas difficulta-
tes non esse allegatas. Quicquid vero de his sit, id tamen
constat, Ulpianum etiam hic asseruisse, possessorem ju-
ris vel servitutis vel libertatis etiam actorem esse intui-
tu actionis confessoria & negatoria. Scilicet ut alibi
l. 10. §. 1. si servit. vindicet. ait, actione confessoria agi
posse contra omnes, qui nos in exercitio servitutis ali-
cujus impediunt (sive simus in possessione exercitii sive
minus) Ergo mens quidem Ulpiani certa est; actio-
nem confessoriam & negatoriam dari etiam possesso-
ribus, etsi non solis, & ita intelligunt etiam commu-
niter interpretes.*

§. XVI.

*Neglectus in-
terpretum in
concilianda
hac antino-
mia, aut con-
ciliationis in-
sufficiencia.*

Sed vellem, ut etiam interpretes Ulpianum cum
Ulpiano conciliassent & docuissent, qua ratione factum
fuerit, ut cum Ulpianus per deducta superius §. 13. fa-
tis perspicue docuerit, actionem confessoriam & ne-
gatoriam non dari possidentibus, sed hos remediis pos-
sessoriiis uti debere, idem tamen in locis §. *præced.* ad-
ductis, sibi contradixerit, & actiones civiles de servi-
tutibus etiam possessoribus dari asseruerit. Verum
ea de re apud commentatores, quos evolvi, ubique
altum

altum est silentium, etiam apud Antonium Fabrum, qui in *rationalibus ad d. l. 5. §. 6. si usus fr. petat. & ad d. l. 6. §. 1. si servitus vindicet.* hic magis mutus est, quam piscis. Sufficere sibi putant communiter, si notaverint, tanquam rem indubiam, & nullo modo controversam, quod actiones de servitutibus dentur etiam possessoribus, aut, si rationem addant, nullam aliam invenies, quam, quod actiones hæ sint de juribus seu rebus incorporalibus; quam tamen esse plane insufficientem satis docebunt tradita §. 11, 12, 13. Qui liberaliores esse volunt, addunt *l. 15. de op. nov. nunt.* & utuntur argumento verborum ibi initialium: *si priusquam edificatum esset, ageretur jus non esse vicino edes altius tollere* tanquam ex quibus constet, quod ibi actum fuerit actione confessoria ab eo, qui sit in possessione servitutis. Cujacius *ad Africanum Tract. 9. p. 599.* Carpzov. *lib. 1. resp. 67. n. 3.* Sed uti nec hoc modo dubium ab initio paragraphi propositum tollitur, ita hæc ipsa explicatio *l. 15.* parum fundata est, per ea quæ modo notavimus §. præced. *ad d. l. 6. §. 1. si servit. vind. ad verba: adversarius meus possessor est.* Ut taceam legem *d. l. 15. parallelam, videlicet l. 45. de damn. infect.* in verbis initialibus (vid. Cujacium *d. l. p. m. 601.*) *Ædificatum babes, ago, tibi jus non esse, habere: non defendis: AD ME POSSESSIO TRANSFERENDA EST &c.* potius argumentum suppeditare pro nostra sententia, quod actiones etiam de servitutibus dentur non possidentibus. Glossa *ad d. l. 5. §. 6. si usus fr. petat. lit. b.* postquam pro sententia, quod actiones de servitutibus dentur etiam possessoribus §. *agne de actionibus* allegasset, addit: *licet P. in negatoria dixerit contra.* Sed & hoc obscurum est.

Quis enim per P. indicatur? An Paulus an alius autor? Et si Paulus, cur locus non additur, ubi hoc dixerit? Video equidem, quod Schilterus *Ex. 18. ad Pand. §. 38.* Ulpianum cum Ulpiano conciliare voluerit, sed paululum obscurius. Id voluisse videtur, quod in actionibus de servitutibus idem dicatur esse possessor & petitor, verum esse in thesi, & potentia; (ubi forte respexit ad iudicia, quæ dicuntur, duplicia, in quibus uterque actoris & rei vices sustinere potest, prout nempe alteruter prius actionem instituerit) non vero in hypothesis & acto; sed tum possessorem uti interdictis, non possessorem instituire actiones civiles confessoriam vel negatoriam. Sed etsi quoad rem ipsam consentiam cum Schiltero per dicta §. 13. non tamen quadrat ea ad tollendam objectionem *ex d. l. 6. §. 1. si servitus vindicet.* Nam verba Ulpiani: *illo possidet, & adifican- tem me prohibere potest & civili actione &c.* docent, quod Ulpianus ibi senserit, eundem simul actu & possessorem & petitorem esse, & possessorem etiam instituire actionem civilem.

§. XVII.

*Conciliatio,
vel excusatio
nostra.*

Quomodo ergo conciliabimus contradictionem illam satis crassam & palpabilem Ulpiani aut quomodo saltem eam excusabimus, aut temperabimus? Videamus. Diximus §. 13. olim JCtos in quæstionibus de possessione & usufructu servitutum dissensisse, atque adeo etiam dissensum fuisse, utrum interdicta, & potissimum interdictum de tuenda possessione rerum corporalium, uti possidetis, in servitutibus locum habeat. Qui id negarunt, cum eorum sententia magis in subtilitate, aut formulis consuetis, quam in æquitate & utili-

utilitate publica niteretur, aut cortici verborum magis inhæreret, quam interpretationi rationali, & tamen ipsi sentirent, æquum esse, ut quasi possessor servitutis, aut libertatis defenderetur in quasi possessione sua, usum actionis civilis tam confessoria quam negatoria; eò extenderunt, ut etiam vicem interdicti uti possidetis in effectu sustinerent; atque adeo in diversis casibus essent remedia partim possessoria, partim petitoria: & ad horum mentem locutus est Ulpianus in textibus §. 15. adductis. Sed cum jam Ulpiani tempore alii Jcti inutilem illam subtilitatem priorum sentirent, & non dubitarent, interdicto uti possidetis utili uti, etiam in materia servitutum, atque sic actiones de servitutibus proremediis mere petitoriis, ut rei vindicationem habere, uti etiam revera sunt; etiam aliis in locis, videlicet §. 13. adductis, Ulpianus ad horum doctrinam verba sua temperavit.

§. XVIII.

Jam quod ad usum hodiernum juris Justinianeum attinet, constat, non solum tempore Justiniani solennitates & subtilitates formularum jam diu fuisse sublatas, adeoque istis Justiniani temporibus sententiam §. 13. adductam magis convenire; sed etiam usu totius Germaniæ in quæstione de servitutibus recepta esse remedia partim possessoria, partim petitoria, & in possessoriis præparari (uti recte Schilterus d. §. 38. loquitur) negotium, ut appareat quis in petitorio sit actor vel reus; ac adeo actionem negatoriam & confessoriam ad judicia petitoria referri. Quare debebat utique secundum hanc hypothesin, relicta doctrina Ulpiani in d. l. 5. §. 6. si usus petatur; & d. l. 6. §. 1. si servit. vind. & inde

Non coherens doctrina communis & ejus ratio.

& inde derivato errore in §. *aque 2. J. de action.* tanquam neque temporibus Justiniani neque praxi hodiernæ conveniente, etiam asseri, actiones confessoriam & negatoriam, dari solum non possidenti, & adeo illum, qui harum alterutram instituit, necessario adversarium habere pro possessore; sed debebat. Jam vero nimius amor erga aureas Institutiones, & nimium studium salvandi etiam absurdissime ibi dicta, imo nimium studium stabiliendi præjudicium autoritatis, (quod non celerius stabiliri potest, quam si quis persuadeat sibi contradictoria simul stare posse, & distinctione subtiliter excogitata conciliari,) occuparunt etiam ingenia celeberrimorum JCrorum, ut inculcarent, actiones de servitutibus esse remedia petitoria, sed tamen iis institutis adversarium ab actore pro possessore non haberi.

§. XIX.

*Transitus ad
questionem,
quis probet
in negatoria.
Præsupposita
duo. 1. Omnes
JCratos affir-
mare, in ne-
gatoria acto-
rem non pro-
bare 2. Que-
stionem ver-
bis legum di-
recto non de-
finiri.*

His de genuino conceptu actionis negatoriae præmissis secundum ductum §. 8. jam videndum quis in actione negatoria probare debeat, an actor an reus? Ubi ante omnia præsuppono duas observationes. Primo, quod omnes omnino JCrati, etiam illi, contra quos potissimum hic disputabimus, concedant thesin in genere; quod actio negatoria habeat hoc peculiare præ aliis actionibus, quod in hac non actor sed reus probet, & solum thesin limitent, si modo actor in actione negatoria possideat quasi libertatem. (vid. III. Dn. Coccejum *de directa probat. negativa c. 4 n. 16.*) Nam quamvis Ciferus plane negaverit, unquam in actione negatoria liberari actores a probatione, is tamen voce actionis negatoriae in alio plane sensu usus est, magis ad

ad verba, quam ad rem ipsam respiciens, & v. g. pro negatoria actione habens, si dicam, te non posse altius ædificare me invito, quæ revera actio confessoria est per notata superius §. 9. vide *Wilhelmi Lyseri dissert. in actione negator. utrum actor probare debeat an reus tibi* 10. Secundo observo, quæstionem hanc, quis in actione negatoria probare debeat, expresse & disertis verbis non definiri in legibus Justinianeis, neque pro nostra, neque pro adversariorum sententia, sed utrobique saltem afferri rationes & argumenta legum. Non obstant verba Jctorum F. supra §. 4. allata: **Wir dennoch beständig dafür halten / daß auch in negatoria actione, wenn der Beflagte in quasi possessione servitutis sich befindet / demselben nicht / sondern dem Kläger probatio libertatis obliege; solches auch dermassen klar und gründlich in Rechten entschieden sey; daß dawieder kein Zweifel übrig bleibe.** Nam contextus ostendit, eos hic non loqui de decisione per verba directa sed de decisione per argumenta, ut putant evidentiæ & firma, de quibus tamen videbimus suo loco.

§. XX.

Rationes quod attinet, quæ pro sententia, quod in actione negatoria non actor libertatem sed reus servitutem prædii, probare debeat, afferri possunt, eæ multitudinem haud quaquam se commendant, cum fere unica hæc afferri soleat, quod actor in negatoria fundet se in prædii sui libertate, quæ in dubio præsumatur, adeoque actorem hac præsumptione munitum à probatione liberet, & onus probandi in reum transferat. Dn. Coccej, *d. l. Carpz. l. 1. Resp. 67. n. 9.* Et quam-

Ratio, in negatoria actionem non probare, unica sed firmissima præsumtio libertatis prædiorum.

F

vis

vis Doctores communiter hanc præsumtionem inter præsumptiones juris, quatenus præsumtionibus homines opponuntur, referre, adeoque in expressis textibus juris eam fundatam esse doceant, scilicet in *l. altius §. 8. & l. seq. si in edibus §. C. de serv. & aqua*; ut tamen ingenue fateamur, quod res est, veremur valde, ut ex istis textibus argumentum firmum pro stabilienda illa præsumptione formari possit. Cave tamen, ne putes, rationem hanc unicam propterea esse infirmam, quia per textus juris non probari possit; quin potius & certissima & evidentissima est, æque ac ratio quædam mathematica, etsi nec hæc in jure contineatur, quia videlicet utraque fundatur in natura rerum & sensu communi. Unde non considerandum, an præsumtio hæc ab aliis ad præsumtionem hominis, an ad præsumptiones juris referatur, cum tota distinctio communis præsumtionum, in præsumptiones hominis, præsumptiones juris tantum & præsumptiones juris & de jure rem in se non difficilem magis perplexam reddat & obscuret, & omnes præsumptiones generaliter se fundent in communi natura rerum, & eo quod plerumque fieri solet. vid. Dn. Præl. *dissert. de præsumptione allodialitatis §. 17. item §. 20. seqq.* Jam vero natura prædiorum & natura servitutum docet per quotidianam experientiam & sensum communem, omnia prædia natura sua esse libera à servitutibus & juribus similibus, quia hæc videlicet omnia & singula ex impositione humana, vel conventionem vel testamento, vel usurpatione vel prohibitionem oriuntur, quæ cum facti sint, regulariter ab allegante probari debent. *conf. d. dissert. §. 28.*

§. XXI.

Solet equidem præcedenti etiam alia ratio addi, quia actione negatoria utens fundet se in negativa, negativa vero non possit probari, sed sola affirmativa sit probationis capax, Carpz. *d. l. n. 10.* Sed malum est, si tamen ea ratione abstinere, non quidem, quod falsa sit, sed quod obscura. Notum enim est, quod Dd. communiter limitare soleant istam assertionem de non probanda negativa, nisi quis in negativa se fundet; notum est, Franciscum Herculatum integrum tractatum scripsisse *de probanda negativa*, & Illustrem Coccejum *de directa probatione negativa* thema hoc distinctius & accuratius exposuisse. Videlicet sæpius propositiones negativæ continent oppositas assertiones affirmativas, & sæpe propositiones affirmativæ tacite sub se continent oppositas propositiones negativas; sæpe propositio est negativa logicè v. g. *tu non habes jus altius tollendi*, & tamen in effectu juris affirmativa, id est tacite inculcans, *quod ego habeam servitutem altius non tollendi.* Etsi igitur verum in se sit, negativam facti directo probari non posse, sed per indirectum probando factum oppositum vel aliam circumstantiam; hæc tamen observatio parum proderit in præsentis quæstione, quia & tum reus actione negatoria conventus exiget ab actore saltem probationem indirectam negativæ.

Omissa alia ratione tanquam obscura, quod negativa non possit probari.

§. XXII.

Extenditur à nobis assertio generalis, ut procedat etiam in eo casu, ubi actor instituendo actionem negatoriam verba negativa non adhibuerit, sed iis, quæ

Extensio assertionis (i.) etiam si actor adhibuerit.

buerit verba
affirmativa
& asseruerit
Reum injuste
exercuisse
servitutum,

affirmativa videntur sit usus. Nam jam supra monitum est, in actione negatoria non ad verba sed ad sensum & fundamentum esse respiciendum. Vide dicta §. 9. & 19. Quod si itaque actor ita libellum formet, Reum hactenus exercuisse servitutum hanc vel illam in fundo suo (*habe sich dieser Dienstbarkeit ange-masset*) sed negari ab actore, quod Reo servitus illa in fundo suo competat, aut asseri fundum suum esse liberum ab hac servitute &c. tum nullum est dubium, quin uterque stilus sit æquipollens: in effectu enim idem sunt: fundus meus liber est ab hac servitute, & nego tibi servitutum in fundo meo competere. (Quod vero nonnulli pro fundamento actionis negatoriæ poni volunt: *Wann aber mein Gut von aller Dienst-barkeit frey*; in eo valde aberrant, non cogitantes videlicet, quod actio negatoria competat etiam illi, qui aliis servitutum, aut huic etiam reo, sed aliam debet *l. 4. §. 7. si servit. vindict. l. 14. pr. cod.*) Hoc vero præsupposito idem dicendum erit, si actor dixerit: reum DE FACTO hactenus exercuisse servitutum ab actore negatam, aut: negari, reo servitutum in fundo actoris competere, etsi hactenus de facto ibi eam exercuerit. Nam exercere servitutum in se est factum. Quod si hoc licet; dicendum erit, idem esse, si dixerit actor, reum exercuisse servitutum SINE JURE, quia de facto & sine jure sunt synonyma. Porro quid si adhibuerit terminum INJUSTE? Adhuc idem dicendum arbitror, quia & hoc *injuste* pro re nata, de eo, quod *sine jure fit* dicitur. Unde cadit sua sponte observatio Pragmaticorum, quasi tum onus probationis a reo in actorem transferatur, si ita libellum formet: *es habe sich*

sich Beslagter unterstanden eine Servitut auf Klägers
 Acker anzumassen / so er wieder Recht und zur Un-
 gebühr drauff gebracht &c. Carpz. l. 1. Resp. 68. & hunc
 secuti Adrian. Beyer, ad Georg. Schulz. Synopsis. Instit.
 ad tit. de action. p. 1210. Noric. in addit. ad Vinnii no-
 tas ad Instit. §. 2. de action. allique. Carpzovio prævit
 citatus ab eo Antonius Faber Cod. l. 3. t. 24. def. 8. v. 6.

§. XXIII.

Quod Antonium Fabrum attinet, is præcipuè ur- ^{Respondetur}
 get, in præfatis casibus actorem ideo debere probare ^{ad rationes}
 assertionem suam de injusta usurpatione rei, quod in ^{dissentienti-}
 dubio credatur quis justè agere arg. ^{um, Fabri &} *l. merito 51. ff. pro*
socio, verbis: plerumque credendum est, eum qui partis ^{Carpzovii,}
dominus est, jure potius suo re uti, quam furti consilium
inire. Cum igitur hoc intuitu reus præsumtionem de-
 licti exclusivam pro se habeat, & præsumtio ab onere
 probandi liberet, necessè esse ut actor probet, reum
 injuste egisse. Sed facilis ad hanc objectionem est re-
 sponso. 1.) Delicta non præsumuntur, verum est, sed
 tamen propterea non sunt probanda a denunciatis,
 sed ut ex processu inquisitorio constat, etiam præsum-
 tionem probare teneatur. 2.) Quod si dicas, jam nos non
 versari in materia criminum & delictorum, regeram,
 id potius esse contra dissentientes, qui a furto, de quo
 loquitur Jctus in d. l. 51. pro socio, ad negotium præ-
 sens argumentati sunt. Et ergo invertam argumen-
 tum: Et si nemo regulariter teneatur probare, se crimen
 vel delictum non commississe, tamen ex inde male in-
 fertur

fertur ad negotium præsens, ergo reus non præsumitur INJUSTE servitutem usurpasse, quia injustum hic non sumitur positivè pro crimine & delicto punibili, sed negative, pro eo quod sine jure fit, ut modo dictum §. *præced.* 3.) Una præsumtio tollit alteram, fortior debiliorem. Esto, quemlibet præsumi bonum, in quæstionibus etiam ubi injustitia non sumitur pro delicto; præsumtio tamen, quod ædes præsumantur libera, fortior est hac præsumptione. Nam si non esset fortior, nunquam in actione negatoria actor a probatione esset liber, quia eo ipso, dum suum fundum quis liberum dicit, eo ipso quoad sensum per necessariam consequentiam asserit, reum sine jure servitute uti in illo fundo sive id verbis exprimat sive minus. Unde etiam Syvendendorfferus, accuratissimus alias formularum artifex in tractatu *de action. forensib. part. 1.* promiscue utitur his formulis: pag. 270. *Wie nun Beklagten solches zu thun nicht zukommt / also ist auch Kläger solche Servitut in seinem Hause zu leiden nicht schuldig.* p. 286. *Ob er wohl in seinem Hause Beklagten ganz keine Servitut und Dienstbarkeit gestehet / er auch dergleichen sich anzumassen nicht berechtiget &c.* p. 290. *daß Beklagter sich unterfangen das Ausseh- rig in Klägers Hoff zu schütten / welches ihm doch nicht zukommt / Kläger auch solche Beschwerde zu leiden nicht schuldig.* Item p. 313. *Welches Beklagter doch zu thun nicht befugt / Kläger auch solches zu leiden nicht schuldig.* Jam dic mihi, quænam sit differentia inter formulas: *Beklagten komme solches zu thun nicht zu / er sey solches sich anzumassen nicht berechtiget; noch zu thun befugt / & inter formulam de qua Carp- zovius*

zovius agit; er habe sich wider Recht / und zur Unge-
 bühr einer servitut angemasset; vel etiam (ne cavilleris
 nos verba non rite protulisse) er habe sich einer servi-
 tut angemasset / und solche wider Recht und zur Un-
 gebühr drauff gebracht. 4.) Præsumptio pro bonitate
 juridica, ita vaga & nimis generalis est, adeoque tot
 limitationibus obnoxia, ut tantum non semper relin-
 quendum sit arbitrio iudicis, quantum huic præsum-
 ptioni sit tribuendum. Vid. Excell. Dn. Ludovici *diff.*
Inaugur. de præsumptione bonitatis §. 35. Unde & Befol-
 dus *consil. 230. n. 8.* ait: *Licet quilibet præsumatur bonus,*
si tamen de tertii præiudicio agitur, tunc seposita integri-
tatis conjectura ad legitimam acceditur probationem &c.
 Reliqua, quæ pro sua sententia adducit Carpzovius *d.*
resp. 68. vel eodem tendunt, quo respexit Anton. Fa-
 ber, vel petunt principium, vel talia sunt, quæ nostram
 doctrinam non feriunt, ut adeo non opus sit, in iis
 recensendis & speciatim refutandis tempus & char-
 tam perdere.

§. XXIV.

Cum tamen nulla sententia sit tam absurda, quæ
 non rationem aliquam, etsi non justam, verosimilem
 tamen, aut certe huic affinem præsupponat; ita & hic
 se res habet. Nimirum, postquam ex non accurate
 ventilatis sententiis Jctorum Romanorum suppositum
 fuerat ab interpretibus, actiones de servitutibus dari
 etiam possessoribus (qua de re fusius egimus §. 13. - §. 18.)
 inde cæperunt etiam confundere remedia petitoria &
 possessoria in casibus, ubi agitur de neganda servitute,
 quod jam, quamvis obiter, observavit Schilterus quo-
 ad formulas actionis negatoriae & remedii possessorii

*Miscellanea
 videlicet a-
 ctionem ne-
 gatoriam
 cum interdi-
 cto utili uti
 possidetis.*

Exerc.

Exerc. ad Pand. 18. §. 40. & 41. Etsi quotidiana doceat experientia, quod in materia servitutum vel jurium similibus regulariter præcedat possessorium, & tum si pro domino prædii dominantis ibi sit pronunciatum, in petitorio negatoria; si pro domino prædii servientis sententia lata sit, in petitorio confessoria institui soleat. In possessorio autem, ubi agitur de sola possessione & ejus qualitatibus, utrum nimirum sit sine vitio, in controversiam venire solent vitiosæ qualitates possessionis, violentia clandestinitas, & quod sit precaria. Quod si igitur servitutum in alterius fundo prætendens & pro tuenda possessione sua judicem implorans urgeat actus possessorios, & eos per testes probet, adversus hanc probationem adversarius, qui fundum suum liberum esse defendit, sæpe excipere solet, quod possessio illa vitiosa sit, violenta, clandestina, precaria, & si hoc faciat, tum nullum est dubium, quin hanc exceptionem probare teneatur. Atque hunc casum in mente habuisse & Antonium Fabrum & Carpovium patet ex locis eorum *in fin.* §. 22. adductis, ubi uterque diserte mentionem, facit possessorem vi vel clam vel precario aut jure familiaritatis usum esse possessione servitutis. Sed hic casus non debebat facere exceptionem a regula nostra, quæ agit de negatoria in petitorio instituta, ubi actor helleboro curandus esset, si agat de qualitate possessionis intuitu rei, cum in petitorio plane non agatur de possessione sed hæc præsupponatur. Sed vides jam, quid nocuerit supinitas illa interpretum, quod admiserint, negatoriam esse remedium pariter possessorium ac petitorium, ut postea etiam alia accuratius distinguenda confuderint. Confer

fēr Excellent. Dn. Böhmerum de actionibus sect. 2.
cap. 2. §. 43. p. 97.

§. XXV.

Quamvis autem possessorium & petitorium etiam in servitutibus sint distincta, possunt tamen in quibusdam inter se convenire. Unde non sine causa quæsitum fuit; Utrum is qui alteri servitutem negat, & utili remedio uti possidetis adversarium convenit, possessionem libertatis probare teneatur, an vero & hæc præsumatur, & onus probandi possessionem servitutis in solum adversarium transferatur, ita, ut, si hic nihil probet, pro actore, quod in possessione libertatis sit tuendus, pronunciari debeat, etsi ille ne jota quidem possessionis suæ demonstraverit. Non tamen memini, me alium observasse, qui hanc quæstionem ita specialiter formaverit, quam Magnificum Hornium, Facultatis Juridicæ Wittebergensis Ordinarium in peculiari Programmata, quod cum aliis tractatibus & dissertationibus affinibus adjunctum est novæ editioni Paciani de probationibus. Interim decisioni ejusdem adhæremus. cum videlicet hic eadem sit ratio possessorii quam petitorii, scil. ea, quam adduximus jam supra §. 20.

Extensio (2)
liberatur etiam actor ad possessionem libertatis in possessorio provocans, ab onere probandi.

§. XXVI.

Pergo jam ad ipsam quæstionem principalem, an nimirum etiam doctrina de non probanda libertate prædii in actione negatoria, sit extendenda ad eum casum, si reus sit in possessione servitutis. Affirmo, cum hac tamen addita observatione, quod hæc assertio non tam extendat assertionem principalem, quam declarat. Qui pro extensione id habent, quod etiam contra possessorio.

Extensio (3)
intuitu petitorii: etiam si Reus sit in possessione servitutis. Rationes hujus extensionis.

G

fesso-

fessorem instituta actione negatoria actor tamen non
 prober, supponunt illam hypothesin, quasi actio ne-
 gatoria tam possessori quam non possessori detur, &
 adeo tam contra non possesorem, quam contra pos-
 sessorem. Cum vero hactenus §. 13. seq. ostenderimus,
 actionem negatoriam proprie dari soli non possessori
 adversus possessorem, & supra probaverimus §. 20. in
 negatoria non probare actorem, id, quod non probet
 contra possessorem, pertinet utique ad explicationem
 assertionis, non ad extensionem; nec adeo nova pro-
 batione opus habet, sed hic repetimus saltem dicta §. 20.
 Quod si vero esset extensio proprie dicta, forte novis
 rationibus opus esset. Unde nec nobis obstat, quod
 dissentientes maxime urgent, quod nostra sententia
 fundet se in sola libertate (vide supra §. 4. verbis: *Da
 die widrige Meinung auf eine bloße præsumtion pro
 libertate sich stüret; solches an sich ein sehr unbestän-
 diges Grund ist*) quia plus præstat una ratio firma,
 quam plures rationes adversæ partis imbecilles. Esse
 vero rationem nostram unicam firmiorem rationibus
 dissentientium ostendent sequentia. Primo enim con-
 cedunt dissentientes, actionem negatoriam habere hoc
 privilegium, ut actorem liberet ab onere probandi,
 & concedunt etiam, rationem hujus singularitatis esse
 præsumtionem pro libertate, (vide dicta §. 19. 20.) Ex
 his concessis dupliciter oppugnamus dissentientes I.)
 si actio negatoria liberaret actorem a probando, quod
 indulgent, necessè est, ut liberet etiam si institueretur ad-
 versus possessorem. Nam alias nunquam liberaret,
 Actio enim adversus non possessorem instituta, qua ne-
 gatur alteri quasi possessio servitutis competere, est in-
 terdi-

terdictum utile uti possidetis, non actio negatoria proprie sic dicta per notata (§. 13. in fine. 2.) si actio negatoria tum demum liberaret actorem ab onere probandi, si actor sit in evidenti possessione libertatis, & reus non possideret, tunc nunquam ratio hujus singularitatis quærenda esset in præsumptione libertatis, sed in præsumptione quæ pro possessore est. At dissentientes concedunt rationem singularitatis esse præsumptionem libertatis.

§. XXVII.

Videamus jam an dissentientium rationes sint fortiores nostris, & an adeo ratio nostra, quia unica est, sit pro adeo imbecilli habenda. Id quidem putant dissentientes, putantes præsumptionem (libertatis) facile per præsumptionem contrariam elidi, scilicet per præsumptionem, quæ militat pro possessore, cum in eo potissimus effectus & commodum possessionis consistat, ut possessor immunis sit ab onere probandi; in tantum ut in jure pro impossibili habeatur in actione reali debite dijudicare, quis probare debeat, nisi ante omnia dijudicatum fuerit, quis possessor sit, & quis petitor, id est, quis probandi onus in se suscipere debeat, & addatur disertis verbis in jure, quod & civilis & naturalis ratio id flagitet &c. Textus & autores vide jam supra §. 4. adductos & in Wilhelmi Lyseri *dissertatione de questione nostra*, adjecta novæ editioni Paciani §. 15. & 16.. Jam quid nos ad ista? Concedimus ea omnia, quæ a Doctoribus de præsumptione pro possessore allata sunt, etiam quod civilis & naturalis ratio id suadeat, quemadmodum etiam dissentientes in thesi concedunt ea, quæ de præsumptione pro libertate supra §. 20. sunt

*Responsiones
ad rationes
dissentientium, 1) quod
præsumptio
pro possessione
sit fortior
præsumptione
libertatis.*

adducta; saltem dissentimus in minima circumstantia: Dissidentes dicunt, nostram sententiam fundari saltem in præsumptione libertatis, sed hanc præsumptionem facile elidi per præsumptionem pro possessore tanquam fortiorem, quia videlicet eam & civilis & naturalis ratio suadeat. Nos contra rem invertimus: dissentientium opinionem fundari saltem in præsumptione pro possessore sed hanc præsumptionem facile elidi per præsumptionem libertatis tanquam fortiorem, quia & hanc naturalis & civilis ratio suadeat, quod jam supra §. 20. ostensum est. Ergo vides, crinomenon hic esse, utra præsumptio sit fortior, an præsumptio pro libertate, an pro possessore. Cum vero & naturali & civili ratione utraque fundetur præsumptio, exinde quidem pro fortitudine vel imbecillitate alterutrius præsumptionis argumentum formari nequit. Quærendum igitur erit aliud. Scilicet præsumptio pro possessore generalis est, obtinens non tantum in reliquis actionibus realibus, sed etiam in personalibus. At præsumptio libertatis est specialis, exceptionem faciens a regula. In dubio, autem præsumptio specialis est fortior generali vide Dn. Præs. *dissertat. de præsumptione allodialitatis* §. 29. Non obstat, quod ex Fachineo affert Lyserus *d. l. §. 22.* præsumptionem pro possessione esse specialem, pro libertate generaliore. Nam, dicit, libertas primæva omnibus rebus communis est; possessio autem servitutis specialiter per usum unius & patientiam alterius acquiritur. Sed hic confunditur primo libertas a dominio, cum libertate a servitute, confunduntur item res naturales cum artificialibus, possessio servitutis in specie, cum possessione quarumvis rerum in gene-

14

genere. Res ita perspicua est, ut qui saltem uncia iudicii logici pollet, fallacias hic plures facile palpet. At pergunt *d. l.* Tamen Menochius defendit præsumptionem possessionis esse potentio-rem præsumptione libertatis; at vero Menochius facile princeps est in materia præsumtionum. Per nos id licet, modo non sit noster princeps. Sit princeps mancipiorum ab auctoritate aliorum dependentium. Nos sequimur jurisprudentiam ingenuam, quæ sputa aliorum non lingit. Confer interim, quæ de Menochii libro de præsumtionibus notavit Dn. Præses *de præsumptione allodialitatis* §. 16.

§. XXIIIX.

Pergunt dissentientes, & in specie etiam in servitutibus libertatem ab onere probandi pro reo, si possideat, irrefutabiliter in jure decisam esse asserunt, vide supra §. 4. Lyserum *d. dissertat.* §. 23. Magnum asserunt & præmio dignum, si probetur. Nos supra asseruimus §. 19. controversiam præsentem directo verbis legum non definiri. Sed forte dissentientes intelligunt argumenta legum. Audiamus ergo. Provo- cant primo ad *l. 8. §. 3. si servit. vind.* eamque, quasi rem indubiam reddat, totam describunt (*vid. d. §. 4.*) Res mira. Textus integer etiam a nobis supra §. 13. pro- latus plus non dicit, quam quod in negatoria petitoris partes sustineat is, qui non possidet libertatis exerci- tium; de probatione ibi altum est silentium. At, in quis, sufficit, quod ibi diserte dicatur, actionem ne- gatoriam dari contra possessorem, possessor autem omnis liber est a probatione per dicta in antecedenti- bus, sed respondeo: Ita hic textus probat id quod nun- quam

2) *Quod sen- tentia dissen- tientium de- finita sit in l. 8. §. 3. si servit. vind.*

quam negavimus, & committunt adeo dissentientes ignorationem elenchi. An vero possessor semper liberetur a probatione, hoc jam in quaestione, & sufficit adeo, quod per illum textum non probetur. Senserunt hanc insufficientiam probationis ex *d. l.* alii, ergo hunc defectum supplere voluerunt ex *l. si priusquam 15. de nov. op. nunc.* verbis: *ut jure suo probare necesse haberet. Id enim esse petitoris partes sustinere.* Unde sic argumentantur. Petitoris partes sustinere, est, necesse habere probare *per d. text.* At in actione negatoria non possidens libertatem petitoris partes sustinet *per d. l. 8. §. 3.* Ergo in actione negatoria non possidens probat. Vide Lyserum *d. l. §. 20.* Sed hic negamus majoris universalitatem. Neque enim JCTus ibi indefinite declarat, quod petitoris partes sustinere involvat necessitatem probandi, sed quod in casu ibidem proposito speciali, (ubi condemnatus contumax jubetur alius non tollere, antequam egisset, jus sibi esse alius tollere) *agere seu petitoris partes sustinere* denotet etiam necessitatem probandi. At singularis casus non facit regulam. Et quid si etiam indefinite locutus esset JCTus, tamen nec indefinita propositio semper æquipollet universali, sed sufficit si regulariter aut plerumque res ita se habeat. Sed nusquam regulam negavimus, quod possessor in reliquis actionibus liber sit a probatione, saltem negavimus, quod illa regula etiam procedat in actione negatoria.

§. XXIX.

*Responsio ad
argumentum*

Sed forte sententia dissentientium fortius probabitur aliis textibus juris, hinc necesse est, ut & hos expen-

expendamus. Supra §. 4. post textum in §. *praced.* per-
 lustratum, mox provocatur ad l. 3. §. 13. vers. *nec imme-* de uin. a
rito ibi, *non debet de jure suo docere ff. de itinere actu-* Aug. privat.
que privato. At, si antecedentia & quæ sequuntur, jun-
 gas verbis illis ex d. l. adductis, cæcus si non videre,
 palpare tamen potest, nec hanc legem quicquam pro-
 desse dissentientibus. *Qui hoc interdicto,* inquit Ulpia-
 nus d. l. *utitur* (scilicet de itinere reficiendo, relato ibid,
 §. 11.) *duas res debet docere: & hoc anno se usum, & ei*
servitutem competere. Caterum, si desit alterutrum, de-
ficit (hoc secundum) *interdictum* (etsi, si tantum pro-
 bare possit se hoc anno usum esse, remaneat usus in-
 terdicti primi relati l. 1. pr. eod.) *Nec immerito,* (cum
 magna sit differentia inter ista duo interdicta.) *Qui e-*
nim (in possessione agendi hoc anno constitutus, ex in-
 terdicto primo) *vult ire, agere tantisper, donec de servi-*
tute (in petitorio) *constet, non de jure suo docere.* (Dis-
 sentientes cum Holoandrina legunt: *non DEBET de ju-*
re suo docere, nec refragamur, alias enim sensus hiat.)
Quid enim perdit, qui cum patitur hoc facere, quod hoc
anno fecit? Enimvero qui (ex altero interdicto) vult re-
ficere, aliquid novi facit: neque debet ei in alieno permitti
id moliri, nisi vere habet servitutem. Verum est, qui est
 in possessione itineris, is dicitur hoc loco, quod primo
 interdicto utens probare non debeat jus servitutis. Sed
 & id verum est, ibi non agi de actione negatoria, sed
 de interdicto tuendæ possessionis, ubi de sola possessio-
 ne quæritur, reservata quæstione de jure ad petito-
 rium. Ergo cadit & hoc argumentum. Neque au-
 sus etiam est Lyserus d. l. hunc textum pro adstruen-
 da sententia adversa adducere, etsi omnes alios textus
 colle-

collegerit, qui pro illa afferenda aliquid facere videntur.

§. XXX.

4.) *Ad argu-
mentum ex
l. 15. de N.
O. N.*

Magnum etiam in *d. l. 15. de N. O. N.* auxilium quæ-
runt dissentientes: *Si, priusquam ædificatum esset, agere-
tur, jus vicino non esse ades altius tollere, nec res ab eo
defenderetur: partes iudicis non alias futuras fuisse ait,
quam ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet, non prius
se ædificaturum, quam ultero egisset, jus sibi esse altius tol-
lere. Idemque e contrario, si cum quis agere vellet, jus sibi
esse invito adversario altius tollere, eo non defendente si-
militer (inquit) officio iudicis continebitur, ut cavere ad-
versarium juberet, nec opus novum se nunciaturum, nec ædi-
ficanti vim facturum. Eaque ratione hætenus is, qui rem
non defenderet, punietur, ut jure suo probare necesse habe-
ret. Id enim esse petitoris partes sustinere. Si textum
hunc aliquo modo perplexum & quem commentatio-
ne sua ad Africanum Cujacius magis obscurat, quam
illustrat, paululum attentius confideres, agit de pœna
contumaciæ contra reum in actione negatoria vel con-
fessoria occasione ædificationis altioris instituta, si actor
servitutem altius non tollendi prætendens, antequam
ædificaret alter, egisset actione confessoria, contumax
reus cavere debet, se non prius esse ædificaturum,
quam ultero instituerit actionem negatoriam, & (in pœ-
nam videlicet contumaciæ) probaverit, alteri servitu-
tem non competere. At si actor libertate ædificandi
gaudens, antequam ædificaret, egisset actione negato-
ria, & reus contumax fuisset, in pœnam contumaciæ
jubetur actori cavere, se nec opus novum nunciaturum,
nec ædificanti vim facturum. Quid ergo faciet?
Per-*

14

Permittet adversario ædificare, salva tamen sibi manente actione confessoria, sed quæ adversarium non impedit in ædificatione, & cujus etiam nulla fit mentio in ipsa cautione, ut in priori casu. Hic nihil est, quod doctrinæ nostræ contradicat; sed potius argumentum aliquod hæc lex præbet pro nostra sententia. Nam in primo casu is qui negat alteri servitutem altius non tollendi competere, cum alias, si non fuisset contumax, & exceptione libertatis utens non debuisset libertatem prædii sui probare, in pœnam contumaciæ jubetur agere, & ut in versiculo finali sensus cautionis exponitur, libertatem prædii sui altius ædificandi probare. Ergo suppeditat quidem hæc lex limitationem assertionis nostræ: Actor in negatoria non opus habet probatione, nisi in pœnam contumaciæ cogatur actionem instituere; non autem, nisi reus indistincte sit in possessione servitutis, de quo hic est controversia. Urgeant tamen dissentientes apud Lyserum *d. §. 19. Ex d. l. versiculo: Idemque e contrario &c. usque ad finem colligitur: actione negatoria instituta, si Reus rem non defendat, h. e. contumax sit, pœnam contumaciæ esse, ut servitutem probare cogatur. Ergo e contrario si contumax non sit, actor libertatem probare necesse habebit. Sed respondeo (1.) argumenta a contrario sensu sunt valde imbecillia & multis limitationibus obnoxia. (2.) Primum falsum in illo argumento in eo latet, quod putaverint interpretes versiculum: *eaque ratione &c. in d. l. pertinere ad utrumque casum, cum tamen antecedentia ostendant, eum pertinere saltem ad casum primum, in quo contumax libertatem prædii sui prætendens jubetur cavere, se non prius ædificatu-**

H

catu-

caturum, *antequam ultero egisset*, quia per modo dicta significatus hujus cautionis, intuitu actionis negatoriae erat ambiguus, & interpretationem adeo Jctorum desiderans, At in secundo casu, ubi contumax servitutum præterdendens jubetur cavere: *nec opus novum se nunciaturum edificanti, nec ei vim facturum*, nulla fit mentio actionis instituendae; ergo etiam hæc cautio nulla expositione opus habebat, adeoque verficulus sequens ad illam extendi non potest. Quid si tamen actionem confessoriam instituat? Non opus creditur esse Jctus de hoc casu quicquam monere, quia de eo in formula cautionis nulla fiebat mentio; & ita hæc quæstio decidenda est ex primis juris principiis, sunt vero prima juris principia, regulariter actorem in facto se fundantem, adeoque & confessoria utentem probare debere fundamentum actionis suae. Quod si igitur actor in confessoria probare debet, etiam si non sit contumax: multo magis probare debet, si sit contumax, quia pœna contumaciæ non debet ejus conditionem meliorem reddere. Quod si argumentum dissentientium procederet, possemus ita pariter argumentari: Ex hypothese dissentientium lex docet: eum qui confessoriam instituit post contumaciam, in pœnam contumaciæ debere fundamentum actionis probare; Ergo per argumentum a contrario sensu, confessoriam sine præcedente contumacia instituens liberatur ab onere probandi, idque in reum libertatem præterdendentem transfert. Conclusio est absurda omnibus fatentibus, ergo necesse est ut vitium lateat in argumentatione. Respondeant vero dissentientes, quicquid voverint ad argumentationem nostram; sed graviter non ferent,

ferent, si eandem responsionem retorhuri simus adversus eorum argumentationem. Videtur id subodoratus esse Lyserus *d. l.* unde *in* §. 20. statim sequente putat textum CLARIOREM esse *in l. 8. §. 3. si serv. vind.* Quod in tantum quidem acceptamus, quod fateatur, ita clarum non esse textum *l. 15. ff. de N. O. N.* Nam ipsam *l. 8. §. 3. si serv. vind.* plane nihil pro dissentientibus probare, & sic tantam ejus claritatem esse plane invisibilem modo docuimus §. 28.

§. XXXI.

Propius nos ferire videtur novum argumentum dissentientium, cum fundamentum doctrinæ nostræ petat. Diximus supra §. 20. unicam rationem sententiæ nostræ consistere in præsumptione libertatis prædiorum. At, inquit dissentientes, præsumptionem pro libertate cedere præsumptioni pro possessione, maxime perspicuum est in controversiis de libertate personarum. Omnes homines ab initio natura erant liberi, & servitus ingenuitatem invasit, servitus personalis præsupponit etiam factum humanum, uti servitus realis; & tamen in controversiis, utrum quis sit liber an servus, utrum sit libertinus an ingenuus, is qui libertatem aut ingenuitatem allegat, si adversarius sit in possessione, libertatem & ingenuitatem probare tenetur. *l. liberis 7. §. fin. de liberal. caus. l. circa eum 14. de probat. l. 20. C. eod. l. 4. in fin. C. si serv. exportand. ven.* (vide supra §. 4. & Lyserum *d. l. §. 17. & 18.*) Sed jamdudum responsum est ad hanc objectionem ab aliis. Nimirum a libertate personarum ad libertatem prædiorum argumentum non procedere ob rationem di-

5.) *Ad argumentum, quod in controversiis de libertate personali præsumtio pro possessore vincat præsumptionem pro libertate.*

verfitatis. Rationem diverfitatis ita explicant: In libertate personarum præsumtio libertatis cedit præsumptioni pro possessione, quia uterque status, libertatis & servitutis, aptus est, ut possit inesse origini rei; homines enim post primævam originem semel introducta servitute personali hodie vel nascuntur liberi vel servi. At in libertate prædiorum præsumtio pro libertate vincit præsumptionem pro possessione, quia prædia non solum ante aliquot secula sed etiam hodiernum omnia sine ulla exceptione intuitu originis sunt libera: **Denn die Häuser werden alle gebauet / und die Aecker und andere Güter angebauet oder bebauet / und hecken nimmer junge.** Ergo hæc universalitas quia est sine exceptione, fortior est præsumptione pro possessione. Libertas vero personalis cum post introducta bella multas exceptiones habeat, & sic universalis non sit, est imbecillior præsumptione pro possessione. Vid. Carpzov. *d. Resp. 67. n. 13.* & latius Pacianum *de probat. l. 2. c. 20. ab initio.* Opposuit equidem Alciatus *de præsumt. reg. 2. præf. 1.* non esse omnino universale, quod prædia & potissimum ædificia ab origine sua sint libera, sed dari & hic exceptiones, cum per *l. 23. §. 1. de S. P. U.* futuro quoque ædificio servitus imponi possit. Sed jam & huic responsum est dupliciter, 1.) & hanc impositionem extrinsecus accedere per conventionem, & adeo non inesse ædificio ab origine per naturam, neque præsumi, sed ab allegante probandam esse. 2.) Ipsam etiam conventionem non habere efficaciam, nisi post ædificium extructum, cum servitus sine re, cui inhæreat, subsistere non possit, adeoque demum post originem ædificii, h. e. post ejus extructionem ei accedere

dere servitutem ex pacto præcedente. Vide iterum Pacianum *d. l. §. 12. 14. seqq.* Potius illustratur diversitas libertatis personalis & prædialis a nobis allata exemplo alio ex ipso jure personarum. Sæpe etiam apud Romanos, inprimis olim in statu Reipubl. liberæ, controversia oriebatur an quis sit sub patria potestate nec ne. Quamvis vero filius in quasi possessione sui juris esset, probare tamen debebat, patre negante eum esse sui juris, se per emancipationem a patria potestate esse liberatum *arg. l. 3. de his qui sui vel al. jur. sunt.* Carpz. *d. Resp. 67. n. 14.*

§. XXXII.

Porro tantum abest, ut possessio sit præsumtio fortior præsumptione pro libertate, ut ne quidem in vindicatione rerum corporalium possessio ab onere probandi juris semper relevet, ut constat *ex l. 16. C. de probat.* ubi etsi frater emancipatus possideat prædia, quæ sibi a patre donata contendit, tamen non coheredes actores suam intentionem probare tenentur, quæ fundatur in succedendi jure, sed exceptionem suam possessor probet, h. e. donationem esse factam. Schilter. *Ex. 18. §. 39.* Excipere quidem hic solent dissentientes, hunc casum huc plane non pertinere, cum actores hic vel jam probaverint suum jus succedendi, vel a fratre id ipsis non fuerit negatum, cum ipse opposuerit actoribus exceptionem donationis a patre factæ; adeoque frater probare hanc exceptionem non obstantem possessione debuerit, quia rei, etiam possidentes excipiendo intuitu probationis pro actoribus habeantur. Vide *supra §. 4.* Sed laborant dissentientes hic iterum ignoratione elenchi. Neque enim nos *ex d. l. 16. probat.*

Quæ responsio illustratur ex l. 16. C. de probat.

bamus assertionem nostram, vel inde ad quaestionem praesentem a pari argumentamur, quin potius, ut vides, utimur argumento *d. l. 16.* ad illustrandam responsionem nostram adversus ipsorum objectionem, quod praesumptio pro possessione sit fortior praesumptione pro libertate. Deinde si accuratius casum *d. l. 16.* examinare velis, is ita a quaestione praesente alienus aut diversus non est, ut dissentientes putant. Ita quidem est, frater donationem patris allegans excipit, excipiens vero est instar actoris. Sed consideremus jam, actionem negatoriam adversus possessorem servitutis institutam, eadem hic est ratio. Actor fundat se in libertate praedii, & alteri praetensam servitutem competere negat. Quod si hoc casu lis contestanda Reo, non poterit aliter, quam sibi servitutem contradicendo asserere. Hanc vero, tanquam intentionis suae (i. e. exceptionis) fundamentum in affirmativa consistens probabit B. Stryck. *Us. Mod. ad Pand. tit. si servit. vindic. §. 2. circa finem.*

§. XXXIII.

9.) *Responsio ad argumentum desumptum ex formula pronunciandi in possessorio.*

Tollit simul haec ultima observatio objectionem, quam dissentientes ex formula pronunciandi in possessorio petunt. Ordinarie enim, inquit idem B. Stryckius *d. l.* in possessorio sententia ita concipitur (pro possessore servitutis) daß Kläger bey der possession vel quasi des bis anher gebrauchten Fuhrweges über des Beklagten Wiesen zu schützen / bis Beklagter in petitorio ein anders ausgeführt. Si jam reus petitorium instituat nulla alia ipsi quam negatoria actio competet, hanc autem si intenter, iterum ex natura

tura actionis institutæ devolveret onus probandi in reum: hic vero exciperet se per sententiam in possessione defensum esse, ejusque ad minimum hanc esse efficaciam ne ulteriori probatione gravetur, alioqui idem esset in effectu ac si pronunciatum fuisset: **Daß Kläger in possessione vel quasi des Fuhrweges zu lassen / bis er solche Dienstbarkeit in petitorio ordentlich ausgeführet /** quod involveret contradictionem. Sed suppeditat idem statim etiam responsionem ad hanc objectionem, ita pergens: verum res salva est: non enim possessor sed adversarius ejus ad agendum in petitorio condemnandus est. Cum ergo huic necessario actione negatoria agendum sit, & hæc sui natura onus probandi deferat in adversarium, non proderit huic sententia in possessorio; nec dici poterit, quod bina probatione hoc pacto gravetur: probavit enim in possessorio iudicio se possidere servitutem; jam vero probandum ipsi est, sibi competere servitutem, quod uti dictum ex possessione non præsumitur, cum fortiorem libertatis præsumtionem contra se habeat. Hactenus B. Strykius. Quod si porro urgeas in præfata tamen formula, verba: **bis Kläger einanders ausgeführet /** vocem **ausführen** denotare probationem & idem esse ac si dictum fuerit, **bis Kläger einanders bewiesen;** respondebo, negando assertum. **Ausführen** enim denotat monstrare, ostendere, deducere, quæ singula fieri possunt multis modis sine probatione per testes aut instrumenta. Et ita negatoria actione instituta deducit aut monstrat actor, quod quamvis reus in quæstione circa possessionem obtinuerit; jam tamen in quæstione circa servitutem ipsam, præsumptio sit pro liber-

libertate, adeoque reo hic incumbat probatio, &c.

§. XXXIV.

*Sententia
nostra praxi
communi
confirmatur.*

Quod usum hujus quæstionis practicum attinet, fatentur dissentientes, sententiam nostram in praxi communiter esse receptam B. Beyer. *in positionibus ad tit. se servit. vindicet. pos. 3. lit. c.* Idem fatetur quem sæpius citavimus Lyserus, cujus tamen singularis plane est doctrina, *ib. 23. 24. 25.* sententiam dissentientium & RATIONE & textibus juris vincere, adeoque eam in puncto JURIS veriores esse; nostram vero in praxi receptam, & juxta eam in judicii pronuntiandum esse, priore videlicet quasi per desuetudinem abrogata. Imo hanc sententiam in praxi receptam etiam se ÆQUITATE commendare, ut e contrario pateat: scilicet interdicti uti possidetis illam rationem esse; ut illo obtineat, qui litis contestatæ tempore possideat &c. Hic vero nolumus observare plures inconveniencias 1.) oppositionem *juris ac rationis* ex una parte & *æquitatis* ab altera parte, quæ æquitas non potest non esse, vi oppositionis, plus quam cerebrina, illegalis videlicet & irrationalis. 2.) Probationem tamen subjunctam æquitatis ex ipsis aliis *juris textibus* peti, & ex *ratione* differentie inter possessorium & petitorium; quæ probatio oppositioni præcedenti plane est contraria & adversa &c. Nobis sufficit, quod ostenderit, istos textus juris, quos Lyserus putabat facere pro dissentientibus plane cum nostra sententia non pugnare, & quod hoc modo sententia nostra nitatur simul *ratione*, argumentis *legum, æquitatis* & *communi* etiam *praxi* corroboretur.

TANTUM.

05H750

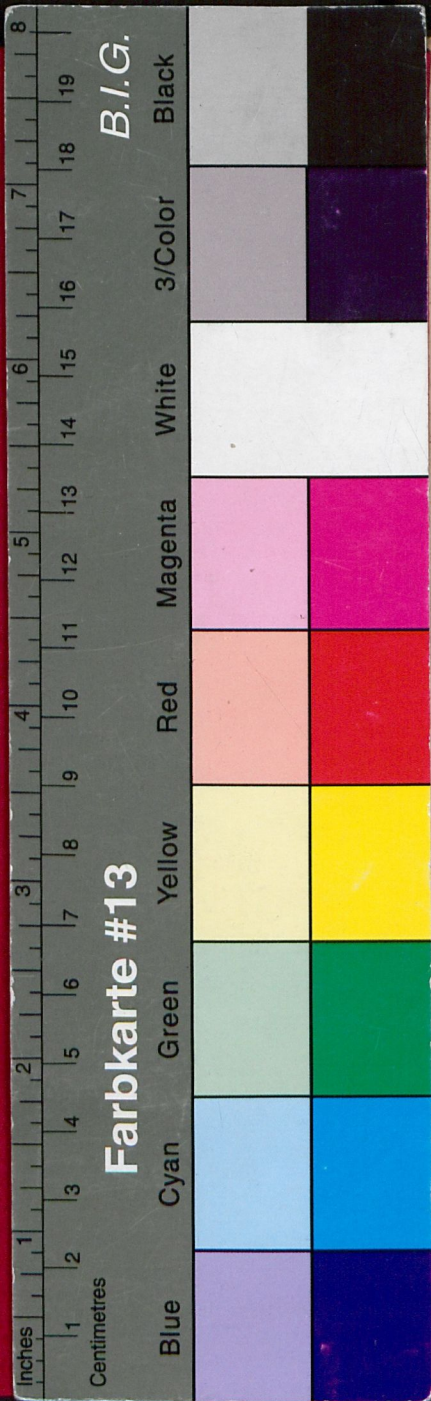
ULB Halle 3
004 228 340



ab







12994

Q. D. B. V.
DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS
DE

ONERE PROBANDI IN ACTIONE NEGATORIA,

QUAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO,

DOMINO CAROLO,

PRINCIPE BORUSSÆ, MARCHIONE
BRANDENBURG, RELIQUA,

IN REGIA FRIDERICIANA,
PRÆSIDE

DN. CHRISTIANO THOMASIO,

JCTO, S. REG. MAJ. BORUSS. CONSILIARIO INTIMO, ACADE-
MIÆ DIRECTORE AC PROFESSORE PRIMARIO, FACUL-
TATIS JURIDICÆ ORDINARIO ET H. T. DECANO,

PRO LICENTIA

PRIVILEGIA DOCTORALIA CONSEQUENDI

AD D. 30. MARTII M DCC XVI.

HORIS ANTE - ET POMERIDIANIS

PUBLICO ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

IOANNES WILHELMVS WARMERS,
LUNEBURGENSIS.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,
LITTERIS SALFELDIANIS.