

1686.

1. Berger, Joh. Henr.: De levis notae macula.
2. Berger, Joh. Henr.: Necessitatem curatoris in actis mulierum publice exhibet . . .
3. Brendel, Joh. Kerp.: Usumfructum rei frugiferae . . . publico . . . examini sistit.
4. Brendel, Joh. Kerp.: Inofficium testamenti querelam . . . publico examini sistit.
5. Brendel, Joh. Kerp.: De legitimatione per subsequens matrimonium.
6. Felleke, Nath.: Sententiam de stabilito imperio per conditionem conscientiarum in negatio religionis . . . ulteriori~~is~~ discussioni sistit.
7. ^{a. 17} Heber, Georg Mich.: De jure ignotorum
8. Leiser, Wilh.: De jure mutui
9. ^{a. 6} Lyser, Wilh.: In actione negatoria utrum actor probare debeat, an reus? 2 Exempla.
10. ^{a. 6} Leiser, Wilh.: De contractibus, qui in scriptis fiunt. ad l. contractus 17 l. de fide instrum.

11. Ludovicus, Joh. Georg: Dissertationis academicae, generatim
 subjectum legis naturae vindicatio
12. Naevus, Joh. Carolus: De potestate principis circa
 jurisdictionem et disciplinam ecclesiasticam.
13. Wuffhant, Li. Fridor: Quid homini naturaliter
 pro vita liceat?
14. Ziegler, Karpus: De privilegiis militum.
15. Ziegler, Karpus: De rebus pro secretis
 habitis
- 16^{a. b. c.} = Ziegler, Karpus: De jure exigendi collectas
 et dationem filiarum illustrium. 3 Exempl.
17. Ziegra, Christianus Sam: De monasteriis pontifi-
 ciorum et oneribus tempore belli Turcici non
 penitus exemptis
- 1687.
1. Berger, Jo. Henricus: Fontes adjectivorum
 qualitatum.
2. Bayer, Jo. Henricus: Renunciationem jurium.

1687

3. Berger, Jo. Henricus: De jure rerum pertinentium.

4. Berger, Joh. Henricus: De privilegiis aegrotorum.

5. Brendel, Joh. Kaspar: Privilegium dotis in con-
cursu creditorum.

6. Brendel, Joh. Kaspar: ^aForma fidejussionis.

6. ^bGrans

7. Heber, Georg Mich: De jure eligendi.

8. ^aHirschmaier, Georg Kaspar: Latinitas legalis praeter

8. ^bmeritum suspecta, . . .

8. ^cKrichmayer

9. Linder, Wilhelm: De prorogatione jurisdictionis

10. Linder, Wilhelm: De crimine caesae majestatis

10. ^bLinder, Wilhelm: De crimine caesae majestatis

10. ^cHaenel, Aug. Christoph: De reservatione juris incompetentis.

11. Oeser, Joh. Georg: Nominem ad se conservandum

whlyari. . . demonstrare conatus.

11. ^aSchöpfel, H. Herr Samuel: Propositiones historico-geo-

graphicas. . . Ediderit atque defendet. . .

12. Thiele, Joh: De usu et abusu potus calidi cum

herba theae

13. Wetschman, Joach: Promissionem ob turpem causam

non esse obligatoriam. . . defendet



1687

14. Wendius, Joach. Formicell: Nabalium apud Veteres
solenitatibus . . . proponunt.

15^{a-6} = Ziegler, Kaspar: De praedictis censiticis
juribus 2 Exempl.

16. Ziegler, Kaspar: De parentati proximis
comunque juribus.

17. Ziegler, Kaspar: De jure successionum et
heredum.



I. N. J.

~~26~~
33
10

In Actione Negato-

riâ utrum Actor probare debeat,

an reus?

PRÆSIDE
VIRO

NOBILISSIMO & CONSULTISSIMO,
DN. WILHELMO
LYSERO,

Jcto & Antecessore in hac Academia
celeberrimo &c.

*DN. PATRONO ac studiorum suorum
PROMOTORE venerando,*

disputabit publicè

JOHANN:ERICUS OSTERMANNUS,

Witt.Saxo.

In Auditorio Jctorum,

Ad D. April. An. clo lœ LXXXVI.

WITTENBERGÆ,

Imprimebat JOHANNES WILCKIUS.



Potentissimi Elector. Saxon.
PROTOSYNEDRI ECCLE-
SIASTICI

PRÆSIDI,
PERILLUSTRI,

UT ET

CONSILIARIIS Gravissimis,
VIRIS

MAGNIFICIS, NOBILISSIMIS, Maximè REVE-
RENDIS, EXCELLENTISSIMIS, AMPLIS-
SIMIS & CONSULTISSIMIS

DOMINO GRATIOSISSIMO

ATQVE

PATRONIS VENERANDIS

& devota animi observantiâ colendis

hocce quicquid est

dedicat ac consecrat

Tantum Nominum

cliens obsequentissimus

JOH. ERICUS OSTERMANNUS,

Witt. Saxon,



I. N. J.
Thes. I.



LEges normam agendorum illis, quibus latae sunt, praescribunt. Quod si id, quod jubent, facere, aut quod vetant, omittere detrectet alter, alter, cujus sc. interest, Magistratus, tanquam Legum custodis, auxilio implorato eum, ut faciat aut omit-
tat, cogendi jus h. e. facultatem moralem habet. Modos implorandi Magistratus auxilium illi, qui primum jura Romana condiderunt, noluere cujusvis arbitrio permit-
tere, sed certos solennesq; constituere, dictos ACTIONES. ff. de Orig. Jur. l. necessarium. 2. §. deinde ex his Legib. 6. qua-
lis modus auxilium Magistratus implorandi ACTIO NE-
GATIVA est ff. si usus fr. petat: l. uti frui §. pr. dicta etiam
NEGATORIA d. l. §. §. fin.

Origo Actio-
num.

II.

Negatoriam actionem nos cum communi
eam facimus, quâ actor in re suâ adversario servitu-
tem vel aliud jus, quod usurpat, competere negat. ff. si ser-
vitus vindicet. l. de servitutibus 2, pr. cui ex altera parte re-
spondet confessoria, quâ Actor Servitutum vel aliud jus si-
bi in alieno competere contendit: *ibid.* quod non ex nu-
dis verbis, quibus Actor fortè in Libello usus est, sed potius
ex re ipsâ & Intentione Actoris aestimandum putamus;

Actionis ne-
gatoria de-
scriptio.

A 2

adeoq;



adeoq; eum, qui dicit, vicino jus non esse ædes suas altius tollere, æqvè ac illum, qui vicini ædes suis servitutum prospectus debere contendit, confessoria agere. Sicut è contrario, qui dicit, jus sibi esse altius tollendi ædes suas, it: jus sibi esse prohibendi adversarium ne horto suo utatur, æqvè ac ille qui negat, ædes suas talem servitutum vicinis ædibus debere, vel jus utendi Usufructuario esse, negatoria agit. ff. si Usufr. petet. L. utifruī s. pr.

III.

Contraria sententia, quæ utrum confessoria an Negatoria actio sit, ex verborum conceptione judicat, adeoq; libellum, quo Actor contendit, vicino jus non esse, ædes suas altius tollendi, ad negatoriam; quo vero jus sibi esse ædes suas altius tollendi, ad confessoriam refert, & Placentini fuisse dicitur, noviter propugnata à NICOL. CISNERO ad Tit. Inst. de act. §. æqvè si agat. 2. & Commentar. ad L. si priusquam. 15. ff. de Oper. novi nunciat. p. 33. non placet: tum ne jura verbis non rebus posita videantur; tum vero propter d. L. utifruī s. pr. ff. si servit: petet: ubi formula, Ajo jus mihi esse prohibendi te, ne re meâ utaris, illi, Nego tibi jus esse utendi re meâ, æqipollens habetur, & utraqve ad negatoriam actionem refertur.

IV.

Regulariter Actor probat. Ita constitutâ atq; apud judicem (qui vice DEI inter homines est 2. Paralip: 19. vers. 6.) introductâ Actione negatoriâ, dispiciendum porro, quid ulterius facto opus sit. Sanè, si alia actio v. c. condictio certi ex mutuo, damni injuriâ dati ex L. Aquiliâ apud judicem introducatur, juris est, ut quem Libelli s. Syllogismi sui Practici medium terminum fecit Actor, v. c. in conductione certi, se 100. mutuo dedisse Titio, in actione L. Aquiliæ, equum suum à Titio in-

injuria occisum esse, probet, h. e. id ita factum esse credere faciat judicem. ff. de probat. & presunt. l. quingenta. 12. in f. ibi: adprobare judici. Cum enim id ita factum esse adserat Actor, neget Reus, non est, cur actori affirmanti Judex magis fidem adhibeat, quam Reo neganti. Accedit, quod facti quæ sunt, potius facta non esse credantur, nisi probentur, juxta notissimam regulam, *Factum non presumitur nisi probetur.* C. de probat. l. 1. C. de non numer. pecun. l. adseveratio 10. Tab. in Barbos. Locuplet. Lib. 6. cap. 3. ax. 27. Unde alia juris nostri regula enata, *Actorem probare debere* ff. de probat. l. verius 21. in fin. ff. d. N. O. N. l. si priusquam. 15. in fin. adeo ut Actore non probante Reus, & si nihil ipse præstiterit, absolvatur. C. de Edend. l. quemadmodum 4. C. de probat. l. Actor. 23.

V.

Sed hoc quatenus Actor aliquid asseverat. Est enim dicta regula, Actorem probare teneri, generalior illa, *Eum, qui dicit s. asseverat aliquid, probare debere.* ff. de probat. l. Ei incumbit. 2. ex ipsa rerum natura petita, quæ nos facta scire non patitur, sed ignorare cap. 1. de constitution. in 6to, adeoq; nec ea præsumere nisi probentur, quæ de re Thef. præced: imò altera illa, Actorem probare debere, in hac ipsa, *Eum, qui dicit, probare debere*, fundatur, atque ideo probatio actori incumbere dicitur, quoniam plerumq; aliquid ad suæ petitionis fundamentum allegat, ut rectè animadvertit *Matth. Wesembec. parat. de probat. n. 6.* Quod, si Actor nil asserat, sed tantum neget, sequitur, regulam illam locum non habere, nec Actorem probare teneri; cum primis, quod *factum negantis per rerum naturam probatio nulla sit.* C. de probat. l. Actor. 23.

Nempe quando aliquid dicit, non quando negat.



Tunc enim
Reus probare
cogitur.

VI.

Quid ergo tunc fiet, nempe Actore negante v. c. se servitutum debere h. e. dicente, nunquam tale aliquid factum esse, ex quo servitutum v. c. pastus l. tigni immittendi reus prætendere possit? Respondeo reum, qui tunc necesse habet, tale quid factum esse, asserere; id ipsum etiã ut probet, necesse habere: juxta regulam quam diximus fundamentalem, eum, qui asseverat, probare debere.

VII.

Quod non obscurè innuit *textus C. de non num. pecun. L. adseveratio 10. verb. negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est)* & ob hoc ad petitorum ejus rei necessitatem transferentem: ubi quidem casus de actore conceptus est; ratio v. eadem etiam contra reum, quando scilicet Actor negat, militat.

VIII.

Quin & si aliter diceremus, negatoriã agentem ad impossibile adstringere velle videremur: cum, ut ex *C. de non num. pecun. L. Actor. 23.* diximus, factum negantis per rerum naturam nulla probatio sit. Frustra itaq; à Legibus Actionis negatoriæ auxilium proditum foret, si eã expecturus ad impossibile reduceretur.

IX.

Accedit, quod quælibet res à naturali suo statu libera præsumatur, quod Dd. ex *C. de Servit. & aqu. L. altius 8. ibi: Altius quidem adificia tollere, si domus servitutum non debeat, Dominus ejus minimè prohibetur. & L. seq. ibi: Si te servitutum talem habuisse non probetur, tollendi altius adificium vicino non est interdictum.* probant: præsumtionem autem eum, pro quo militat, relevare ob onere probandi, illudq; in adversarium rejicere apud nostros tralatitium est, &
pro-

probat per textum. ff. de probat. Et presumt L. cum de in-
debito. 25. pr. vers. sin vero. Nempe qui prædium suum libe-
rum asserit, non tam quid ponit, quam unquam tale quid
factum esse, ex quo adversario servitutum prætere posse
sit, negat. Necesse itaq; est, ut qui illi contradicit, nempe in
actione negatoriâ Reus, tale quid factum esse asserat. Qvò
pertinet, quod Dd. nostri ex BL. in c. cum omnes. X. de
Constit. n. 6. communiter scribunt, omnem servitutum ha-
bere causam, aut *imposititiam* aut *prescriptitiam*: quæ u-
traq; sc. facti est. Cum ergò ea, quæ facti sunt, non præsu-
mantur, ut Th. IV. ostendimus, sequitur à contrario, non
factum quid esse præsumi. Porro, quod diximus, præsum-
ptionem eum pro quo militat, ab onere probandi releva-
re, illudq; in adversarium rejicere, ejus ea ratio est, quod,
ceu ibidem Th. IV. ex ff. de probat. L. quingenta 12. in fin. di-
ximus, probatio judici fit, ut scil. id, quod à probante adse-
ritur, credat. Cum ergo iudex id, quod Actor ponit, scil.
nunquam tale quid factum esse, ex quo adversarius servitu-
tem prætere posse, ob præsumtionem credat, necesse
haud est, ut id probet, qui se in eo fundat, nempe in actione
negatoriâ Actor.

X.

Quæ cum ita sint, rectè communis Schola in Actio-
ne Negatoria contra Regulam, quæ vult Actorem probare
debere, de qua supr. Th. IV. Onus probandi Reo incumbere
statuit. Quam sententiam toto terrarum Orbe, ubi sc. jus
Romanum viget, receptam puto. Nec enim supra lauda-
tum CISNERUM moramur, qui contrarium, & in Negato-
ria etiam actione Actorem necessitate probandi teneri,
astruere conatur. d. Comment. ad L. si priusquam 15. ff. de
Nov. Oper. nunciat. p. m. 70. seqq. Nititur enim erroneo prin-
cipio,

Ut in actione
Negatoriâ.

cipio, ac si Negatoria actio ex verbis, non re æstimanda foret, quod supr. Th. III. disjecimus. Et quanquam præterea illo argumento utatur, quod in Actione Negatoriâ etiâ juxta communem Scholam explicatâ Actor aliquid ponat, nempe libertatem rei suæ; attamen Libertatem non positivè sed negativè explicandam esse nos Thes. præced. adstruximus.

XI.

*Quod genus
Actionis sin-
gulare est.*

Illud facilè largimur, hoc genus Actionis, quo is, qui ad judicium provocat, adversarium necessitate probandi astringit, singulare esse, & à communi juris tramite alienum. Unde quoque solum in juribus incorporalibus receptam est: in controversiis v. rerum corporalium proditum non est, dicente Imperatore *J. de act. §. æq. 2. vers. quod genus.*

XII.

*Formatur
questio, utrū
in Actione
Negatoria
Reo etiam
tunc, quando
in possessorio
obtinuit, onus
probandi
incumbat?*

Atque ea, quæ hætenus diximus aut nihil; aut parum dubitationis habent. Sed est casus, qui dubitationis plurimum patitur. Nempe juxta effatum Imperatoris *Inst. de Interd. §. retinenda 4.* plerumq; & ferè semper ingens existit controversia de ipsâ possessione. Accidit itaq; non rarò, ut postquam diu multumq; partes de possessione disceptarunt, & alter fortè sese servitutem v. c. tigni immittendi vel pastus in alieno, possidere per actus ante tres, quatuor, quinque; imo decem, viginti & quod excurrit annos exercitos probavit, tandem pro eo in possessorio, ut loquuntur, sententia feratur. Victus in possessorio dominus ædium vel agri, in quo servitus exercetur, ad petitorium, quod vocant, & actionem negatoriam provocat. Hic, si victor in possessorio nec titulū possessionis suæ, forte, quod documenta eâ de re ante aliquot secula confecta dudum intercidere; nec

nec se ante triginta unum annos, sex septimanas, tres dies
(nam in foro Saxonico haud minori spatio servitutes
usucapiuntur *L. Recht. lib. 1. art. 29. Novell. Aug. part. 2.
const. 6. BENED. CARPZOV. part. 2. const. 3. def. 3. n. pen.
& ult.*) illud jus exercuisse, fortè, quod hominibus illius
regionis superiorum temporum calamitatibus extinctis
in istis locis non reperiuntur, qui talium actuum memi-
nerint, ostendere possit; ob privilegium actionis Nega-
toriae, quod dixim⁹, causa cadere cogitur, possessione, ut
ut satis diuturnam probaverit, nequicquam eum juvan-
te. Quod mihi perquam durum visum est. Itaq; de qua-
sito, *Utrum in Actione negatoriâ Reo etiam tunc, quando
in possessorio obtinuit, onus probandi incumbat, accuratius
cogitare institui.*

XIII.

Ad quaesitum istud communem Dd. Scholam affirma-
tivè respondere negari vix potest. Nos praecipuos enar-
rabimus; qui ferè communem illam esse simul testantur,
ut GL. in *L. sicuti. 8. §. Sed si queratur. 3. verb. possessoris. ff.
si servitus vindic. BR. ad L. si priusquam. 15. ff. de Nov. Op.
nunciat. in part. 3. Oppos. 2. n. 17. JASON. ad eand. L. n. 43.
FULV. PACIAN. de Probat. L. 2. c. 20. n. 8. JOSEPH. MAS-
CARD. de probat. Conclus. 1194. n. 47. seqq. JOH. SCHNEI-
DEWIN. ad §. æquè. 2. l. de Act. n. 39. CHRISTOPH. PHI-
LIPP. Richter/ Decis. 98. n. 63. Et qui quaestionem hanc
quasi ex professo tractavit BENED. CARPZOV. *Lib. 1. Resp.
67.* qui & plures pro hac sententiâ allegant, & ut dixi, o-
mnes ferè communem esse testantur.*

*Auctores qui
illud affir-
mant,*

XIV.

Argumentis pro hac sententia utuntur iisdem, qui-
bus nos supra Th. 7. 8. 9. in Actione Negatoriâ Reum ad

*Eorumq;
rationes.*

B

pro-



probationem adstringi ostendimus. Neq; enim tantam vim possessionis esse admittunt, ut propterea onere probandi Reus possessor liberetur. Unde regulam illam ex *C. de probat. l. possessiones. 2. Inst. de Interd. §. Retinenda 4. vers. Commodum.* quod possessio ab onere probandi releuet, limitant in incorporalibus, quando scilicet illarum quasi possessio à primævo rei statu discrepat, ut hic, ubi servitio possidetur, res autem ab initio libera fuit juxta dicta Th. 8. Tunc enim possessorem onere probandi non relevari statuunt, inq; eam rem utuntur textu *de Privileg. in 6to cap. cum persona. 7.* ubi, qui exemptionem à Juris dictione Ordinarii præ tendit, eam probare cogitur, non attento, quod in possessione libertatis constitutus sit.

XV.

*Auctores pro
sententia ne-
gativa.*

Hæc ita communiter statuuntur. Contraria sententia, quæ in actione Negatoria Reum, quoties in possessione est, onere probandi gravandum esse negat, quamvis fortè tot Patronos non habeat, attamen egregiis etiam Viris haud destituitur. Et jam olim eam defendisse legitur RAPHAEL CUMANUS ad *d. l. si priusquam. 15. ff. de Nov. Oper. Nunc.* qui mihi tamen ad manus non est. Sunt vero GVILIELM. DURAND. in *Specul. lib. 4. part. 2. Rubr. de causa possess. & propriet. §. De publiciana & de servitut. 3. n. 29. vers. Sed iste negans.* ANDR. ALCIATUS de *Presumpt. Reg. 2. Presumpt. 1.* FRANCISCUS DUAREN. ad *tit. de probat. cap. 13. vers. unde queritur.* JOSEPH. MASCARDUS sibi ipsi, ubi supra, quodammodo contrarius *Conclus. 1299. n. 4.* JACOB. MENOCH. *lib. 3. Presumpt. 89. n. 8.* ANTON. FABER in *Cod. Tit. de Servitut. & aqu. def. 8.* JOH. JAC. SCHUTZ in *Compend. Jur. Lauterbach.*

terbach. ad tit. si servitus vindic. vers. Hac actio. & imprimis ANDR. FACHIN. controvers. Jur. lib. 11. cap. 56.

XVI.

Argumentum pro hac sententiâ à regula illa quam Th. 12. adduximus, quod scilicet possessio ab onere probandi relevet, petitur. Cujus regulæ bina fundamenta dari possunt; tum quod quilibet ex justa causa atque cum titulo possidere præsumitur, ff. famil. excisc. L. 1. §. 1. (ubi, qui partem hereditatis possidet, pro coherede habetur) MATTH. WESEMBEC. ad tit. ff. de Acq. vel Amit. possess. n. 7. sicut & ipse bonus & justus esse ff. de legat. 2. L. Cum pater. 77. §. Rogo 25. X. de præsumt. c. ult. JACOB MENOCH. de præsumt. l. 5. præsumt. 1. tum quod à præsentem ad præteritum arguitur, & qui hodie possidet, olim quoque possedisse intelligitur JOH. OTTO TABOR. in Barbos. locuplet. lib. 14. cap. 70. axiom. 1. cum mutatio, tanquam facti, (vid. supr. Th. 4.) non præsumatur, GL. & Dd. in L. si vero, §. 1. ff. qui satisd. cog. Unde fieri non potest, quin talis longâ possessione cepisse, atque sic præscriptionis titulo munitus videatur.

XVII.

Præterea variis etiam Juris textibus hæc sententia nititur: qualis est textus ff. de liberal. caus. L. liberis. 7. §. fin. ibi: si quis ex servitute in libertatem proclamat: petitoris partes sustinet. Si verò ex libertate in servitutem petatur: is partes actoris sustinet, qui servum suum dicit. Igitur cum de hoc incertum est: ut possit judicium ordinem accipere: hoc antè apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitutem, aut contra agatur. Et si fortè apparuerit, eum, qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse: is, qui se dominum



dicit, actoris partes sustinebit, & necesse habebit servum suum probare. Quod si pronuntiatum fuerit, eo tempore, quo lis preparabatur, in libertate eum non fuisse, aut dolo malo fuisse: ipse, qui de sua libertate litigat, debet se liberum probare. Ex quo patet, eum, qui se liberum dicit, si in possessione libertatis non sit, ut ut præsumtionem libertatis pro se habeat, (cum non minus homines quam prædia à primævo suo statu liberi præsumantur: jure enim naturali omnes liberi nascuntur, ff. de Just. & jur. L. manumissiones. 4.) eam tamen probare debere.

XIIX.

Geminus huic textus ff. de probat. L. circa eum 14. est, ibi: Circa eum, qui se ex libertinitate ingenuum dicit, referendum est, quis actoris partibus fungatur? Et si quidem in possessione libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit libertinitatis causam agere, docereque se ingenuum esse.

XIX.

Accedamus propius, & videamus textus, qui de ipsa nostrâ Negatoriâ actione loquuntur, qualis est ff. de Nov. Oper. nunciat. L. si priusquam. 15. ibi: Si priusquam edificatum esset, ageretur, jus vicino non esse ad eas altius tollere: nec res ab eo defenderetur: partes judicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet, non prius se edificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse altius tollere. Idemque è contrario, si cum quis agere vellet, jus sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente, similiter (inquit) officio judicis continebitur, ut cavere adversarium juberet, nec opus novum se nunciaturum, nec adificanti vim facturum. Eaque ratione hætenus, qui rem non defenderet, punietur, ut jure suo probare necesse haberet. Idem esse, petitoris partes sustinere.

Ex



Ex cuius versic. *Idemq; è contrario & c. usq; ad fin.* colligitur, Actione negatoriâ institutâ, si Reus rem non defendat h.e. contumax sit, pœnam contumaciæ esse, ut servitutem probare cogatur. E. è contrario, si contumax non sit, Actor libertatem probare necesse habebit.

XX.

Sed clarior textus est. *ff. si servitus vindic. L. sicut 4. §. sed si queritur. 3. ibi: sed si queritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi debere ait: Si v. non sint immissa, eum, qui negat.* Ex quibus sic argumentari licet: Quando tigna immissa sunt, h.e. is, qui servitutem præten dit, in possessione constitutus est, petitoris partes sustinet is, qui servitutem se debere negat h. e. Negatoriâ agit. Junge huic ex verbis ultimis *Legis in præced. Tb. allegatæ.* Atqui petitoris partes sustinere est necesse habere, probare: Et evadet Conclusio, Ergo quando is, qui servitutem præten dit, in possessione constitutus est, is qui Negatoriâ agit necesse habebit probare. Quo, quid manifestius dici possit, non video.

XXI.

Atq; hi sunt textus & rationes quibus sententia illa, quæ agenti Negatoriâ, quando reus in possessione est, onus probandi imponit, nititur; quas si quis cum rationibus & textibus, quibus prior sententia, quæ id onus Reo imponit, nititur, contulerit, facile animadvertet, textibus juris posteriorem vincere: Rationem v. & analogiam juris, (quam ego plurimi facere soleo,) quod attinet, summa rei eo redit, utra præsumtio, nempe quæ à primævâ libertate

*Conferuntur
sententia illa
inter se.*



tate pro Actore ducitur, an quæ à possessione pro Reo, alteri prævaleat.

XXII.

Et illam quidem, quæ à primæva libertate ducitur, alteri à possessione ductæ prævalere scribit JASON. in *d. l. si priusquam. 15. ff. de Nov. Oper. Nunc. n. 35. vers. ex istâ conclusionem.* Sed refutat eum ex CUMANO FACHIN. *d. l. ii. Controv. Jur. c. 56.* binis potissimum rationibus. I. Quod sicut possessio præsens prævalet libertati primævæ, ita quoque præsumptio à possessione præsentis ducta præsumptioni à libertate primævâ ductæ prævalere debeat. Possessionem a. præsentem libertati primævæ prævalere patet vel ex eo, quod possessor servitutis contra libertatē prætendentem saltem in possessorio obtinet, ut omnes, etiam contrariæ sententiæ auctores, fatentur: add *ff. de Itin. actus, priv. l. 1. pr. it. de aq. quot. & estiv. l. 1. pr.* II. Quod apud nostros in confessio sit, specialem præsumptionem generali prævalere. JACOB. MENOCH. *de præsumt. l. 1. q. 29. n. 7.* Præsumptio a. quæ à possessione oritur, specialior sit, ea vero quæ à libertate primævâ, generalior: Libertas enim primæva omnibus rebus communis est; possessio autem servitutis specialiter per usum unius & patientiam alterius acquiritur. *ff. de Usufr. l. omnium. 3. pr. vers. dare.* Eandem etiam, nempe, quod præsumptio & conjectura, quæ descendit à quasi possessione sit potentior illâ, quæ est, quod quælibet res præsumatur libera, tuetur in materia præsumptionum facile Princeps laudatus MENOCH. *de Præsumt. d. l. 1. q. 29. n. 12.* nec vidi, qui hætenus contrariam assereret.

XXIII.

Quæ cum ita sint, & sententia illa quæ agenti Ne-
ga-

Et concludi-
tur senten-
tiam illam,

gatoria, quando reus in possessione est, onus probandi imponit, alteram & ratione & textibus Juris vincat; fateamur tandem, illam ipsam in puncto Juris veriore esse.

*quæ Actoris
onus probandi
imponit, in
puncto juris
veriore esse*

XXIV.

Quid ergo alteri illi, quæ Actorem hoc onere liberat, Reumq; , ut servitutem probet, adstrictum vult, à communi Dd. Scholâ & tot Viris celeberrimis propugnata, ac præterea Judiciorum praxi receptæ fiet? An propterea rejicienda illa & ex judiciis eliminanda erit? Non puto; quin potius juxta eam, utpote tot seculis receptam, in judiciis pronuncianum sentio. Rectissime enim receptum est, ut leges non solum suffragio Legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur, dicente Julian. *ff. de Legibus L. de quib. 32. in fin.*

Sed defendatur altera; quæ onus illud Reo imponit.

XXV.

Quæ communis & praxi recepta sententia se etiam æquitate commendat, ut à contrario patet. Nempè interdicti uti possidetis sive retinendæ possessionis ea ratio est, ut illo obtineat, qui litis contestatæ tempore possidet. *ff. uti possid. L. 1. pr. ibi: Ait Prætor, uti eas ades, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.* Add. *Instit. de Interd. §. retinenda. 4. in fin.* Porro idem interdictum ex communi sententiâ etiam rebus incorporalibus v. c. servitutibus applicatur. *ff. de servit. L. fin. si serv. vindic. L. sicut a. 8. §. Aristo. 5. in f.* Addantur Paratitlistæ MATTHÆUS WESENBEC. HEINR. HAHN. AMAD. ECKOLT. DN. GEORG. ADAM. STRUV. COLL JUR. LAUTERBACH. *ad tit. ff. uti possidet.* Colligitur a. rei incorporalis s. juris

Et ab æquitate commendatur.



ris possessio ex usu unius & patientia alterius ff. de Usufr.
L. omnium. 3. pr. vers. dare. ibi: *patiatur utifruui. It.*
deservit. prædior. Rustic. l. 1. in fin. & ad talem possessio-
nem acqvirendam unicus actus sufficit (scil. in servituti-
bus discontinuis: in continuis enim nec raritas nec fre-
quentia actuum, sed præsens rei status spectatur ff. si serv.
vindic. L. sicut autem. 8. §. sed si qværitur. ibi: sciendum est
possessoris partes sustinere, siquidem tigna immissa sint, eū,
qvi servitutem sibi deberi ait.) ff. de Aqu. Cottid. §. astro.
L. 1. §. Qvod a. 4. ibi: Qvod autem scriptum est in Inter-
dicto, uti hoc anno aquam duxisti: hoc est, non cottidie, sed
hoc anno vel una die vel nocte. §. Item qvæsitum. 22. ibi:
cum sufficiat, vel uno die hoc anno aquam duxisse. JOH.
SCHNEIDEWIN. ad tit. Inst. de Interdict. §. possidere. 5.
n. 127. PET. FRIDER. MINDAN. de Interd. Commentar. 28.
n. 68. LUDOV. POST. De manutenend. Observ. 18. n. 5. Po-
ne jam, Cajum in agrum Titii pecora sua aliquando pa-
stum immisisse; idqve Titium, utut viderit, ad animum
haud revocasse, fortè, qvod apertis ubiqve campis & fru-
giferâ tempestate suis pecoribus abunde pastum suppe-
tere sciret, putaretq; præterea, Cajum in ea loca cum pe-
coribus suis reversurum nunqvam esse. Sed redit ali-
quanto post Cajus, eumqve pignorat Titius. Itaqve ad
judicem proficiscuntur: qvi audito, Cajum semel ali-
quando sciente & patiente Titio pecora sua in agros Ti-
tii immisisse, sententiam pro Cajo fert, eumqve in pos-
sessione tuetur: Titius vero Negatoriam instituit. Hic
si juxta accuratam illam, qvæ scripta jura sequitur, opi-
nionem procedendum fuerit, Titius & onere probandi
negativam gravabitur, &, si illam probare non possit,
cum

cum juxta dicta *Th. 9.* factum negantis probatio nulla sit, facilitatis suæ præmium feret, ut agris suis servitutem accersivisse intelligatur: quod perquam durum etiam est. Patet E. æquiores esse communem & Praxi receptam opinionem, juxta quam ille Negatoria agens, dum adversarium ad probandam servitutem adstringit, facile se difficultate istâ, in quam facilitate aut levi quadam suâ incuriâ incidit, liberabit.

XXVI.

Accedit quod onus hoc, quo in Actione Negatoria Reum, licet possessorem, ad jus suum probandum adigimus, ad brevioris temporis possessionem restrictum sit. Si enim paulò diuturnior ea, & saltem per decennium continuata fuerit, onus illud cessat; nec, quo jure servitus constituta sit, docere necesse illi est: quin imò ipse tunc actionem pro vindicandâ servitute habet. *ff. si servit. vindic. L. si quis diuturno 10. ibi: Si quis diuturno* (diuturnum tempus in Jure nostro decennium cum primis inter præsentibus, significat *ff. qui & à quib. manumiss. L. si cum fideicommissa. 16. §. Aristo. 3. ibi: si non diu in libertate fuisset, id est, non minus decennio: Jusu & longâ quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos fortè tot usum se, non vi, non clam, non precario posse disse.*

XXVII.

Sed hîc notanda est differentia inter Jus Civile & Saxonicum: de quâ supr. *Th. XII.* diximus, quod Jure il-

*Difficultas ex
differentiâ
Juris Civilis
& Saxonici*

C

lo



lo servitutes non minori, quam triginta unius anni, sex septimanarum & trium dierum possessione capiantur. Quod vulgò ita accipitur, ac si onus illud probandi, quod in Actione Negatoria juxta communem sententiam servitutis possessori Reo imposuimus, illi incumbat, neque ipse eo liberetur, usque dum longum illud 31. anni 6. hebdomadam & 3. dierum spacium expleverit. Et sanè id ipsum, quod doctrina illa de præscriptione servitutum Saxonica ita accepta est, incommodum illud peperit, de quo *d. Tb. XII.* quod me movit, ut hæc de re accuratius cogitarem, tandemq; animadverterem, id ex doctrinâ illâ non sequi.

XXVIII.

Tollitur. Primùm enim nullus interpres Saxonicus casum illum, quo quis servitutum ultra decennium quietè possederit, expressè tractat, & tunc quoque possessorem illum ad onus probandi astringit: ut propterea illam interpretationem, quasi possessor servitutis, donec 31. annos, 6. septimanas, 3. dies possessio sua expleverit, onere probandi gravandus sit, in Foro Saxonico receptam dicere non possimus.

XXIX.

Deinde nota est in Foro nostro distinctio inter Judicium Possessorium Ordinarium, & Summarium, quod etiam Summarissimum ac momentaneum dicitur, BENED. CARPZOV. *Proc. Jur. Tit. 23. art. 1. n. 6.* (quam distinctionem quidem JOH. BRUNNEMANN. religiosissimus auctor, si DEO rem gratam Judiciorum reformatione facere velimus, rejiciendam scribit ad *tit. Cod. si de momentan. possess. fuerit appellat.* Ego v. eam praxi hodiernâ receptam, CARPZ. *d. Proc. Jur. Tit. 1. art. 5. n. 32.* ut in-

incommodis, quæ ex litibus super possessione ortis, & ob
quas partes facile ad arma venire solent, quantocius ob-
viam eatur, utiliter retineri posse puto, modo opera de-
tur, ne Processus possessorii ordinarii, ut ordinarius aliq,
nimis proteletur; quod laxatâ aliquantum iudicis pote-
state felicius, quàm, ut multis videtur, novis legibus latis,
quarum multitudine & in civili & in nostro foro labora-
mus, fieri posse arbitror:) hoc frequens in tribunalibus;
illud rarum: & crediderim ego, Interpretes Saxonn. qui
in actione Negatoriâ Reum, licet in possessione servitu-
tis constitutum, onere probandi gravandum scripsere,
vix de alia possessione, quam eâ, quam possessor momen-
taneo iudicio ostenderit, sensisse: neque enim distinctè
loquuntur. At suppositâ distinctione inter Possessorium
Ordinarium & Summarium ne quidem in Foro Civili
etiam eos, qui in Actione negatoria Reum possessorem
ab onere probandi immunem defendunt, possessioni
saltem summarie demonstratæ tantum effectum, ut ab
onere probandi liberet, attributos puto. Neque enim
in lite possessorii Summariissimi decidendâ aliud inten-
dit iudex, quam ut celeriter & pro præsentis alterum ex
litigantibus possessorem constituat, ne lite diutius pen-
dente partes ad arma veniant, Ensemq; pro libello osten-
rent, ut loquitur BL. in L. quisquis ff. quorum appellat.
uberiori causæ cognitione ad ordinarium Processum re-
jectâ. PETR. FRIDER. MINDAN. de Interd. cap. 13. n. 9. BE-
NED. CARPZOV. L. 1. Resp. 10. n. 10. & 16.

XXX.

Tertiò deniq; si verba Textus in L. si quis diuturno
10. ff. si servit. vindic. supr. Tb. 26. à nobis relata accuratius
ponderentur, duo in illis disposita animadvertere licet.

C 2

1. Eum



1. Eum qui servitutem integro decennio possederit, non habere necesse probare, quo jure servitus constituta sit.
2. Eundemetiam jus servitutis nactum esse, & utilem actionem habere. Jam admitting posteriore in Foro Saxonico locum non habere, nec decennii possessionem ad servitutem acquirendam sufficere, juxta dicta *Tb. 27.* An v. propterea prius illud, nempe, quod qui servitutem per decennium possedit, onere probandi relevetur, ab rogatum dicemus? Enimvero non puto. Jura enim Saxonica ita interpretanda sunt, ut, quantum fieri potest, correctio juris communis evitetur. MATTH. COLER. *decis. 8. n. 5.* CARPZOV. *p. 2. const. 1. def. 15. in fin.* Quare concludimus & dicimus, decennii spacium etiam in foro Saxonico possessorem ab onere probandi relevare: quo admissio, incommodum illud, quod sententiam communem, quæ Actione Negatoriâ institutâ Reo, licet possessori, probandi onus imponit, premere diximus *Tb. 12. cessat.*

XXXI.

Dicis: quæ ergo utilitas Agentis negatoriâ ex differentia illa inter Jus Civile & Saxonico. quoad præscriptionem servitutem, ad quam illud 10. annos (scil. inter præsentem) hoc 31. cum 6. hebdomadibus & 3. diebus requirit, si in foro etiam Saxonico decennii possessio Reum in Negatoriâ à probatione juris sui liberat, Actoremq; ut negativam probet, adstringit? cum juxta *C. de probat. L. Actorem. 23.* & *C. de non numer. pecun. L. Asseveratio 10.* factum negantis per rerum naturam nulla sit probatio, adeoq; effectu coincident, usucapio & ab onere probandi liberatio utraq; decennali possessione acquirenda. Respondeo factum negantis per rerum naturam nulla est probatio nempe directa. Cum enim omnis probatio-
nis

nis ultimum fundamentum sit perceptio, quæ sensibus fit: non-factum a. sive nudum proponatur sive circumstantiis vestitum sensibus percipi nequeat; sequitur id ita h. e. directò probari non posse. At, quò minus negativa facti per indirectum probari possit, nihil impedit: v. c. qui negat se sciente & patiente vicinum pecora in pascua sua immisisse, vel tigna in parietem suum immissa habuisse, is utiq; id directò probare non potest; quis enim sensu pecora in pascua, tigna in parietem non immissa percepit? quod si vero is ipse probat, se ante 15. annos pecora, quæ vicinus in pascua sua immiserat, pignoralte, vel tigna præscidisse, ille utiq; negativam probat, sed non directè verum indirectè, & mediante affirmativâ facti, ex qua Judex deinde negativam colligit, E. hic vicinum per tantum temporis spatium nempe 31. annos 6. septimanas, 3. dies pecora in agros suos aut in parietem suum tigna immittere passus non est. Sunt autem complures tales negativam probandi modi, quorum quinquaginta quatuor collegit FRANC. HERCULANUS in *Tract. suo de probanda negativa*. Ut adeo Negativæ probatio difficilis quidem, non vero impossibilis prorsus sit.

XXXII.

Ufus hujus doctrinæ talis erit, ut Actione Negatoriâ institutâ ab eo, qui v. c. negat, se teneri, ut vicinum pecora in pascua sua immittere, l. tigna in parietem suum (nempe Actoris) immissa habere patiatur, Reoq; juxta communem sententiam probationis onere instructo, hic, si se per 10. annos pecora in vicini pascua immisisse, aut tigna in vicini parietem immissa habuisse probaverit, absolvatur eo jure quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant, ut, in alio tn. casu, loquitur textus *ff. si usus fr. petet. l. utifru. §. in f. pr.* Tutius tn. faciet Reus, si exceptione possessionis per decennium continuatæ in litis contestatione adductâ, sententiâ, qua ipsi probatio injungitur, ita concipi curaverit, ut aut jus servitutis sibi competere, aut se decennio integro pecora immisisse vel tigna immissa habuisse probet. Sententiâ n. eo tenore latâ, si Reus tanti temporis possessionem probaverit, absolvetur, ut diximus, nisi Actor reprobando, (quod in Foro Sax. ante publicatas attestaciones facere debet Dn. JOH. GEORG. NICOLAI. *Proc. Judic. part. 1. c. 63. n. 5.*) libertatem rei suæ, h. e. se ante 10. annos tale quid passum non esse, ostenderit. Tantum! S. D. G.



ADDITAMENTUM.

QVæ de Domaniis eorumq;
Jure satis eruditè hodie dis-
putantur, propter Jura Feuda-
lia in Imperio nostro, anteqvã
ista disputarentur, recepta, Sta-
tibus Imperii nostri commodè
applicari vix possunt.

WILHELMUS. LEISERUS.

JURR. D. & ANTECESSOR.

DN.

JO. ERICO. OSTERMANNO.

AFFINI. SUO.

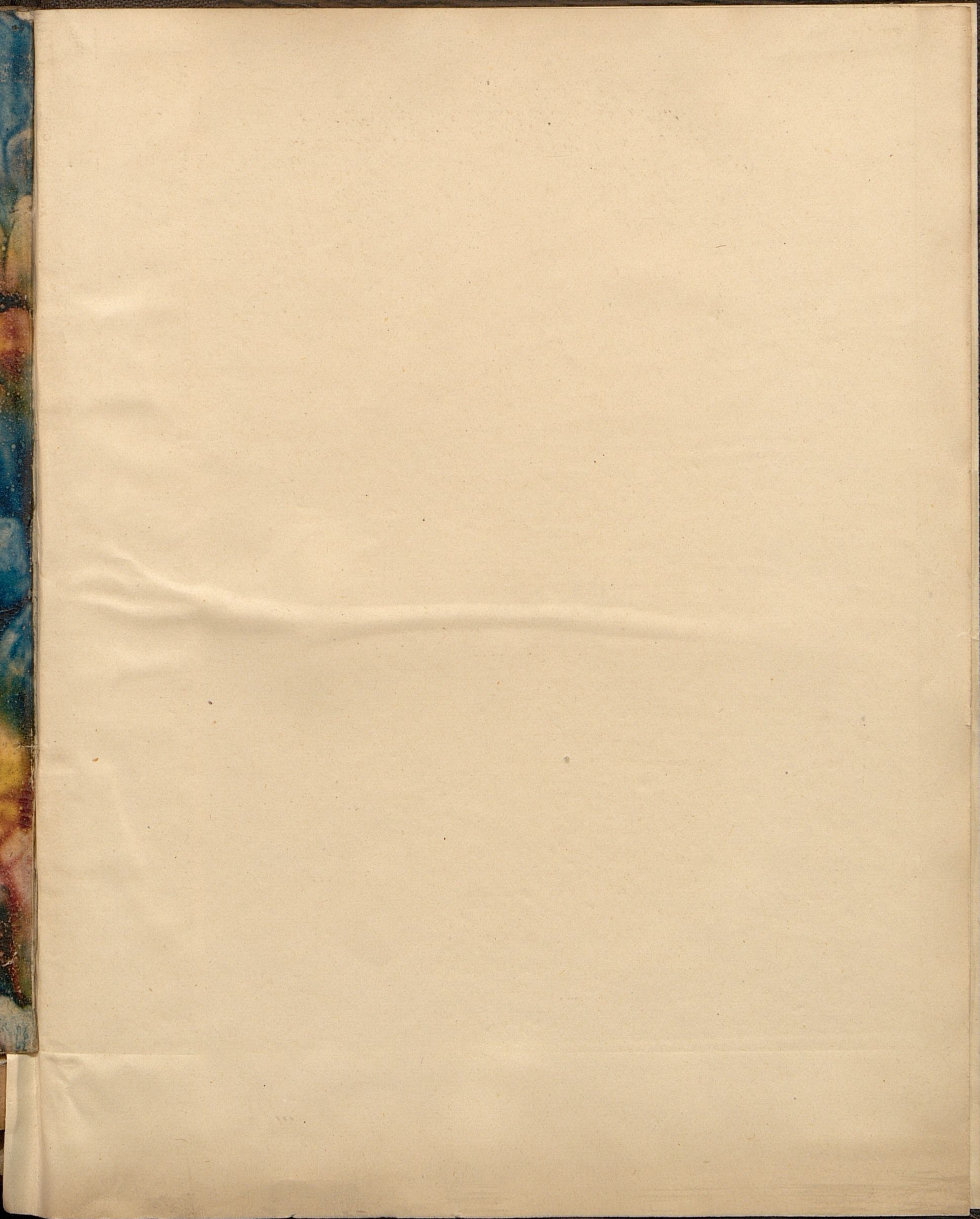
Sal.

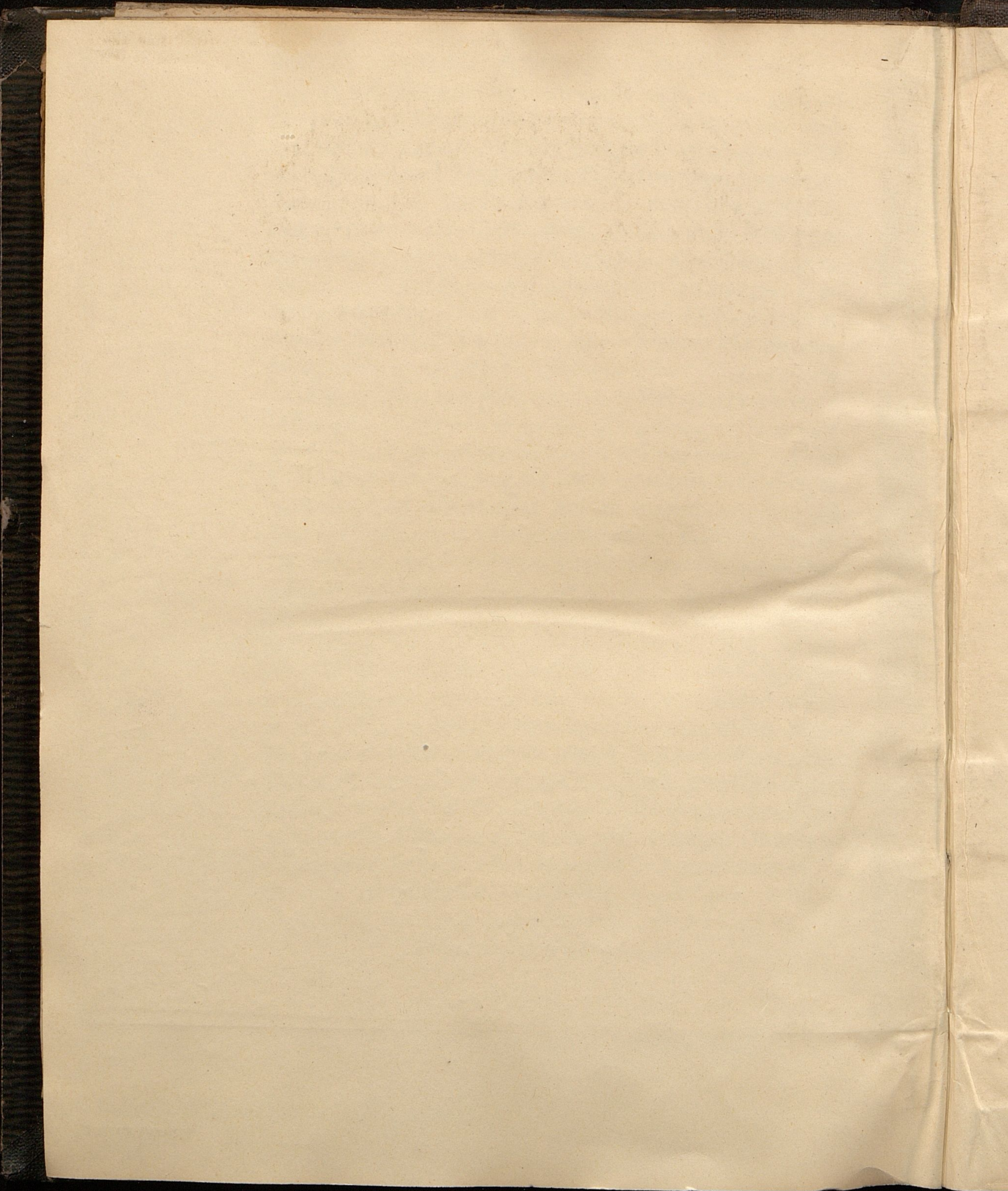
Accipe tandem, quas diu à me flagitasti, Theses argumentum futuras, in quo eruditionem Tuam legalem publicè probares. Et ego quidem materiam illarum ex locis petii, ut Te, qui ex JUSTINIANI nostri definitione PROLYTA cluis, digna videri possit. Profecto servitutum materiam si quis facilem sibi persvaserit, legat titulum Digestorum, *Communia prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum.* ac quæ Dd. ad illum congefferunt; & inveniet in eo adeo abstrusa, ut propemodum ab ipsâ ratione aliena dicturus sit. Probationum vero ac præsumptionum materia quanto pateat ambitu, testantur ingentia, quæ de probationibus ac præscriptionibus FULVIUS PACIANUS, JOSEPHUS MASCARDUS, JACOBUS MENOCHIUS conscripsere volumina. Porro possessionum, quæ in facto consistunt, jura multos, qui Doctores Juris audiunt, non intelligere juraverim ego. Quid de Actionibus, it. de famoso §. *Æquè si agat. 2. Inst. de Action.* ad quem quæsitum nostrum pertinet, dicam? Quæ cum ita sint, habes, ut dixi, Theses, in quibus asserendis ingenii vires periclitari, & eruditionis Tuæ legalis specimen exhibere



bere possis. Age igitur **OSTERMANNE CL.**, & præ-
lium magno animo capesse, talemq; Te in eo virum præ-
sta, qvalem aliquando futurum jam olim speravimus.
Ego vero **DEUM T. O. M.** ex animo precor, ut cœptis
Tuis adesse, eamq; Tibi propediem Spartam largiri velit,
qvæ & Tibi ornamento, & Nobilissimæ Tuæ familiæ, cum-
primis vero Matri Opt. fœminæ religiosissimæ gaudio &
stabili fulcro esse qveat. B. V. Dab. è Muséo Cal. April.
clō Ioc LXXXVI.



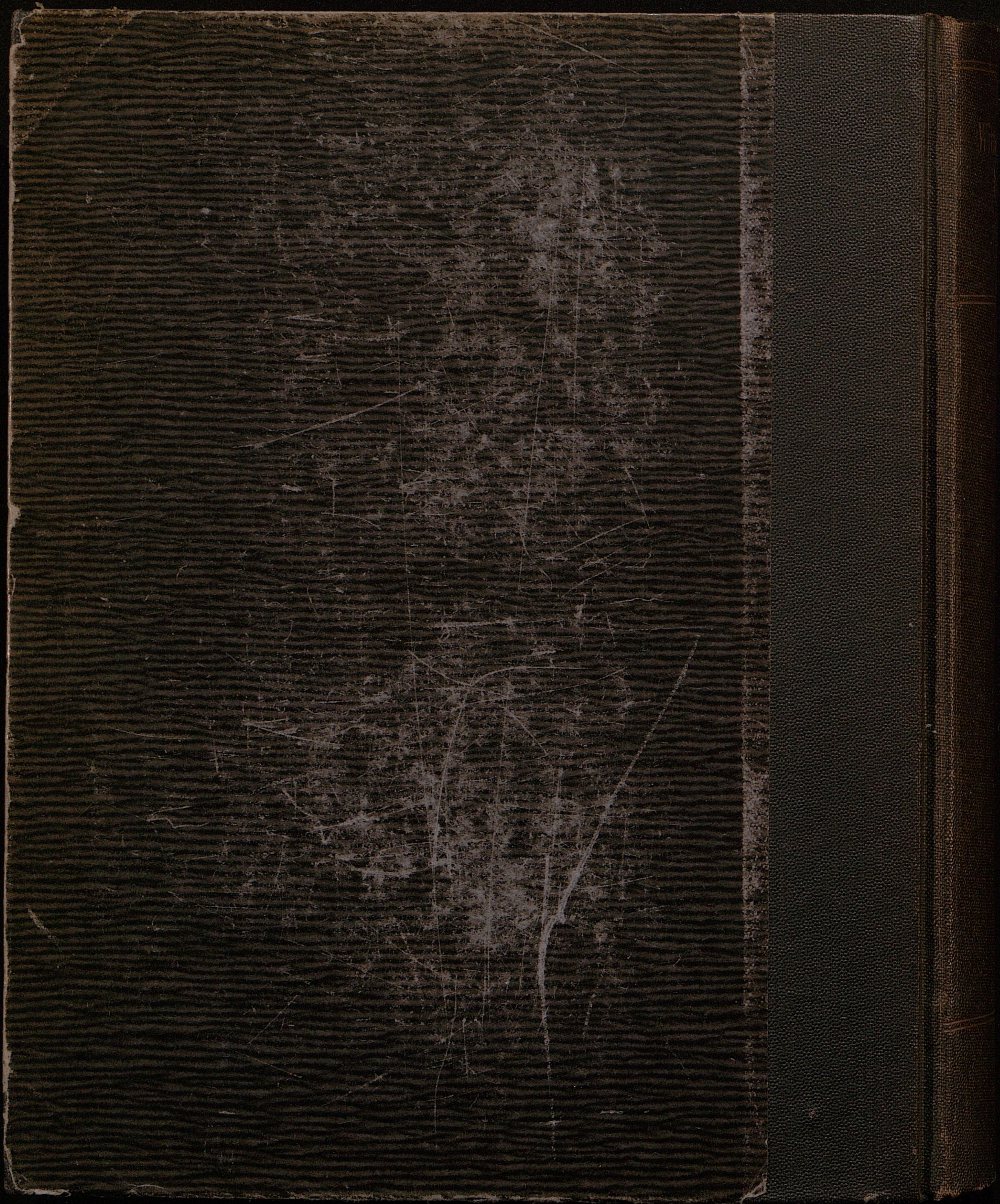


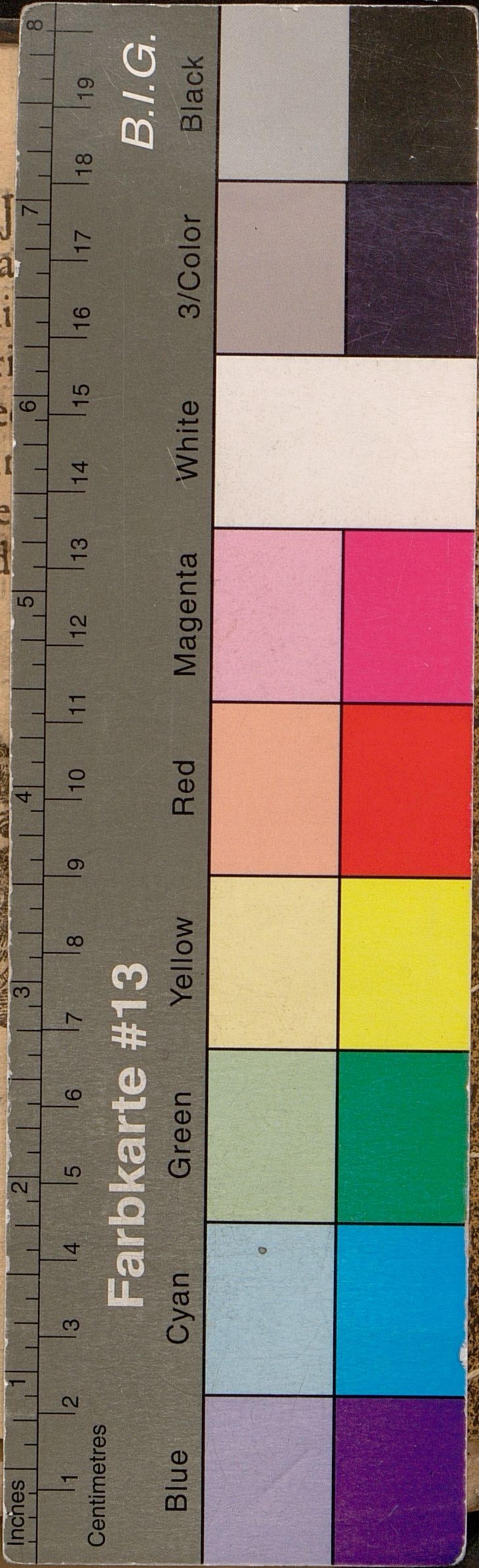


X 26159 14

LD 17







87.

I. N. J.

26
33
10

In Actione Negato.

riâ utrum Actor probare debeat,
an reus?

PRÆSIDE
VIRO

NOBILISSIMO & CONSULTISSIMO,
DN. WILHELMO
LYSERO,
Jcto & Antecessore in hac Academia
celeberrimo &c.

*DN. PATRONO ac studiorum suorum
PROMOTORE venerando,
disputabit publicè*

JOHANN:ERICUS OSTERMANNUS,
Witt.Saxo.

In Auditorio Jctorum,
Ad D. April. An. clō lōc LXXXVI.

WITTENBERGÆ,
Imprimebat JOHANNES WILCKIUS.

