

L. 5. C. de inoff. don. tutius existimo, opinioni contraria insistere cum Hillig. in *Don. l. 19. c. 11. lit. K. Franzk. Exercit. 5. q. 9.* Hoc certum est, filium, in quem officiosa donatio collata, non posse se a supplenda legitima liberare, etiamsi hereditati paternæ renunciet, per *Nov. 92. cap. 1. pr.* Cessat tamen hæc querela pariter, si filius exheredatione dignum se præstiterit, *d. Nov. 92. cap. 1. §. 1. Richter. ad Auth. unde & si parens, C. de inoff. testam. n. 35. & seqq.* Sicut & quinquennalis præscriptio hic locum invenit, *arg. L. fin. C. de inoff. donat.*

§. XXIX. Coronidis loco, qua actione gerada a filiabus in Saxonia petatur, subjiciendum. Decisio autem hujus quæstionis apparebit ex responso Facultatis Juridicæ Hallensis, *Mens. Septembr. 1695.* Was hiernächst das *genus actionis* betrifft / weil die Gerade auf eure Töchter *jure hereditario* nach Anleitung des gemeinen Sachsen-Rechts verfallen / und bekandt / *quod etiam pars hereditatis actione reali petitionis hereditatis* ausgeklaget werden könne / ferner auch einem iedem *successori* das *interdictum* quorum bonorum zu statten kommen muß / welches *paratiorem executionem*, als die *petitio hereditatis* mit sich führet / *adeo ut exceptiones altioris indaginis ad reconventionem remittantur* ; So sind wir der Meinung / daß ihr *utili actione ex interdicto quorum bonorum* zu klagen / und daß eure Töchter *pro legitimis heredibus*, der verlassenen Gerade erkläret werden mögen / zu suchen / wohl befüge seyd. B. N. W.

MEMBRUM IV.

De Servitute & Actionibus inde competentibus.

§. I.

*Servitus
quaratione
vindictur?*

AD servitutum jam progredimur, seu ad jus in re vel nobis vel nostro prædio in alieno concessum, & per hanc non actuale

actuale exercitium, sed ipsum jus servitutis intelligimus; ne alioqui huic juri reali opponi possit, quod servitus ipsa vindicetur, per *L. 2. §. 1. ff. si servit. vindic. L. 9. ff. de nov. oper. nunciat.* Ob jus enim servitutis legitime quæsitum, exercitium ejus ab altero impeditum vindico, quo sensu etiam dominii exercitium vindicatur, *§. 4. Inst. de action.* Nihil autem hoc casu interest, an servitus *personalis* sit, quorsum pertinet usufructus, usus & habitatio; an *realis*, sive prædialis, illaque vel rustica vel urbana; omnia enim hæc eandem ubique producunt actionem, *L. 1. ff. si ususfr. petat.*

§. II. Competit autem pro tuendo jure servitutis actio *Confessoria*, qua quis sibi vel prædio suo servitutem competere intendit, contra quemvis, ejus liberum usum impediens per *L. 6. §. 3. ff. si servit. vindic. L. 5. pr. & §. 1. ff. si ususfr. petat.* Ubi tamen actori probandum jus servitutis, *L. 9. C. de Servit.* Ex sua vero parte reus nihil ulterius probabit quam turbationem, *L. 10. §. 1. ff. si servit. vindic.* Imo nec interesse hic puto, an actor sit in quali possessione servitutis, quamvis enim huc a probatione servitutis liberum pronunciet Lauterb. in *Comment. ff. tit. si servit. vindic. §. 4.* fallit tamen ille possessionis favor, si possidenti resistat præsumtio juris, quæ hic adest, quod omnis fundus præsumatur liber, *Struv. ad ff. Exerc. 13. th. 43.* Hoc vero admitto, quia actio confessoria directa non nisi domino *L. 2. ff. si servit. vindic.* utilis vero utili domino prædii, aut aliud jus reale habenti datur, *L. 16. ff. de servitut.* illum, qui in possessione prædii dominantis est, probare dominium non teneri, ex hoc solo, quod in possessione sit, *Struv. d. th. 43. in f.*

§. III. Huic confessoria actioni opponitur negatoria, qua quis alteri servitutem in re sua (cujus dominium ex possessione præsumitur, uti pluribus probavit Cothmann. *Vol. 4. Conf. 1. n. 35. unde nascatur?*) competere negat, reumque, ut ab ejus usurpatione desistat, præstita hoc nomine cautione, condemnari petit; quæ actio intuitu prioris, pro servitute asserenda competentis, Contraria appellatur in *L. 8. pr. ff. si servit. pet.* Minus commode tamen

ex jure servitutis competere dicitur, cum contra servitutem pro defendenda libertate detur, & sic quisque vel vi juris domini directi, vel utilis, vel alterius juris in re, facultatem de re sua perfecte disponendi exercet, dum servituti ab altero præsentia contradicit. vid. Dn. Schwendend. in *Not. ad Eckolt. tit. si ususfr. pet. §. 1.* & sic revera est vindicatio libertatis, Dn. Petr. Müller ad *Struv. Exerc. 13. th. 48.* Cum tamen contrariorum eadem ratio sit, sub materia servitutis utraque actio conjungi solet.

Cui hic
incumbat
probatio?

Quid si
adversa-
rius possi-
deat?

§. IV. Cum autem in sola contradictione actio hæc potissimum consistat, contra naturam aliarum actionum hoc singulari jure gaudet, quod actor a probando immunis sit, & reus servitutem prætendens, hoc onere tantum gravetur; Cothman. *Vol. 4. Conf. 1. n. 21.* & hoc onere tantum eapropter, quia reus in negativa se fundat, quæ regulariter probari nequit, *L. asseveratio 10. C. de non numer. pec. sed &*, quod pro actore militet præsumtio libertatis, *L. 9. C. de servit. quæ est oneris probandi translative, L. cum de indebito 25. pr. vers. sin vero ff. de probat. Eckolt. ad ff. tit. si ususfr. pet. n. 5.* Sed gravissima hic superest controversia, an agens negatoria contra illum, qui in possessione servitutis est, ab onere probandi pariter exemptus sit, an vero propter possessionem adversarii ad probandum obligetur? Utraque sententia suos habet patronos; Reum nihilominus probare debere asserit Pacian. *de Probat. Lib. 2. cap. 20. n. 8.* Richter. *Dec. 98. n. 63. Carpz. Lib. 1. Resp. 67.* Eum autem a probatione liberant Menoch. *lib. 3. præf. 89. n. 8.* Fachin. *lib. II. contr. 58.* Anton. Faber. *ad tit. C. de Servitut. def. 8.* Fundamentum dissensus fere in hoc latitat, an fortior præsumptio libertatis sit illa, quæ ex possessione servitutis oriunda. Verum cum priorem sententiam defendat Glossa in *L. Sicuti 8. §. sed si queratur 3. verb. possess. ff. si servit. vind.* in foro applausum illa meruit; Add. Brunnem. *Comment. Cod. ad L. 9. in fin. C. de servit. Besold. Conf. 118. n. 12. & seqq.* Dn. Petr. Müller ad *Struv. Exerc. 13. th. 50. lit. B.* Cavendum tamen actori, ne in libello exprimat, adversarium illa servitute vi, clam, vel precario usum esse, tunc enim qualitatem hanc

hanc ab eo allegatam probare tenebitur, Carpz. *Lib. I. Resp. 68. n. 3. seqq. & P. 2. Const. 41. def. 18. n. 1.*

§. V. Cum autem utilis actio Confessoria & Negatoria amplissime pateat, omnibusque in universum juribus applicari soleat, quibus quis vel in suo jure libertatis utitur, vel quorum exercitium in alieno præ tendit, Klock. *de Contribut. cap. 19. n. 412. seqq.* Cothmann. *Vol. 1. Consil. 31. n. 35. & Vol. 4. Conf. 1. n. 17.* Unde constat, quod fere quingentis exemplis in solis juribus Ecclesiasticis demonstravit Dn. Schwendendorff. *in Summar. Action. Forens. Exposit. Sect. 2.* turbato in exercitio jurium semper recursus ad has actiones patebit. Ubi tamen in foro non levis interdum suboritur dubitatio, an confessoria, an negatoria experiendum, cum in aliis juribus præter servitutes sæpius illi, qui negat alteri jus, detur confessoria, & qui asserit sibi hoc licere, negatoria indulgeatur: Quapropter ne exceptione incompetentis actionis aliquando repellatur actor, juxta sequens principium investiganda erit actio: *Quicumque jure quodam utitur ex libertate naturali, & in hac se fundat, illi non datur confessoria, sed negatoria, qua alteri negat facultatem prohibendi, quo minus libertate naturali utatur: Quicumque vero se fundat in privilegio & jure speciali, vi cujus alterum ab ejusdem juris exercitio excludere possit, illi competit Confessoria, qua confitetur, sibi soli hoc jus competere, indeque se gaudere jure prohibendi.* Si Sartor in exercitio artis sartoriæ impeditus, negatoria actione utitur: Collegium autem Sartorum illum expellere volens, confessoria uti debet. In aliis autem juribus, quæ ad instar servitutum in alieno præ tenduntur, nulla difficultas; quia qui fatetur, sibi jurisdictionem in alieno competere, Confessoriam habet, alter Negatoriam, nam juris cujusque exercitium, si in alieno fiat, servitutis speciem induit.

§. VI. Pariter si cerevisiam in meis ædibus in usum familiaris coquere vellem, & a Collegio cerevisiariorum impedire, a me instituenda foret actio non confessoria, sed negatoria, quia me fundo in libertate naturali: Collegium autem Cerevisiariorum,

rum, si agere vellet, confessoria opus haberet, deducendo jus singulare & inde competentem facultatem prohibendi, Dn. Brunneman. *Comment. ff. ad L. 2. ff. si servit. vindic. n. 7.* Idem obtinet, si civitas aliqua contra vicinos pagos jure prohibendi uti velit, ne cerevisiam coquant, ubi non negatoria, sed confessoria uti debet, Dn. Petr. Müller. *Comment. ad Struv. Exerc. 13. th. 53.*

Lim. nisi lit. d. Hoc tamen temperandum existimo, nisi illud, quod alias jure libertatis naturalis competit; lege generali sit restrictum; tunc enim qui contra prohibitionem generalem jure quodam uti cupit, confessoria actione opus habet, qua probat, jus singulare sibi ex privilegio vel præscriptione competere. E. G. in Electoratu Saxon. per *Ordinationem Provinc. de A. 1555.* Nobilibus generaliter interdictum jus braxandi cerevisiam, aliave officia civica aut mechanica exercendi, quod fundamentum habet in Jure Communi in *L. Nobiliores 3. C. de commerc. Francisc. Pfeil. Conf. 202.* Si E. nobilis jure braxandi vendendique cerevisiam in suo pago uti velit, & in hoc a civitate vicina impediatur, non amplius negatoria ipsi competet, quia libertas illa coquendi & vendendi cerevisiam lege publica sublata, sed confessoria uti debet, probando sibi speciali privilegio vel præscriptione hoc jus quæsitum esse, & hinc hoc probandi onere gravantur nobiles, si a civitatibus eo nomine conveniantur, etiamsi in possessione juris braxandi sint per *d. Ordinat. Provinc. sub. tit. brauen / schenz dten. Carpz. Lib. 1. Resp. 37. n. 9.* Ex quo insimul constat, civitatibus negatoriam competere contra Nobiles, quia pro se habent jus illius provinciæ commune.

Exemplum in immunitate a tributis. §. VII. Idem ad similia jura applicandum, quæ lege generali jam tum circumscripta; Sic a quo prætenduntur tributa, si immunitatem prædii sui tueri velit, non potest provocare ad libertatem naturalem, & actionem negatoriam instituire, quia præsumptio generalis est in contrarium, omne prædium præsumi tributis obnoxium, nisi probetur exemptio per privilegium vel præscriptionem, Klock. *de contribut. Cap. 16. Sect. 1. n. 2. & seqq. & sect. 2. n. 1. & seqq.* Et ea propter exemptionis quæstione

pen-

pendente, possessor non defendendus est in immunitate a tributis. Klock *d. Tr. cap. 20. n. 152.* Sed confessoria ipsi utendum, & immunitas privilegio vel præscriptione quæsitâ, ipsi probanda est. Cæterum in hac actionum applicatione dissentit Klock. *de Contribut. cap. 19. num. 424.* ubi negatoriam concedit illi, qui immunitatem a collectis præterdit, adversus Magistratum, urgentem collectarum solutionem, cum pro libertate præsumatur, quod quomodo cum illis, quæ in *Cap. 20. n. 263. & seqq.* adducuntur, congruat, non video; ubi asserit, quod contra allegationem immunitatem a tributis sit juris resistentia vehemens, ideoque pendente controversia possessor tamdiu tenetur solvere tributa, donec aliud in petitorio doceatur, idem Klock *d. Cap. 20. n. 268.* quomodo E. in libertate prædii se fundare actor, & probationem in adversarium devolvere potest, quod negatoriarum actionis formale est, si nec possessio immunitatis a probando ipsam relevat?

§. VIII. Cæterum hæc Remedia ordinaria sunt, quæ pro servitutibus similibusque juribus generaliter competunt, tantum de usufructuario hoc non prætereundum, quod si in usufructus fundo usufructuario debita impediatur, ipsi non competit actio confessoria ad vindicandam servitutem; Dabitur tamen ipsi hoc casu actio confessoria ad vindicandum usum fructum, quo ipso per consequens vicinus, si non patiatur eum ire & agere, tenetur ei, quasi non patiatur uti frui *L. 1. pr. ff. si ususfr. pet. L. 5. §. 1. ff. eod.* Et quamvis contrarium in *L. un. §. 4. ff. de remission.* habeatur, ad quem textum varie responderi solet, vid. Lauterb. *ad ff. tit. si servit. vind. §. 5.* commodissimum tamen videtur, subsistere in illorum distinctione, qui immediatam servitutis vindicationem usufructuario negant, mediatam vero concedunt, per *d. L. 1. pr.*

§. IX. Pertinent autem actiones negatoria & confessoria ad judicium petitorium. Verum nec possessoria remedia deficiunt pro servitutibus quasi possessione tuenda. In specie huc pertinet interdictum *uti possidetis*, de quo jam supra actum est

An usu-
fructua-
rio com-
petat con-
fessoria

Remedia
possessoria
pro servi-
tute.

Seclio 2. Membr. 2. §. 14. quod remedium non tantum datur domino pro tuenda libertate fundi, & avertenda servitute, & ea propter cum actione negatoria cumulari potest, Cothmann. *Vol. 4. Resp. 1. n. 19.* sed etiam datur pro tuenda, quasi possessione servitutis, sicuti supra adductum. Porro huc pertinet interdictum de *Itinere actuque privato*, de quo dictum *Secl. 2. Membr. 2. §. 14.* de *Aquæ ductu*, vid. *supr. Membr. 2. §. 15.* de *rivis*, *d. Membr. 2. §. 16.* de *fonte d. Membr. 2. §. 12.* unde repeti possunt illa, quæ ad defensionem servitutum pertinent. Imo & interdictum recuperandæ possessionis pro servitutibus competere, patet ex illis, quæ dicta *Membr. 2. §. 19.* vid. *L. 3. §. 13. 14. 16. 17. ff. de vi & vi arm.* singula vero hic repetere necessarium non est.

*Quid si
servitus
tantum
promissa?*

§. X. Supponunt autem hæc remedia petitoria & possessoria, servitutum jam constitutam esse; quod si vero tantum promissa sit, non reali iudicio, sed actione personali experiendum contra illum, qui servitutum nobis constituere voluit, ut hanc nobis præstet: qualis autem hoc casu nobis actio competat, facile inquiri potest ex natura illius negotii, mediante quo servitus nobis promissa: Ergo vel agendum ex vendito, vel ex stipulatu, vel etiam actione præscriptis verbis, si forte contractus innominatus intercesserit, ad consequendam quasi possessionem servitutis, vel etiam si per ultimam voluntatem relictus usufructus, actioni ex testamento locus erit, *L. 1. §. 2. ff. si servit. pet. L. 2. ff. eod.*

MEMBRUM V.

De Jure Pignoris, & Actionibus inde oriundis.

§. I.

Restat ultima species juris in re, scil. ipsum pignus, quod vel pro contractu pignoratitio capitur, & ita producit actionem personalem, scil. pignoratitiam, directam & contrariam, de quibus actum est *Secl. 1. Membr. 5. §. 30. & seqq.* vel pro ipso jure