

contra rem iudicatam restitutionem indulgeri, gl. in l. si fideiussor. §. in omnibus verb. cessat. versic. item potest dari mandati. Gabr. lib. 2. tit. de restitutione in integrum, conclusione 1. n. 1. Sed vtriusque sententiæ tempore, tam nimirum Anno 1545. quàm An. 51. latæ exemplar dicti documenti venditionis, An. 1456. Actor noster iam recuperaret: Quod verò sui culpa procuratoris illud non exhibitum censetur, iustam ad restitutionem causam non præbebit. Nam præterquam quod id non probat, eiusve solius temerè acquiescere consiliis, quàm alios insuper adhibere & consilium maluerit, suam ipse leuitatem ac imprudentiam accuset, l. regula, §. sed iuris, de iur. & fact. ignor. Negligentiæ enim ꝑ nomine suspectis, aduersus sententiam per fugium solet denegari. Cast. in l. specie, C. de re iudicat. versic. tu dic. col. 1. Gabr. vt sup. n. 5. Nec in integrum itaque restitutio, aut transactiones, aut controuersas hic sententias queat euertere.

Superest, vt de vtili actione in factum, ex interdico, vt possidetis, proficiscente, dispiciam. Et ne in re factis (iudicio meo) expedita multum, in eiusdem probatione Actorem puto labascere. Possessionem enim fundi, in quo in iure lignandi se turbati conqueritur, aut suum ipsum præsumptum ius non idoneè probat. Quinimò Reu eo nomine ab Actore interpellatum, sibi eo loci lignationem competere, idque adhibita mensura se docerè paratum, statim respondisse, articulo trigesimo Actor ipse asserit. Ita & fundum illum sub medietate paguillius comprehendendi, Reus ipse non obscure ostendit: cuius possessionem ex indole instituta hic eiusdem respectu Rei vendit, Reo fatetur Actor, l. qui petitorio, l. is qui destinavit, de rei vend. l. as. in l. naturaliter, §. nil. commune, nu. 98. de acquir. poss. Reus itaque ex præscripto sententiæ, & decreto Ducum, quoad medietatem communem & non controuersam, mensuram offerendo, vt primus testis ad 21. articuli tertium interrogatorium eum fecisse deponit, cumulatè factis fecit.

Quoad alteram verò hic in iudicium deductam medietatem, in quo nullum Actori ius admittit, mensuram ei impositionem merito denegabit, & ad Ducum sententias & transactiones in ius, iure optimo se retulit atque prouocauit. Reus itaque in re propria ꝑ iure suo vsus, Actorem turbasse dici non potest, argum. l. qui iure suo, de reg. iur. Quamobrem Actiones leuiter probatas, rectius verò elisas, & benè iudicatum, malè appellatum, condemnato in expensas huius instantiæ, refractario Appellante.

Saluo.

D. N. concludit cum Dn. Referente.

D. N. N. N. & N. similiter.

VOTVM XI.

In causa Gemeind zu Kolb.

Contra

Gemeind zu Heilb.

SUMMARI.

1 Negatoria, quibus verbis proponatur, non refert.

2 Dominium ex parte Actorum vnde pateat, probatum.

3 Prohibitio ingressus in syluam, competit Act. oribus ex iure speciali, quod ipsa assertione iudicum & testium satis comprobatur. n. 4.

5 Libertatis præsumptio vnde corroboretur.

6 Seruitutis huius actus, inter quas vel quales seruitutes referatur. Inq. hoc requiritur præscriptio temporis immemorialis. n. 7.

8 Ad præscriptionem temporis immemorialis quot requirantur.

9 Nulla alia quasi possessio, siue titulus ad sit. siue desit, in incorporalibus iurib. dari potest, quam patientia diuturna, imò titulus videtur demonstratus, & eius loco sufficit patientia & scientia. n. 10.

11 Possessio discontinua etiam longo tempore præscribitur.

12 Possessio triginta annorum omnem mala fidei suspicionem excludit, bonamq. fidem retrò inducit.

13 Mala fides completam præscriptionem vitare non potest.

14 A regulis iuris & præiudiciis Camera quare non recedendum.

15 Argumenta pro parte Actorum producta, qui resutentur vel declarentur.

16 Titulus ex cursu longi temporis quando præsumatur.

17 Decisio huius causa in quo præcipue consistat.

18 In dubio potius præsumitur ius familiaritatis & amicitie quam possessionis. Ea tamen præsumptio facile repellitur, cum aliquid probatur, propter quod agens motus fuerit ad credendum, sibi seruitutem competere. n. 19.

20 Signa vel indicia seruitutis quæ.

21 Iure seruitutis & possessionis aliquid faciens, non opus habet probare, id non vi, non clam vel precario esse actum, sed onus probandi remouetur in alteram partem.

22 Possessionis immemorialis probatio, vnde.

23 Seruitus habens causam discontinuam quanti temporis cursu præscribitur.

24 Probationes omnes sunt arbitrariæ.

25 In præscriptione immemoriali, neque tituli probatio, neque illius allegatio necessaria est.

26 Vera mala fides nocet, præsumpta vero mala fides non nocet. n. 27.

28 Queritur, an necessaria sit scientia aduersarij in præscriptione immemoriali, responderetur quod non.

29 Ius reciprocum excludit sinistram suspensionem & præsumptionem mala fidei.

30 Concesso vno, concessum dicitur omne id sine quo eius vsus non haberi, vel valde difficulter contingere potest.

31 Lex omnis dicitur benignè id præstandum, quod sibi non nocet, & alteri prodest.

32 Ius strictum sæpe inimicum aequitati.

33 Iudex aequitatem præ oculis habere debet.

34 Aequitas est benigna, necessaria, Canonica, lesbia norma, omnia bene aequiparans.

35 Aequitas nullam legem ita strictè accipit, quin admittat, vt Iudex ex loco, tempore, causis, personis, aliisq. circumstantiis, temperare possit aequitate quadam iuris rigorem.

36 Aequitas etiam si non sit scripta, iuri tamen præferenda.

- 37 Præsumptionem habens, non cogitur probare.
- 38 Seruitutem sibi constitutam esse, cur probare cogantur.
- 39 Probatio solius vsus non sufficit cum ius commune posidentibus resistit.
- 40 Præscriptio discontinua secundum quosdam non requirit tempus immemoriale.
- 41 In Camera non admittenda dissonantia sententiarum.
- 42 Gewonheit vnd alter Brauch im Landgericht Klingenberg das ein jedes Dorff oder Flecken (zu Eternis Zeiten) dem andern die Wäld durch ihre Wittel oder Heimburger auff S. Michaels/bis auff Andre/verbieten lassen.
- 43 Rei non intentione iure scruiutis in hoc nostro casu coguntur, sed iure familiaritatis.
- 44 In dubio præsumitur, Reos malam habuisse fidem.
- 45 Ius agendi, quando 30. Annis præscribitur. 4.
- 46 Ius agendi, deficiente titulo, etiam longissimo tempore 30. 40. 50. vel quoque 60. & plurium annorum, non præscribitur.
- 47 Ius commune quando est contra præscribentem, tunc requiritur titulus, nec sufficit bona fides, etiam in longissimi temporis præscriptione.
- 48 Bona fide quoque ad præscribendum opus est, licet non requiratur.
- 49 Prædo quoque possidet, sed non præscribit.
- 50 Ad possidendum improba voluntas sufficit, ad præscribendum vero debet mens esse iustificata per bonam fidem.
- 51 Mala fides ex defectu tituli apparet.
- 52 In materia præscriptionis, in qua agitur de peccato, iure Canonico, & eius dispositioni statuitur.
- 53 Bona fides quoque requiritur tanti temporis, cuius initium non extat memoria in contrarium.
- 54 Præscriptio Reorum asserta, quando habet locum.
- 55 Vfus anticitie, familiaritatis & vicinitatis, nullam inducit seruitutem.
- 56 Vfus simplex non inducit acquisitionem iuris agendi.
- 57 Possidens rem ad alium pertinentem, in dubio præsumitur ipsum non habere ius in illa re.
- 58 Res suas quem iactare, non est verisimile.
- 59 Scientia & patientia aduersarij in præscribenda & adquirenda seruitute allegari debet.
- 60 Illi, in cuius præiudicium dicitur acquiri possessio, debet constare, per probationem eiusdem qui querere vult possessionem.
- 61 Possessio seruitutis est substantiale præscriptionis requisitum.
- 62 Nihil probanti, ob quod moueatur ad credendum sibi deberi præsentiam aliquam seruitutem, incumbit probatio.
- 63 Ius actus potius consuetudine, quam præscriptione acquiritur.
- 64 Consuetudo vere quæ dicatur.
- 65 Consuetudo circa quæ consideretur.
- 66 Præscriptio est continuatio possessionis.
- 67 In consuetudine introducenda regulariter sufficit longum tempus. Longum autem tempus dicitur decem annorum. nu. 68.
- 69 Consuetudo procedit, licet sit contra ius commune.
- 70 Consuetudo non requirit titulum, neque bonam fidem, qua in præscriptione sunt necessaria.
- 71 Consuetudo loco tituli habet legis auctoritatem, eam approbantis.
- 72 Reus excipiendo fundans seruitutis præsentum suum ius in tempore, tenetur probare omnia necessaria præscriptionis.
- 73 Consuetudo ius acquirit omnibus de communitate, & ius publicum. Sed præscriptio tantum ius priuatum n. 74.
- 75 Vniuersitas si aduersus aliam vniuersitatem ius pascendi intra illius limites acquirere tentat, est propria præscriptio.
- 76 Præscriptio est vsurpatio rei & iuris alieni, consuetudo vero secus.
- 77 Consuetudo in quibus consideranda.
- 78 Consuetudo est altera lex iurisdictionis.
- 79 In consuetudine introducenda super eo, super quo populus expresse disponere aut statueri non potest, requiritur tempus sufficiens ad præscriptionem.
- 80 Bona fides in præscriptione requiritur sicut & in consuetudine.
- 81 Bona fides solum in his, in quibus potest statueri. Secus vero est in illa consuetudine in qua præscriptio requiritur. n. 82.
- 82 Bona fides videtur necessaria (cum mala fides impediatur præscriptionem) in fauorem vniuersitatis, quamdiu saltem vnus de vniuersitate, habens malam fidem, & scientiam rei aliena superest.
- 83 Præscriptio est contra eum, contra quem præscribitur: Consuetudo vero contra tertium.
- 84 Præscriptio dicitur, quando vni acquiritur, & alteri aufertur: Consuetudo vero vni acquiritur, sed alteri non aufertur.
- 85 Seruitus discontinua non præscribitur, nisi tempore immemoriali. Sed hoc fallit, si quis habet talem scientiam, siue credulitatem, qua iustificat possessionem, vel quasi. n. 87.
- 86 Gewonheit vnd alter Brauch im Klingenberger Landgericht/gibt zu das alle Anstößer vnd Wittmärcker/mit allem Bihe, in Wälden vnd Feldern zusammen treiben.
- 87 Prohibitio annua non fit ratione actus.
- 88 Concesso quod plus, conceditur quoque, quod minus.
- 89 Titulus ex vsu tanti temporis præsumitur, quo casu seruitus discontinua spatio longissimi temporis præscribitur.
- 90 In præscriptione iurium incorporalium probanda, scientia & patientia aduersarij probari debet. In consuetudine vero inducta & inducenda, non est necesse num. 93.
- 91 Inspectio ocularis, hic quid significet.
- 92 Actorum confessio qualis.
- 93 Seruitus via est ius in diuinitum.
- 94 Klingenbergische Ordnung quid disponit.
- 95 Rei, cur non iure familiaritatis sed intuitu iuris pascendi, hoc actu vsi.
- 96 In antiquis non exacte probationes requiruntur.
- 97 Præsumptiones dua pro Reo.
- 98 Præsumptiones Reorum sunt fortiores iis, quas habent Actores.

- 102 Presumptio libertatis pradiorum, eliditur in anti-
quis, concurrente fama, & tunc presumitur contra
libertatem.
- 103 Presumptio ex consuetudine loci facile eliditur, con-
trariis actibus, qui contrariam consuetudinem in-
ducunt.
- 104 Probationes actorum cur elisa.
- 105 Iudex in hoc casu non potest cognoscere, nisi allegetur
prescriptio immemorialis.

D. N. Referens, nihil desiderat in processib⁹
& testium examinibus. Nullitates non at-
tendendas, quia in secunda instantia omnia repa-
rata easq; meritis causæ nihil obflare.

- Actum esse Negatoria: vt in defensionali arti-
culo 12. non referre, † quibus verbis ea propona-
tur, *Myns. §. aque instit. de act. Oldēd. in Actione negator.*
- 2 Probatum esse † ex parte Actorum dominium,
patet ex ipsa exceptione prescriptionis obie-
cta: quia eo ipso fatentur, rem esse alterius *l. cum*
3 *in sendo. de iur. dot.* Prohibito ingressus in syluā,
tempore prohibito, competit Actoribus, ex iure
speciali, consuetudine nempe illius communitatis
inter vicinas & incolas recepta, quæ & in con-
4 fesso est, & ipsa assertione † iudicum & testium sa-
tis comprobata. In de fundatam esse Actorū intē-
tionem, vt sola seruitutis negatione onus proban-
di in aduersariū retorqueatur *l. loci corpus. si seruit.*
vend. Myns. con. 11. n. 12. Guid. Pap. consi. 1. nu. 8. Si non
probetur, causa amittitur *Dd. in d. §. aque. Guid. con.*
95. n. 2. & consi. 150. decisio 25. n. 4. in fi. Hanc liberta-
5 tem † præsumptam adiuuant testes, qui nunquā
audierunt à parentibus, dāſſen Strēit desſhalben/
vnd Henbach ein Trieb/ tempore prohibito gehabt.
Concludit, Actionem probatam, id est, Actorum
intentionem & iuris communis, naturalisq; præ-
sumptione & specialis consuetudinis deductione, ac
testium deniq; assertione abunde confir-
matam & demonstratam.

An Elisa?

- 6 Præmittit tria: scilicet, Seruitutem actus † re-
ferri inter seruitutes, causam discontinuā habentes
l. Seruitutes. de Seruit. Petr. Iacob. in pract. malè dis-
cerni à Veteribus inter continuas. & c. Wes. in paratit.
de seruitut. num. 5. Idem addit. ad Schneidv. in §. aque.
instit. de action. ibi. num. 9. Sed allegat in contrariū,
communem opinionem receptam in Camera,
allegat præiudicia: Drehsel contra Elsbangen/
Knoblauch contra Hagenaw/ *Myns. in 53. decis. cent. 4.*
7 *Guid. Pap. decis. 573.* in hoc requiri † prescriptionem
temporis immemorialis, *l. seruitut. 1. 4. de seruit. Dd. l.*
foramen. de seruit. rust. præd. Myn. d. dec. vbi dicit, quod
hanc seruitutem, qui allegant, succumbere de-
bent, non deducto tempore immemoriali, etiam
si probent, se 30. Annos in continua possessione
8 fuisse: *Idem consi. 11. n. 16.* Et requiri quatuor † ad
eam prescriptionem, *Myns. 1. obf. 30.* His præmissis,
vultius Reorum examinare, constare, Reos (ex
articulo positionali & fol. 38.) inniti præscri-
ptione longi, longissimi, & immemorialis temporis,
abſque vilo titulo. Et quidem testium dictis

inspectis & ponderatis reperit, tempus longū &
longissimum probatum per testes. Probatam, etiā
scientiam & patientiam diuturnam actorum: &
sic in consequentiam illam ipsam quali possessio-
nem seruitutis. Nulla enim † alia quali possessio, 9
sive titulus adfit sive desit, in incorporalibus iuri-
bus dari potest, quam eiusmodi patientia. *Conar.*
c. possessor. §. 1. de reg. iur. rub. n. 8. Quinimò titulus † de 10
monstratus videtur, & sufficit eius loco patientia
& scientia, Quibus interuenientib⁹ præsumitur ex
cursu longi & longissimi tēporis, *l. si quis diuturno. vbi*
gl. & Dd. si seruit. vñ. c. l. 2. de seruit. & aq. l. de in re verso
de vsur. Ferrar. in act. confessor. verb. seruitus aquæ ductus.
n. 21. Schneidv. in institut. Et hac ratione præscri-
bitur † etiam discontinua longo tempore: Ita 11
post *gl. in d. l. seruitutes. in verb. cert. circa fin. gl. in*
l. cum de in rem verso. de vsur. Barrol. ibid. n. 4. Castr. n. 9.
vbi attestatur, hanc esse opinionem communem
Canonistarum, & Legistarū. *Capoll. de seruitut. vr*
ba. præd. cap. 19. num. 6. & 8. vbi eandē communem,
semper in praxi obseruasse dicit *Alex. leg. si certus an-*
nis. numero 8. 9. 10. Codic. de pact. Balb. quest. 10. pag. 1.
part. princip. 3. & quest. 1. 2. part. 4. part. princip.
num. 3.

Ex his sic deductis, quodāmodo resultare videtur
tertiū prescriptionis requisitū, bona videlicet fi-
des quæ licet, imprimis verò de iure Canonico, re-
quiratur, sine qua nō prescribitur, ad eū vt præscrī-
ptionē quoque immemorialē viciare receptū sit,
Ang. in §. furtiu. Instit. de vsucap. Tamē hoc ipsum iu-
re confirmatū, post annorū triginta † possessionē, 12
omnē malæ fidei suspicionem excludi, & bonam
fidem retrò induci, *Dd. in l. si. Cod. vñ. de vi. las. in §.*
sed ista. n. 100. Instit. de action. Wesenb. consi. 5. n. 25. ibi
dicit magis communem, & in praxi tutiorem. *Co-*
uar. dict. c. possessor. §. 8. num. 2. Cum ergo Rei nostri
non solum triginta, sed etiam quadraginta anno-
rum possessionem sufficiēter probarint, frustra
mala fides obiicitur, † cum ea completam præscri-
13 ptionem viciare non possit. *gl. Panor. Felin. & com-*
muniter Dd. ca. vigilanti. de præscript. Balb. 2. part. 3. part.
princ. q. 9. n. 1. vbi communem dicit: præsertim cū
in Reorum damnum potissimū vertatur, cui abſ-
que incommodo Actorum bene consuli potest:
Suadere æquitatē officium humanum: item, vñ
alterā esse asperā, non nisi cum magna difficultate
eius vsus: idq; esse in confesso.

Sed his omnibus non attentis, cum hic verfe-
mur in materia seruitutis discontinuæ, quæ requi-
rit immemoriale tempus: pro Actoribus feren-
dam sententiam putat, & eorum intentionē per
Reos, propter defectum probationis immemo-
rialis prescriptionis, non esse elisam concludit.
Non enim videt, † quare à regulis iuris & præiudiciis
14 Cameræ recedatur, cum simus hic in nudis
iuris facultatis terminis, quod etiā mille annorū
spacio, nisi prohibitione interueniente & subsequē-
te contrauentione ad prescriptionem requisita
acquiratur. *cap. possessiones 16. quest. 1. cap. significante.*
vbi Panor. de appell. Neque in his aliqua inuici po-
test consuetudo, *Io. an. de Anā. c. siue nobis de Simonia.*

Neuzan.

Neu² an. conf. 16. num. 7. & conf. 43. nu. 3. Quæ pro
 15 parte Reorum dicta sunt, ¶ illi partim refutan-
 tur ex præmissis, partim à Dd. dictis locis ita de-
 clarantur. Et primo quidem, quod de patientia
 & scientia, præsupponente titulum, & q. posses-
 sionem, dictum est, quando eiusmodi patien-
 tia & scientia est probata, quod videlicet aduer-
 sarius sciuerit, ipsum acquirentem vti animo
 seruitutis: non alio, & quidem familiaritatis iu-
 re, vt hic, factum esse putatur, *Capoll. de seruit. vrb.*
 16 *præd. c. 17. numero 2.* Deinde titulus ¶ tunc demum
 ex cursu longi temporis, præsumitur: Primo, si
 sit allegatus: Secundo, si ius commune non re-
 pugnet præscriptionibus, vt hic, cum quaratur
 seruitus in re libera & aliena. Tertio, si probet,
 quod quis vsus seruitute fuerit, ex causa illa, vel
 titulo allegato: *Balb. 2. part. 4. part. princip. quest. 2.*
num. 3. in primis vero supra dicta quest. 10. Alexandri
conf. 108. in fin. vol. 8. Quæ omnia hic desiderari in
 propatulo est. Concludit, vt supra, pronuncian-
 dum, per proximum iudicem male iudica-
 tum, bene appellatum, & sententiam primam
 reformandam, vt conformis sit actioni institute.
 Expenfis compensatis, cum silentio damnorum
 præteritorum.

Votum D. N.

17 Decisio huius causæ ¶ consistit præcipue in
 probatione possessionis vltrememorialis, eius-
 que effectu. Et nolo dubitare, quin actus peco-
 ris à Reis, per syluam actorum, tempore prohi-
 bito, vsurpatus sit, iure possessionis vel seruitutis.
 18 Licet enim ¶ in dubio præsumatur ius familiari-
 tatis & amicitia potius, quam possessionis, *Innoc.*
in cap. si diligenti. de præscrip. Capoll. de seruit. rust. præ-
 19 *cap. numero vigesimo sexto.* Tamen ea ¶ præsumptio
 facile repellitur, cum probatur aliquid, propter
 quod agens motus fuerit ad credendum, sibi
 seruitutem competere. *leg. prima. §. sed est iure. de*
aq. quotid. & astiu. Quale est, si in eo loco talis sit
 fama, & ita opinentur homines, prout nostro
 casu ex dictis testimoniis colligitur, per *not. Bartol. in*
leg. fin. in princip. de hered. institut. & quod notatur in
leg. tertia. C. de probat. & in leg. quinam. §. si cum me ab-
sente de negot. gest. Capoll. vt supra numero vigesimo se-
primo, circa fin. Item, si ibi erant signa viæ vel actus,
 vel aliqua verisimilia (qualia hic ex inspectione
 relationis ocularis & testium depositis depre-
 henduntur) quæ possunt animum adducere ad
 istam credulitatem. Idque imprimis, cum signa
 itineris vel Actus tendunt ad fundum, in quo is,
 qui vitur seruitute, ius aliquod vel dominium
 habet, vt est nostro casu ius pascendi in *Freiden-*
berger Wald / notatur in l. qui iure familiaritatis. de
 20 *acquir. possess. leg. si mulieri. quib. mod. vsusfru. amitt.*
 Item probatur ius seruitutis ex actibus, quos
 aliquis non faceret, nisi seruitus sibi competeret,
 vt præcidere sepem, ¶ causa eundi, vel alijs simi-
 libus: qualis est nostro casu, cum Actores glan-
 des depascunt, tempore prohibito, antequam

rei vtuntur ex actu. Vel etiam, quando Actores
 annuatim puteum, den *Wullenbrunnen* pro A-
 ctus vsu commodiore purgant: notatur in d. l. 1. §.
 2. de *im. actuque priuat. Innoc. in cap. bona. la. 2. in prin-*
cip. de postul. prelat. vbi dicit: id tam expressis ver-
 bis, quam alias, constare posse. Prout ea ex alijs,
 etiam pluribus circumstantijs, casu nostro colligi
 possunt.

His itaque præpositis, parum negocij nobis
 reliquum erit, cum vsu precario, vel iure fami-
 liaritatis: alias enim frustra solliciti essemus de
 probatione possessionis immemorialis, cum ibi
 nullo tempore præscriptio currat, nec possessio
 detur.

Hinc efficitur, quod is, qui iure ¶ seruitutis & 21
 possessionis aliquid facit, non opus habet probare,
 id non vi, non clam, vel precario esse actum,
 sed remouetur onus probandi in alteram par-
 tem, quod ille alius sit vsus, vi, clam, vel precario,
 l. 3. §. 1. de *im. actuque priu. ibi Bartol. & in l. 1. §. et si ius*
de aqua quotid. & astiu. Quo loco Actores nostri
 plane nil præstiterunt.

In hæremus igitur probationi possessionis im-
 memorialis: quæ ¶ possessio probat eo ipso quod 22
 non sit memoria hominum in contrarium: *Dd.*
in cap. 1. de præscrip. in 6. Villalob. commun. opinion. verb.
tempus. Nec opus est constare de cursu centum
 Annorum, *Villalob. d. iam loco. de quo late Couarr. 2.*
parte relect. c. alma mater. de sent. excommun. in 6. §. 3. n.
6. & deinceps. Sed eo sic probato, sequitur effectus
 eius possessionis siue præscriptionis immemo-
 rialis, quorum *Gabr. lib. 5. conclus. 1. conclus. enume-*
 23 *rat. 13. hic non recensendos.* Ideoque & seruitus,
 habens ¶ causam discontinuam, præscribitur
 tanti temporis cursu, de cuius initio memoria
 non extat in contrarium, per plurima ante me alle-
 gata: Communem dicit *Curt. consil. 178. num. 28.*
 38. Quæ possessio & præscriptio hoc nostro casu,
 si non superflue, tamen per concurrentes mul-
 tas circumstantias & adnuncula, pro qualitate
 causæ, & rei controuersæ, mea opinione, probata
 videtur. Deponunt enim testes, tam senes,
 quam mediocris ætatis, Reos toto tempore eo-
 rum memoria, vsque ad præsens tempus, ita v-
 sos esse hoc actu, sic audierint à suis maioribus,
 & alijs senibus, quibus pariter aliter nunquam
 cognitum, nec auditum, & nec quod vnquam
 viderunt, nec audierunt contrarium, quodque
 communiter ita sit opinatum, ab his, qui verifi-
 militer de hoc notitiam habere potuerunt, vt pu-
 ta antiquis pastoribus, deque eorum visu & audi-
 tu, proprioque sensu. Et hoc sufficere attestatur
Gabr. multis auctoritatibus dict. loco numero 81. Balb. 2.
p. 3. part. princip. verb. Sexto quæro. num. 24. Couarr. vt
supra. §. 3. numero 7. Gail. obser. 66. num. 8. lib. 2. Et hoc
 à Iudicis potestate pendet, cum de testium fide
 agit: sicut & omnes probationes, ¶ arbitrariæ 24
 sunt iudici, vt per *Menoch. de arbit. iud. lib. 2. sent. 1. cap.*
9. per totum. Titulus & bona fides aequaliter, se-
 cundum quid, & colorate demonstrari possent,
 ex consuetudine, & iure antiquissimo, quod in

communi habent plures conuicini pagi inter se, quoad ius pascendi. Sicque consequenter etiam aliquo modo, quoad actum, & pascua, sine quo usus eius iuris æqualiter, vt oportet & æquū est, vicinis competere non potest. Attamen cum
25 neque probatio tituli, † neque illius allegatio, in hoc genere præscriptionis necessaria sit, secundum veram & communem opinionem Doctorum, vt attestatur *Aym. Grauesta de antiq. temp. 4. part. §. absolutis differentiis. num. 48. 49. Couar. 2. part. relect. dict. cap. alma mater §. 3. post num. 7. & §. 5. numero 2. versic. Tertia conclusio. Viuis in commun. opin. verb. præscriptio num. 6. Mynsing. obser. 30. cent. 1.* Ideoque nec hoc loco curiose id exigo.

Bonam fidem præsumi quidem simpliciter ex lapsu temporis, voluit *Cornelius consilio 96. colum. fin. libro 4.* nec malam fidem nocere in tali præscriptione immemoriali, multi arbitrantur. Tamen communiior est sententia, eam nocere. Sed intelligitur † hoc de vera mala fide, de qua vel ex vitioso præcedente titulo, vel alias euidenter con-
26 stat: non vero † de præsumpta mala fide, quia hæc non nocet: vt eleganter per *Grauesta. d. loco. de antiq. temp. 4. part. §. materia ista. n. 20. 21. Couar. in relect. d. cap. alma mater. §. 1. numero 4.* Cum itaque ex Actis nullibi constet de mala fide Reorum, imo nec præsumptio rationabilis & verisimilis contra eos existat: quin potius bonæ fidei præsumptiones, vt dictum, euidenter pro illis militent, non video & in hoc, ipsorum causam laborare, faciunt notata per *Mench. de arbitr. iud. quest. libro 2. cent. 1. c. 43.*

28 An vero necessaria sit scientia † aduersarij in hac præscriptione? Dicit *Gabr.* (colligendo plurimos vtriusque opinionis assertores *supra. d. conclus. 1. numero 61.*) pro sententia negatiua, quod non sit necessaria scientia, magis communem esse opinionem, *Mynsing. obs. 30. cent. 1.* Et Actores nostros fuisse in scios controuersi actus, ego conuicere non possum, per ea quæ dicit *Dec. in consilio 85. circa princ.* Sic etiam ex omnibus Actis nullibi constat de dispatientia Actorum, vel leuibus indijs, saltem eius dispatientia, quin potius diuersum, ex testium depositionibus facile colligi potest.

29 Has reorum partes fouent & aliæ nonnullæ circumstantiæ non flocci faciendæ. Ius † enim reciprocum, quod habent pagi vicini in communi pascuo, vniuersaliter in omnibus eorum fundis excludit sinistram suspicionem & præsumptionem malæ fidei reorum, simulque simplicem libertatis præsumptionem vniunt, propter connexitatem iuris pascendi & agendi pecoris. Concesso enim vno, † concessum dicitur
30 omne id, sine quo eius usus non haberi, vel valde difficulter contingere potest. *iurib. vulg. pro ut nostro casu, opinor, satis constat.*

Accedit quod designatio mit den Stroschlern ostendit quibus locis tempore prohibito, syluæ vtriusque lateris, præclusæ esse debeant: Ergo à contrario, simul exhibet permissum spacium a-

qui pecoris, præcipue porcorum, qui præ reliquis animantibus, tempore glandium im Frettenberger vnd Kirchselder Wald / auch in die Kellbach getrieben worden. Id ipsum confirmat ipsa existentia & euidencia rei, quod videlicet iuxta viam (dictam der Keistenhäuser Pfad) etiam alter Augenscheinlicher Actus oder Erieb hergehelt, qui solummodo tempore prohibito vsurpatus fuit, in reliquo enim omnes Syluæ patententes erant. nec opus fuit tunc designatione limitum eius Actus: quia agi & pasci potuit vbique locorum eius Syluæ, quod & ipsa ratio dicat.

De tempore inchoati Actus, & sic de non vsu plane nihil, sed Reos semper ab & ultra hominum memoriam quiete, & sine vlla contradictione eam vsurpasse, ex Actis & tacita partium confessione satis constat. Considerandum & hoc loco, quod damnū siue interesse Actorum, ex permissione controuersi Actus resultans, reuera parui, vel nullius est momenti (considerato iure pascendi quatenus hinc inde partibus reciproce & libere competit) è diuerso vero Reis ex impedimento Actus læsio grauis emergeret, vt supra tactum. Sed omnis lex dicat, † benigne id
31 præstandum, quod sibi non nocet, & alteri prod- est. l. 1. §. denique. de aq. plu. arcend. l. 2. §. item Varus. eod. tit. Præsertim quando res est parui momenti, & non amplius integra, vt hoc nostro casu ex possessione temporis immemorialis existit *Zaf. in l. si. quis iniquum. num. 7. 8. Quod quisque iur. in d. &c.* Tandem amplectar æquitatem, † cui stri-
32 ctum ius sæpe inimicum est, quam tamen † Iudex
33 præ oculis habere debet. Est enim † benigna,
34 necessaria. Canonica, lesbia norma, quæ omnia bene æquiparat, & nullam legem ita rigide accipit, † quin admittat, vt Iudex ex loco, tempore,
35 causis, personis, rebus, quantitate, contractu, & cæteris id genus circumstantiis, temperare possit æquitare quadam, rigorem iuris (qui tamen forte hic aliter non deprehenditur, quam ex interpretum varijs opinionibus, & numero saltem maioribus calculis) quæ æquitas eo casu † inter
36 easdem personas, etiam si scripta non sit, iuri præfertur: Rationes nolo cumulare, nec plures auctoritates describere, breuibus me refero ad dicta *Zaf. in leg. placuit numero 17. & seqq. C. de iudic. & Couar. in d. relectione. c. alma mater. §. 6. num. 3.* Concludo.

Iudicem proximum, perpendicularem causæ huius qualitatem & circumstantias, bene pronunciatum, & inde male appellatum, quoad Actum scilicet solummodo per Syluam Rolbachensium, vnd wetters nicht & sine vltiori grauamine & læsione ipsorum Rolbachensium. Expensas ego etiam compensarem.

Salutis.

D. N. Correferens.

Actorum intentionem esse iustam, Actionem negatoriam probatam: Ipsorum enim Dominū Syluæ fatentur Rei, nec coguntur libertatem

37 tem probare, † quia habent præsumptionem : quia affirmatiua, non negatiua probanda. *actor. de probat.* Nec Reis prodest, si dicatur, se esse in quasi possessione seruitutis actus, & id probant: 38 quia adhuc coguntur probare, † seruitutem sibi constitutam esse, *glossa in leg. sicuti. §. sed si quaratur. verb. possessionis. ibi Castrens. num. 8 si seruit. vend. idque propter præsumptionem iuris, quæ contra ipsos militat.* Quia cum ius commune † ipsis possidentibus resistit, non sufficit probatio solius vsus, sed debet probari aliquid, propter quod illi moti sint ad credendum, sibi deberi illud, iure seruitutis l. 1. §. sed si iure. de aq. quodid. & est. Bart. l. 1. §. hoc interdico. de iur. acti. qu. priuat.

Vnicam præscriptionem Rei prætendunt immemoriam quamuis multi sentiant, quod discontinua † non requirit tempus immemoriale: 40 Tamen non recedit à glossa, & communiori sententia, & antiquis Doctoribus, & à præiudicijs Camera, vt *Myns. obser. 33. cent. 4.* Et non admit- 41 tendas † dissonantias sententiarum in Camera. Testes debere esse 45. Annorum: Item, semper ita Actum, nunquam in contrarium factum. Nec debent esse de communitate pagi, propter proprium interesse. Item, audiuerūt à suis maioribus, nec contrarium auditum: Item, nunquam obseruatum contrarium. Si iam ea conferantur cum Actis prioribus, immemorialis temporis præscriptionem opinione sua, non tantum probatam, verum etiam iisdem aliquatenus impugnatam videmus. Testificantur enim primæ instantiæ iudices, (*des Landgerichts zu Rittingenberg darunter Kollbach vnd wrosen Heibach auch geleget/ Es sey im selben Landgericht die Gewonheit/ vnd alter Brauch/ daß ein ledes doiff oder Flecklin (in Eternis Zeit) dem andern die Wäld durch ire Würtel oder Heimberger/ auff S. Michaels v. r. bierten lassen/ bis auff Andreæ.* Præterea Reimet affirmant, quod ipsos, quo minus agerent, Actores non prohibuerunt: Sequitur ergo, quod non intentione † iure seruitutis egerint, sed iure familiaritatis, adeoque in nulla contra Actorem prohibitionem agendi possessione vnquam fuerint: multo minus (ex quo præscriptio siue possessio non procedit. l. sine poss. de reg. iur.) in cursu præscribendi fuerint. Ex quo ante litem hanc motam ipsismet affirmantibus, ne semel quidem contra actorem prohibitionem, quam nūquam interuenisse asserunt, egerint.

Deinde posito, quod fuerint in quasi possessione iuris agendi. Tamen habuiss. † malam fidem: Quod ipsum in dubio præsumitur. Cum præsumptio iuris & libertatis bonorum cuiusq; pro actoribus militet. Non quoq; allegatus nec probatus est titulus, quo concurrente, ius † istud 45 30. annis præscribi potuisset. Quia igitur deficit 46 titulus † longissimū tēpus, 30. 40. 50. vel quoque 60. & pluriū annorū, in acquirēda seruitute iuris agendi porcos per Actorem syluas, nil proficeret 47 Reis. Quando. n. ius † cōmune est cōtra præscribentē, in p. e. scriptione eua longissimi tēporis re-

quiritur titulus, nec sufficit bona fides: Hæcque siue præscribens agat, siue excipiat, *terr. gl. quæ hanc communem Dd. opinionem esse testatur in d. cap. 1. de præscript. in 6.*

Bona quoque fides, † id est, quod quis credat, 48 se vti iure suo, licet ad possidendum non requiratur, ea tamen opus est ad præscribendum. Nam etiam prædo possidet, † non tamen præscribit. 49 Sufficit ergo ad possidendum † quidem improba 50 voluntas, sed ad præscribendum debet esse mens iustificata per bonam fidem l. fin. quem. seruit. amit. Bald. l. 2. c. de seruit. & aq. Ac quia Rei nostri assertæ seruitutis nullum plane titulum, nec allegant quidem, mala fides † eorum apparet ex defectu 51 tituli: *Bartol. & alij in l. Celsus. de vsucap. Socin. consil. 187. nu. 27. vol. 1. Nec sufficit eis titulus pro suo, Socin. cons. 86. vol. 1. col. 5. 6. vers. 8.* Cum præsertim ius commune his resistat, & bonam fidem vlllo vnquam tempore, nedum ab initio interuenisse, nusquam, vel nude saltem asseruerint, *Paris. cons. 27. num. 186. 122. lib. 1.* Nedum probarint, quod tamen fuisset necessarium. In materia namque præsumptionis, † in qua agitur de peccato, iuri 52 Canonico, & eius dispositioni stant: *gl. Dd. in c. possessor. de reg. iur. in 6.* Adeoque etiam bona † fides 53 requiritur in præscriptione tanti temporis, cuius initij non extat memoria in cōtrarium *Paris. cons. 27. num. 115. 116. libr. 1. & Grauet. consil. 146. num. 2. 3. 4. 5.* Asserta igitur præscriptio † Reorum tanti 54 temporis, cuius in contrarium non extat memoria, non habet locum, nisi probauerint, quod glandium tempore prohibitio, per actorem syluas egerint iure seruitutis, vel animo quærendi d. ius, etiam actoribus inuitis: adeo vt parati semper fuerint prohibere, ipsos Actores impediētes. l. fin. de itm. actuque priuat l. fin. quem. seruit. amit. gl. in c. Abbate. in verb. Alciatensem Monachum. de verb. signif. Abb. in c. cum Ecclesia Sutrina. num. 25. ibi gl. in verb. vocemque habuisse. de caus. possess. & propriet. Nā si iure amicitia, † familiaritatis & vicinitatis vli 55 fuere, nullum ius quæsiuerunt, et si tanto tempore vli fuissent, in cuius contrarium non extaret memoria. *leg. fin. ibi Castrens. quemad. seru. amit. Balb. in tract. de præscript. 2. part. 4. part. princip. q. 1. n. 9.* Simplex enim vsus, † non induceret acquisi- 56 tionem d. iuris. *Socin. consil. 131. colu. 1. 2. in præsent. consultat. volu. 1. vbi concludit, quando res spectet ad alium, nec superuenerit causa de nouo, tunc possidentē rem alienā, in dubio possidere iure familiaritatis, non proprio: Imò in dubio † potius 57 præsumendum, ipsam non habere ius, argumento c. presbyteri. dist. 24. & Pontific. es. 7. quæst. 1.* Cum non sit verisimile, † quod quis iactet res suas. l. cum de 58 indebito. de probat. *Corn. cons. 92. vol. 3. Paris. d. cons. 27. num. 109. & seqq. lib. 1. Alex. cons. 50. num. 8 lib. 3.* Inde inferitur, Reos non poss. facere fundamētum super possessione, etiam tanti temporis, cuius memoria non extat in cōtrarium: nisi probauerint, quod asserta seruitute vli fuerint iure proprio, & seruitutis & animo quærendi tale ius, vt per *Paris. d. cons. 27. num. 113. lib. 1.*

- 59 Scientiam & patientiam ꝑ aduersarij allegari debere, Innoc. in c. bona memoria. la. 2. num. 1. de potest.
- 60 pralat. & debere expresse exprimi: Et de illo ꝑ in cuius præiudicium dicitur acquiri possessio, debet constare, per probationes eiusdem, qui vult quærere possessionem, quod sciebat, quod vtēs intendebat vt iure suo: quia quando nescit, non fit ei præiudicium. l. clam. §. fin. de acquir. poss. Innoc. d. c. bona memoria. vide ibi verba. Sed hoc casu de nulla Actorum tali prohibitione, & quod Rei, ea neglecta, nihilominus sues per syluam egerint constat. Ipsos ergo Reos substantiale præscriptionis requisitum, ꝑ ipsa nimirum possessio seruitutis deficit. Non quoque ideo fecerunt Rei, quod ipsi animam & intentionem habuerint, aliquod ius quærēdi ipsorum communitati, grossen Henschbach contra Nolsbach earumve syluas. Et quod ipsi Actores hanc intentionem suam sciuerint, & nihilominus ipsos agere passi fuerint. Siquidē igitur cōtra Rei Actores, animū præscribendi non habuerint, sequitur, ipsos Actores familiaritatis & vicinitatis iure per Reos vsurpatum hætenus durch vñnd Hberttib/ non atrendo, quantous tempore lapsō, quo quiete egerint, iam nunc non iniq̄ue detrectare. Bona enim Actorum habent presumptionem libertatis: adeoque mala fides Reorum, quibus ius commune restitit. ipso iure contra ipsos probata est. Et ex quo
- 62 nihil probauerunt, ꝑ propter quod moti fuerunt ad credēdum, sibi deberi præcausam seruitutem, incubuisset ipsis probatio, quod hætenus porcos per syluas Actorum, glandium temporibus egissent, non vi, non clam, non precario. Bart. l. r. de iur. actu que priu. Alex. cons. 142. num. 3. lib. 1. Quorum verum nullum, ne articularunt quidem.
- Nec consuetudine acquisitum ius actus, licet
- 63 dicatur, quod potius cōsuetudine, ꝑ quam præscriptione. Ideo, quod si vsu promittue duarum viciniam vicinarum (inquit Couar. in relect. c. possessione. p. vt. 2. §. 3. numero 2.) inductum fuerit, vt absque vlla distinctione vtriusque oppidi agri sint compascui, & communia pascua, vicinis &
- 64 oppidanis, ꝑ hæc vere consuetudo dicitur. Secundo, quia consuetudo ꝑ consideratur circa ea, in quibus (vt nostro casu quoque) non cadit possessio seu quasi, continua, sed circa actus successiuos, consuetudinem inducentes. l. de quibus.
- 66 §. inueterata. de LL. Præscriptio autem ꝑ est continuatio possessionis, l. 3. de vsucap. Tertio: quia videtur seruitus actus hic introducta vtriusque villæ, tacito consensu populi: Ergo videtur consuetudo. Et vero in consuetudine ꝑ introducenda regulariter sufficit longum tempus, l. diutina. ff. de leg. c. Quasi sit longa consuetud. in rubro c. nigro.
- 68 Longum autem ꝑ tempus dicitur decem annorum l. si cum fideicommissaria. §. Aristo. ff. qui c. à quibus. Et hoc procedit, ꝑ licet consuetudo sit contra ius commune, Grauet. de antiq. temp. part. 4. in princ. nu. 7. 9. vbi etiam dicit, non distinguui, an habeat causam perpetuam, vel non. Sed sufficit tempus annorum in consuetudine: licet habeat
- causam discontinuam, Grauet. d. loco. Nec requiritur titulus, ꝑ nec bona fides, quæ sunt necessaria in præscriptione. Pro titulo namque ꝑ consuetudinis sufficit legis autoritas, eam approbantis, dum est rationalis & præscripta: Grauet. dict. loco. num. 6. Ruin. cons. 34. num. 16. vol. 1.
- Verum his sic responderi existimat. Primo Rei non se fundant super consuetudine, sed super præscriptione: & ea quidē immemoriali. Quia igitur excipiendo ꝑ fundant seruitutis præsum ius suum in tempore, videntur teneri, vt probent omnia necessaria ad præscriptionem, quia in hoc funguntur partibus Actorum l. exceptionibus. de Except. Grauet. d. loc. in princ. num. 30.
- Secundo, consuetudo ius ꝑ acquiri, omnibus de communitate, & ius publicum: sed præscriptio ꝑ tantum ius priuatum, Grauet. nu. 20.
- Tertio, si vniuersitas ꝑ aduersus aliam vniuersitatem ius pacēdi intra illius limites acquirere tentat, erit præscriptio propria, teste Couarr. in d. relect. c. possessor. p. 2. §. 3. num. 2. lam vero in hoc casu hæc nō observatus vsus iuris agendi, specialiter prodest Reis, & nocet Actoribus, si que certi sunt, qui præscribunt, & contra quos præscribitur: Ergo præscriptio est, non consuetudo nec decennium sufficit, sed immemorabile tempus requirit, Grauet. d. l. n. 2.
- Quarto, est vsurpatio ꝑ rei & iuris alieni. Sed consuetudo secus. Grauet. numero tertio.
- Quinto, consuetudo ꝑ consideratur in his tantum, super quibus populus inducens cōsuetudinem, posset expresse disponere & statuere, alias dicitur præscriptio: Consuetudo enim ꝑ est altera lex iurisdictionis, & per populum non habemus iurisdictionem, aut qui legem introducere non potest. Quin in consuetudine ꝑ introducenda super eo, super quo populus expresse disponere aut statuere non posset, requiritur tempus sufficiens ad præscriptionem, Grauet. n. 13. 14. 15. 28. vbi vide. Nostro casu, propter defectū iurisdictionis, non posset contra legem & statutū in bonis & syluis Actorum, &c. Ergo sumus potius in materia præscriptionis, quam consuetudinis.
- Sexto bonam fidem ꝑ in præscriptione requirit, sicut in consuetudine, &c. Solum esse in his, in quibus populus potest statuere: Secus esse ꝑ in consuetudine, in qua requiritur præscriptio. Tunc enim videtur necessaria bona fides ꝑ cum mala fides impediatur præscriptionem, in fauorem vniuersitatis, quamdiu saltem vnus superest de vniuersitate, habens malam fidem, & scientiam rei alienæ Grauet. num. 16. 17. 18. 19.
- Sep. imo, vt Grauet. num. 30. vbi d. præscriptio est contra eum, ꝑ contra quem præscribitur. Consuetudo vero contra tertium. Ergo sumus hic in casu præscriptionis.
- Octauo præscriptio dicitur, ꝑ quando vniacquiritur, & alteri aufertur: Consuetudo vero vniacquiritur, sed alteri non aufert, Grauet. num. 31. Quia vero præscriptio non est probata, iuste Actor-

Actores aliquandiu vsurpatum glandium tempore actum porcorum reuocare, & in syluis ipsorum ius à Reis prætensum, nondum vero præscriptum in posterum denegare ipsis possunt: Cum præsertim alias etiam vniuersitates non prohibeantur, ad communem vtilitatem, in pratis vel syluis, pascua ad certum tempus, certaque animalia restringere, earumque ordinationi singuli circum possessores, quamuis ius pascendi habent, tamen ad tempus parere coguntur, *Couar. pract. quest. c. 37. num. 1. in princ. Wesenb. cons. 17. num. 88.*

Quæ omnia cum ita se habeant, concludit, in proxima instantia male iudicatum, & primæ instantiæ sententiam (quandoquidem Actori petitioni, & institutæ actioni aliquatenus videtur difformis.) Secundum naturam & formam actionis negatoris reformandam, & pro Actoribus, *Kolbach* / contra *Heidbach* pronuncian- dum.

Votum Dn. N.

- 86 Seruitus discontinua ÷ non præscribitur, nisi tempore immemoriali. *l. seruitutes. l. 1. de seruit. l. 1. de aq. quod. Balb. de præscript. in 2. part. 4. part. princ. §. 1. n.*
- 87 Sed hoc fallit, ÷ si quis habet talem scientiam siue credulitatem, quæ iustificat possessionem, vel quasi, quia tunc sufficiunt 40. Anni. & de iure Canonico (quod in præscriptionum materia sequuntur Dd.) ita obseruari, dicit *Balb. d. loco.* Reos vero nostros, quibus nunc demum post multa secula ab Actoribus vsus viæ publicæ (quæuis non satis constet, an publica vel priuata sit) & Actus porcorum negatur, talem scientiam siue credulitatem semper habuisse, ex Actis testium dictis ex missiua à Iudicibus primæ instantiæ ad secundæ instantiæ Iudices trāsmissa, ex antiqua consuetudine & vsu illorū pagorū & vicinorū. Attestant quippe d. Iudices, daß im *Klingberger Länd- 88* getliche ÷ die Gewonheit vnd alter Brauch sey daß alle Anstösser vnd Wittmärcker / mit allem Viehe / in Wäldern vnd Feldern zusammen treiben: Et quæuis etiam attestantur de consuetudine, glandium tempore, quod præcludant syluas: Non tamen sequi, quod prohibito tempore ad alias syluas communis pascui, ire vel agere non debeant.
- 89 Nam annua ÷ prohibitio non fit ratione actus. Accedit confessio partis, & dicta testium. Facit difficultas proueniendi ad loca pascui. Et con- 90 cesso, ÷ quod plus videlicet pascua, in proprijs & alienis: conceditur, quod minus, scilicet Actus: Titulum allegatum & probatum esse in 6. 7. articulo secundæ instantiæ. Ex vsu tanti temporis ÷ præsumi titulum, quò casu seruitus discontinua præsumitur spacio longissimi temporis. *glossa Bartol. in d. l. seruitutes. de seruitus. & hanc esse communem Balb. supra dicto loco. Capoll. cap. 19. de seruitus. vrb. prad.*
- 92 In probata præscriptione ÷ iurium incorporalium deberi probari de scientia & patientia ad-

uersarij *l. 2. c. de seruit. & aq.* Tamen in consuetudine ÷ inducta & inducenda, non necesse esse probare. *Balb. q. 10. p. 1. Alexand. consil. 6. vol. 1. & consil. 16. vol. 5.*

Inspectionem ocularem significare, ÷ hanc viam esse vicinalem, & sic seruientem vicinis publice. *l. 2. §. viam publ. ne quid in loc. publ.*

Concludit, intentionem Actorum probatam, & proxime bene iudicatum. Expensas: vt placet Dominis.

D. N. Concludit cum Referentibus: Salua vltiore deliberatione, post vota Dominorum.

Votum Dn. N.

Præmittit: Actoresmet fateri, ÷ se non plenam sed limitatam libertatem, & admodum exiguam habere in syluis. Deinde allegant: Reos habere aliam viam im *Freydenberger Wald*: Sed hoc non probarunt: Sed commissarij fatentur, eam viam esse asperam, & nimis deuiam. Cōcludit, quoad hæc duo, Actionem non probatam. Dato, quod sit probata: videndum, an elisa? Fatetur: Reos se fundare in præscriptione 10. 20. & 40. annorū, & immemorialis temporis. Præmittit: quod semper habuerint communia pascua: Licet in prima instantia de plano sit processum, & tanquam rustici, requisita satis deduxerint, pro qualitate huius negocij, sustineri posse. Rei certam viam allegarunt, quam Actores negant: Tamen ocularis inspectio dat, & testes dicunt, quod via sit 4. Ruthen breyt / viam habere octo pedes. *l. via latitudo. de seru. rust. prad.* non releuare, quod prohibita: quia seruitus ÷ viæ est ius indiuiduum. *d. l. 1. §. via.* Non releuare allegatam libertatem præsumptam, cum ex confessione partium, seruitutibus sit obnoxia. Probatum ius Actus, tempore permissio: Ergo incumbere probationem Actoribus, quod tempore prohibito non competat. *Ritgenbergische Ordnung* ÷ nihil de actu disponere. Sequi, Reos omnitempore seruitutem Actus habere: ideo recte dici, Actionem non probatam: Ideo non opus esse, disputare de præscriptionibus. Secundo, Rei dicunt, se hunc Actum & viam habere, intuitu pascui im *Freydenberger Wald*: Item quod singulis annis puteum purgare debeant: Ideo non iure ÷ familiaritatis vsi hoc Actu, *l. generaliter. l. qui familiaritatis. de acquir. possess.* Sed intuitu iuris pasculandi, quod omni tempore in d. Sylua & alijs locis competat. Item aquam iumentis hauserint, & purgarint, qui actus inter vicinos, propter meum & tuum iure familiaritatis, dici non possunt.

Tertio dicunt Rei, se & suos maiores 10. 20. & 40. Annis, & vltra memoriā hominis, d. Actum ad Syluam *Freydenberg*: vsos fuisse. Hoc per testes satis probatum putat. Actorum quidam testes de sua infamia; nec audiuisse, deponere. Inde infert, olim non fuisse dubium, quin iure seruitutis vsi sint.

Putat in hac exigua causa, allegatā præscriptionem satis probatam, cum etiam ex dictis ratio-

nibus, & generali consuetudine id ipsum ius præscripserint: concludit, Actionem probatam, vt N. & N.

Votum D.N.

D.N. Haibacensium partes & iure & æquitate subnixos existimat: Ius enim agendi per syluam Actorum satis probatum. In antiquis ¶ non ex-
 99 actas requiri probationes. Accedunt duæ ¶ præ-
 100 sumptiones pro Reis, vnâ ex iure pascendi in d. sylua, qua venire commode non possunt, nisi per hanc viam. Altera, ex iure aquandi, quod habent sum Bullenbronn / qui est in media via. Hæ
 101 præsumptiones ¶ fortiores sunt ijs, quas habent Actores: quarum prima est, ex libertate prædiorum: ¶ quæ eliditur in antiquis, concurrente fama & præsumitur tunc contra libertatē. *Myns. obs. 25. cent. 5.* Secunda est, quam habent ex consuetudine loci, ¶ eaue eliditur facile, contrarijs actibus, ¶ contrariam consuetudinem inducunt. Et sic Actorum probationibus elisis, ¶ libertatem legitime probare debebant: quod non præstiterunt. *Gabr. lib. 1. de probat. concl. 1. num. 62. Wes. conf. 98. num. 21. 22.* Actus facultatis elidi, vt not. *Wesemb. consil. 2. nu. 49. Gabr. lib. 5. tit. de prescript. concl. 10. num. 8.* Ius familiaritatis hic non obstat, *Innoc. in c. cum Ecclesia Sutrina, num. 4. de causa possess. & propr. & c. bonæ memoriæ, de post. prælat. ibi Bald. nu. 9. Gal. lib. 2. obs. 69. Kirchoff. cent. 4. concl. 92. in commun. opin.* Item non deesse bonam fidem, l. si quis emptionis, *Cod. de prescript. 30. annor. vbi habetur, bonam fidem esse sine titulo. Couar. cap. possessor. p. 2. §. 8. num. 2. Wesemb. d. consil. 2. num. 87.* Item Reos non allegasse immemoriam præscriptionem: sed iudicem ¶ non posse in hoc cognoscere, nisi allegerit, *Wesembec. consil. 14. num. 65. Papa decision. 221. Boer. decision. 344.* Tamen posse iudicem & esse arbitrium, &c. *Boer. vt supra, & Myns. obs. 28. cent. 3.*

Concludit vt supra.

Sententia in comununi forma concepta & lata fuit.

V O T U M XII.

In causa A. contra S.

S V M M A R I A.

- 1 Puncta & separata facti species quatuor proponuntur.
- 2 Inuestitura nouas habens, antiquas non tenetur ostendere.
- 3 Testes Reorum preferendi testibus Actorum.
- 4 Defectus testium Actorum.
- 5 Preambula duo per Actores probanda.
- 6 Possessio quare præsumenda clandestina.
- 7 Veritas contradicit antiquitati allegata.
- 8 Cultura agrorum non derogat nobilitati.
- 9 Incola in Nodel qualiter vsi sylua.
- 10 Mutari nihil, nec aliquid peti potest, quam ante fuit petitum.
- 11 Positio antecedente sequitur consequens.
- 12 Vasallus non debet excorari.
- 13 Capitula connexa non recipiunt separationem.

14 In feudis tenor obseruandus, & qualibet res præsumitur libera.

15 Argumentum ab absurdo.

16 Diuersa sunt qualitates inter Schuleheissen & vasallum.

17 Vocabuli, Nodel exaggeratio qua.

18 Exceptione rei iudicata quare Rei recte repellantur.

19 Inuestitura facta, seruitia excludi vel recusari minime possunt.

20 Seruitorum modum & mensuram in specie definire, non est opus.

21 Inuestitura tenor omnino obseruandus est, nisi vel mutatus, vel noua pacta monstrari possint.

22 Inuestitura tenor quis.

D.Referens N. nullitatem esse commissam in prima instantia. Sed transit cum *Gal. obs. 88. lib. 1.*

In secunda instantia, in libello appellationis quatuor puncta ¶ & separata facta species proponuntur: de quibus separatim agendum.

In primo puncto, quoad *Holshauentria* videnda: 1. Quæ actio intentata. 2. An probata. 3. An elisa. Quoad primum: actum vtili interdicto, vt possidetis.

Secundo, An probata. Nonnullos testes deponere de possessione, & quod tanquam *Freyholz*, Rei syluam possederint.

Tertio, An elisa. Appellantes vi vel clam, & iniuste turbarunt Reos in possessione. Demonstratur inuestitura testibus Actorum & Reorum. Clara enim esse verba inuestituræ: quam ratificauit *Zangis*, pater Actorum, quod non impugnant, sed exigunt seruitia, & ad hæc coegerunt. Item quia in exceptionibus Reorum deducitur, quod & iuramentum exegerunt, atque receperunt, & insuper aliquando pignorarunt: sed postea mutauit sententiam, & sic non inuestiuit: recepit enim iuramentum, sed deinde voluit mutare priorem inuestituram: quod non contradicunt Actores, & sic tacite fatentur. Nec posse dici, quod respectu aliorum bonorum factum: quia de alia inuestitura non constat. Et dum approbant partem inuestituræ scilicet *Art. 24. Hufen* & alia: ideo & hoc non debere excludi, cum in eodem instrumento contineantur, *Wes. conf. 2. num. 22.*

Facit depositio septimi testis Reorum, qui hoc audiuit ex patre Actorum: saluat eius dictum ex omnibus circumstantijs. Ratificatam inuestituram, per vsum precarium, quem confessus est *Zangis*, vt testes quidam dicunt, constare ex probatis vtriusque partis. Rei non fuerunt obligati ostendere inuestituras: quia per eos non stetit, quo minus exhibeatur, quia dicunt, se nõ habuisse alias, quam vltimam. Qui vero habet nouas inuestituras, ¶ antiquas non tenetur ostendere, *Wes. conf. 2.*

Iam de possessione. Primo de testibus videndum, quo loco ¶ Reorum videntur, preferendi. *Menoch. de arb. lib. 2. cent. 1. casu 88.* oranes fere tes-

tes

tes Actorum, exceptis quatuor, habere interesse, & subditos esse eorum. E contra vero Reorum tales non esse, & quosdam Actorum testes non esse relaxatos, vt nonum, &c. quosdam contrarios, vt 10. & 20. Quod quidam paradoxa, non verisimilia depōnant; quidam laborent in fama; quidam partes iudicis sibi assumant; Reorum dignioris esse fortunæ.

Duo præambula erant per Actores probanda, 1. se possedisse. 2. & turbatos, *Mench. remed. 30.* Quoad primum. Quidam dicunt de immemoriali, vt 19. 22. 23. Actorum testes, sed sunt subditi, vt supra dictum. Quod vi possederint, dicit testis 9. Actorum, sed Reorum 7. 9. 10. 11. Quod precario dicit testis 9. 14. 16. Reorum 5. 7. 10. 13. 6. *Clandestina præsumitur; ¶ quia sylua magna & Reidiu pupilli erant. Non obstat, q̄ quidam dicunt, Actorum patrem die ac noctu ligna auerxisse: quia id factum licentia patris Reorum vt testis 3. dicit: Item haben Holz darinn verlichebt/ verlaufft/ darinn getagt / vt Mench. remed. 3. We- 7 semb. conf. 20. Campeg. de test. reg. 340. Veritatē ¶ contradicere allegat antiquitati, vt Græuet. conf. 949. num. 24. confil. 894. num. 47.*

Concludit Articulos Reorum scilicet, 2. 3. 4. 5. 6. 9. 10. 11. 12. 13. & 14. & contra, Articulos Actorum 1. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. & 11. in quibus de possessione agitur, esse elisos. Accedit confessio Actorum in articulo positionali 19. quem Rei acceptant: idque propter antiquiorem titulum & possessionem.

Non obstat allegata rusticitas: quia tamen possunt habere feuda: nec nobilitati ¶ derogat cultura agrorum, *Tiraq. de nobil.* Non esse *Strey Schultheissen*/constare ex inuestitura & testium dictis. Incolas ¶ in *Xodel* vsos sylua, partim licentia Reorum, partim iure vicinitatis, & præstiterunt eis seruitia; vt testis 4. in prima instantia dicit: quod iussu Reorum fecerunt. Multi dicunt, *dass sie dienst darumb müssen leysten.* Ergo, vtantur sylua, vt olim.

Dereliquis, non deductis in prima instantia nihil negotij nobis: qua non deuoluta: ergo non fundata iurisdicō. *Vant. intra quod tempus n. 86. Græuet. conf. 422. & 355.* vbi dicit, quod nihil mutari, nec ¶ peti aliquid possit, quam ante fuit petitum. Damna illata, quoniam non deducuntur, nec commode per Reos deduci possunt, nec deducunt, remittit se in hoc ad placitum & iudicium dominorum, cum partim precario, partim pro precio, clam & vi abstulerint ligna.

Quoad secundum punctum, seruitiorum præstandorum: qui cum sit tanquam consequens præcedentis, non putat immorandum; ¶ posito enim ¶ antecedente, sequitur consequens; ¶ Nec tamen vasallus ¶ exorari debet, *Brun. conf. 117. num. 194.* Ideo etiam confirmandam priorem sententiam.

Quoad tertium punctum, scilicet ius patronatus: qui cum transit in rem iudicatam, ideo

nihil amplius negotij: Et quamuis petant Rei, vt ex communi beneficio appellationi, etiam in hoc puncto pronuncietur: tamen cum hic separatus à reliquis sit; hic rescitari non potest. Procedit enim regula d. l. fin. C. de appell. quando sunt connexa ¶ capitula, leparationem non recipiunt. *Salyc. d. l. fin. C. de appell. & in l. 1. C. si vnus ex plurib. appel. allegat Bald. in l. per hanc, C. de temp. appell.*

Ad quartum punctum, concernens ius reuisionis det 4. Huber: Actores instituisse actionem præscriptis verbis, in factum, ex l. 2. C. de pact. inter empror. Et hunc punctum non probant Actores: quia sunt quidem duo testes, sed discrepantes, vtputa, Actorū 3. in prima, decimus in secunda instantia testis & quartus in prima instantia, & quamuis Actores petant compelli Reos ad eadem instrumenta venditionis, & ita ad fundandam suam inentionem: tamen iniquum petunt l. 1. l. fin. de edend. vbi *Dá. Don à Fin* regula, *Edere. Dec. c. 1. num. 13. de robat. Menoch. de arb. iud. casu vlt.* Cumque hic punctus non sit probatus, etiam confirmandam priorem sententiam. Vult compensare expensas, quia causa ambigua, & uterque partium respectiue obtinuit. Allegat *Afin. in praxi §. 31. cap. 5. num. 1.*

Votum D. N. Corref.

Referentis voto per omnia album calculum adijcit. Quædam addit: videlicet quod de Reorum titulo ex inuestitura perspicue constet: quod Actores per renouationem licet tali modo, vt scilicet ius lignandi sibi relinquatur, tacite fatentur: quo titulo ad colorandam possessionem, sibi adminiculum conciliant.

Accedunt præsumptiones validæ vtriusque instantiæ: Si enim Actorum parentes aliquod ius sibi voluissent præseruare, id dissimulatione non inuoluissent, quin inuestituræ inseri curauissent: Et sibi impotent, quod id occultarunt: In feudis enim ¶ tenor obseruandus: & quamlibet rem præsumi liberam. Mouet etiam ¶ argumentum ab absurdo: quo videlicet vasallus prohibeatur vt frui iure vtilis dominij. & dominus sibi id ipsum reseruaret. Et quod quidam senex vidit, Actores lignatum proficisci, & quod maiores eorum idem ius exercuissent à suis prædecessoribus, audiuisse testatur, vt iam omitteretur, testimonium istud petitorium respicere & testem hunc Appellantibus esse subditum; quamuis sit relaxatus à iuramento, omni tamen exceptione non esse maiorem, & naturam erga dominum affectionem eum exuisse, minime fieri verisimile, præcipue, cum contestem; qui idem per omnia testimonium cum eo concurrentes dicat, habeat fere neminem.

Quoad seruitia: diuersas esse ¶ qualitates inter *Schultheissen* & vasallum: non ideo recte ab uno ad aliud argumentari. Exaggerat ¶ vocabulum *Nöch*/ id est angustiam, quod declaratur in fine inue-

inuestituræ: vt si bella vel hostilia immineant, &c. quodque laborarent: id quod adhuc fit in multis locis Germaniæ in vsu, vt olim viri nobiles stiuo manus admouerent, vt apud Romanos.

Quoad ius patronatus, nescit, ex qua causa prioris Iudices indecisum hunc punctum reliquerunt: putat, exceptione ꝑ rei iudicatæ Reos recte repelli. Nam frustra ex communi beneficio appellationis implorant, cum id locum habeat in annexis, non separatis punctis. Sed hic sumus in causa, vbi distincta sunt capita, &c. l. scire oportet. de verb. oblig.

Votum aliud.

Cum videam, Actores Zugenat/ suam intentionem, in prima parum, in secunda vero instantia non plus probasse: imo Reos suis exceptionibus abunde & sufficienter eam elisisse: prout à Dominis Referentibus ex actis deductum: præsertim quod attinet ad primum & quartum punctum: & secundus primo aliquanto connexus est, & ex inuestitura vterque dependet & consequitur. Facta ꝑ. n. inuestitura, seruitia debita excludi vel recufari minime possunt. Nec opus est, ꝑ modum & mensuram seruitiorum in specie definire: cum eius alia & meliores probationes non adsint, quicquid dicant aliqui testes, quam ex tenore inuestitura, ꝑ qui omnino est seruandus, nisi vel mutatus, vel noua pacta monstrari possint: præsertim cum contrarium 21. 22. 23. & 25. quod Actoribus incumbat, probatum non reperitur. Tertius punctus in prima instantia satis fuit liquidatus, à quo nec appellatum. Inde beneficio communis appellationis frui non potest, per rationes allegatas. Acquiesco igitur votis Dominorum simpliciter, confirmando priorum sententiam.

D. N. Si in petitorio essemus tunc pro Actoribus pronunciarer, quia ꝑ inuestitura habet, ꝑ tantum quarta pars, scilicet, des Negnars geltehen vnd tacite denen von Schlag der 4. Theil reseruat, sed in possessorio melius probasse. Ideo cum Dn. Referentibus, quoad 1. 2. & 4. punctum. De tertio fuit dubius.

D. N. vt Domini, sed quod ad tertium punctum pertinet, vult denselben abschlagen. Et pronuncandum; bene iudicatum. Compensatis expensis. Interesse non satis deductum, malim dissimulare.

V O T U M XIII.

In causa ciuitatis B. contra O.

S U M M A R I A.

- 1 Der Schäfer soll wie ein anderer gehalten werden.
- 2 Ius pascendi opiloni, vel der Schäferen/ non iure seruitutis vel alio titulo absoluto, saltem competit, vs alij cuiuslibet illius loci incolæ.
- 3 Quo tempore ius pascendi opiloni, vel der Schäferen competit.

4 Opilio non inique excluditur, quando & alij excluduntur, à iure pascendi.

5 Appellantium iura, ob qua ratione interesse ipsorum in hac lite se intromiserunt, vnde appareant.

6 Prata in quibus pasua prohibuerunt Actores, ipsorum sunt propria.

7 Princeps non est singularum rerum dominus, sed protector.

8 Die Gemeind Dr. hat allweg vber Bonn/ Weyd/ Altmenn/ etc. Ordnung zu geben gehabt.

9 Vniuersitates non prohibentur ad communem utilitatem pasua in pratis vel syluis ad certum tempus, certa que animalia restringere.

10 De aestimatione der 5. Schilling Heller / frustra & contra ius ex aduerso pretenditur.

11 Communis actus, administrationis potius videtur esse, quam iurisdictionis.

12 Iurisdictione cum honorum vniuersitatis vel incolarum proprietate, eorundemve administratione, nihil commune habet.

13 Villa quælibet, quamuis non habeat iurisdictionem, tamen circa rerum suarum administrationem, statutum facere potest.

14 Villa potest committere Officiali suo.

15 Villa nullum alias habet executorem quam suum Officialem, qui nisi exequatur, illorum delibetatum esset ludibrio.

16 Officialis tenetur villa statuta sequi, non auctoritate statuendum, sed auctoritate iuris communis, approbantiu statutum.

17 Das Bericht zu Odenh. hat vber des Schäfers Abtrag zu erkennen.

18 Dominium proprium habere Odenheimios rerum suarum particularium, & etiam communiatu.

19 Multa hec accedit moderationi, tanquam causatum sue causa.

20 Causari siue effectus expressio, tacitam sua causa expressionem inducit.

21 Causari idem est iudicium, quod ipsius causa.

22 Pignoratio siue manus iniectio actus iurisdictionis non est, & priuatis nunquam conceditur.

23 Equitatis suasio qua.

24 Multa, nõ intuitu alicuius iurisdictionis sunt exacta.

VOTUM Domini Referentis N. den Gaftrich vnd Weyd vor Georgij, auff der von Odenheim Wiesen vnd Bestraffung der Schäffer belangend.

Num Actores contra Reos actionem l. Aquiliz, vel de pastu pecoris, quæ attestantibus Couarr. pract. quest. c. 57. num. 3. vers. 7. & Oldend. clas. 6. act. 19. nu. 2. 3. 4. 5. probarint. Non magni operis, quia Canonici Appellantes, actionem probatam, siue conquesta damna, & quidem ipsorum auctoritate & iussu illata esse, met non diffitentur. Ex actis quoque constat, daß der Schäfer ꝑ rote ein anderer gehalten werde. Sicque der Schäferen ꝑ vel opiloni, ius pascendi, non iure seruitutis, vel alio titulo absoluto: veru saltè competat, vt alij cuiuslibet loci illius incolæ, cū collectis, nepe frugi-