



Christian Friderich Lyncker

## **An onus probandi semper incumbat ei, qui servitatem vindicat? : Dissertatio Inauguralis**

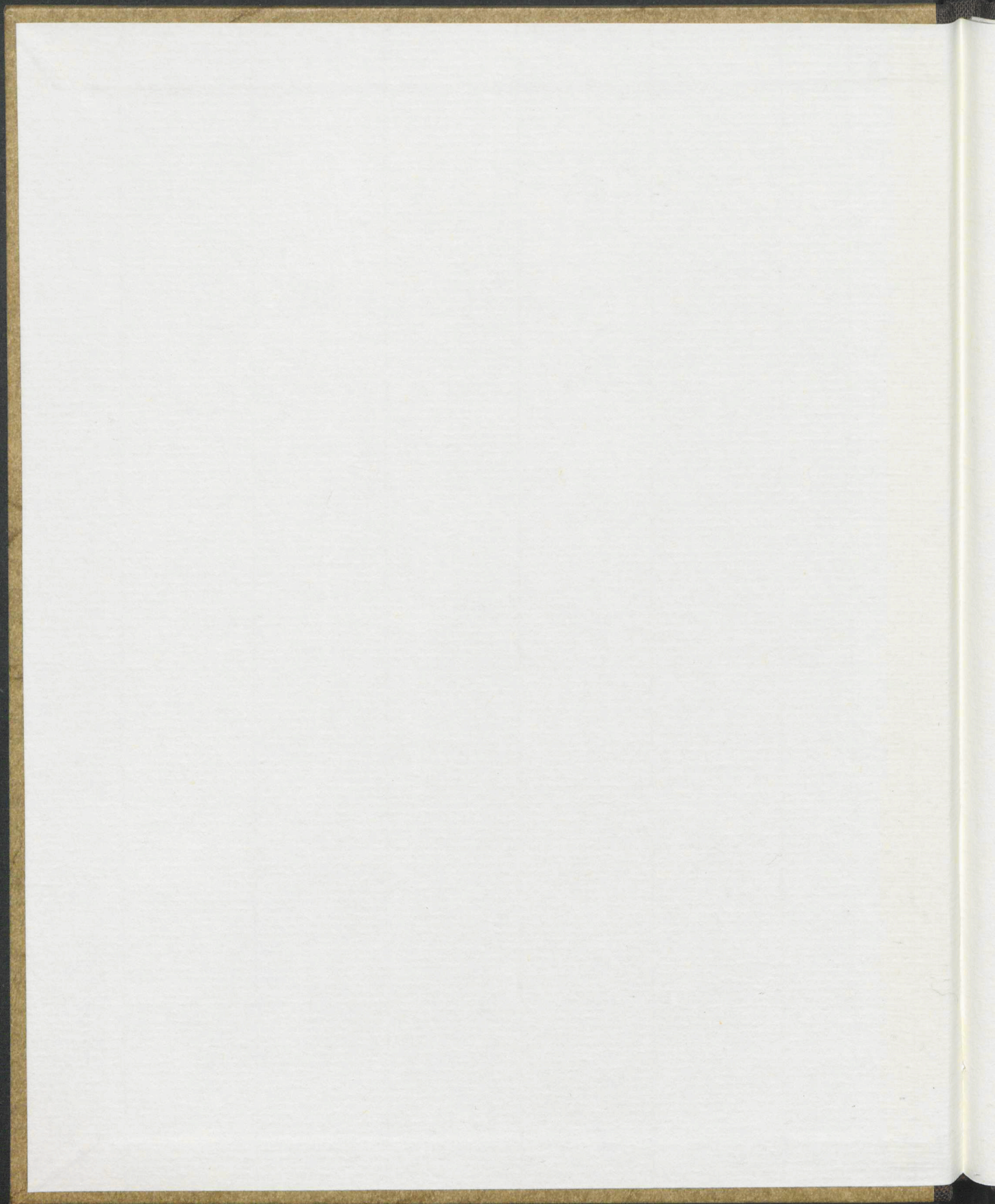
Rostochii: Typis Adlerianis, MDCCCXXXVIII

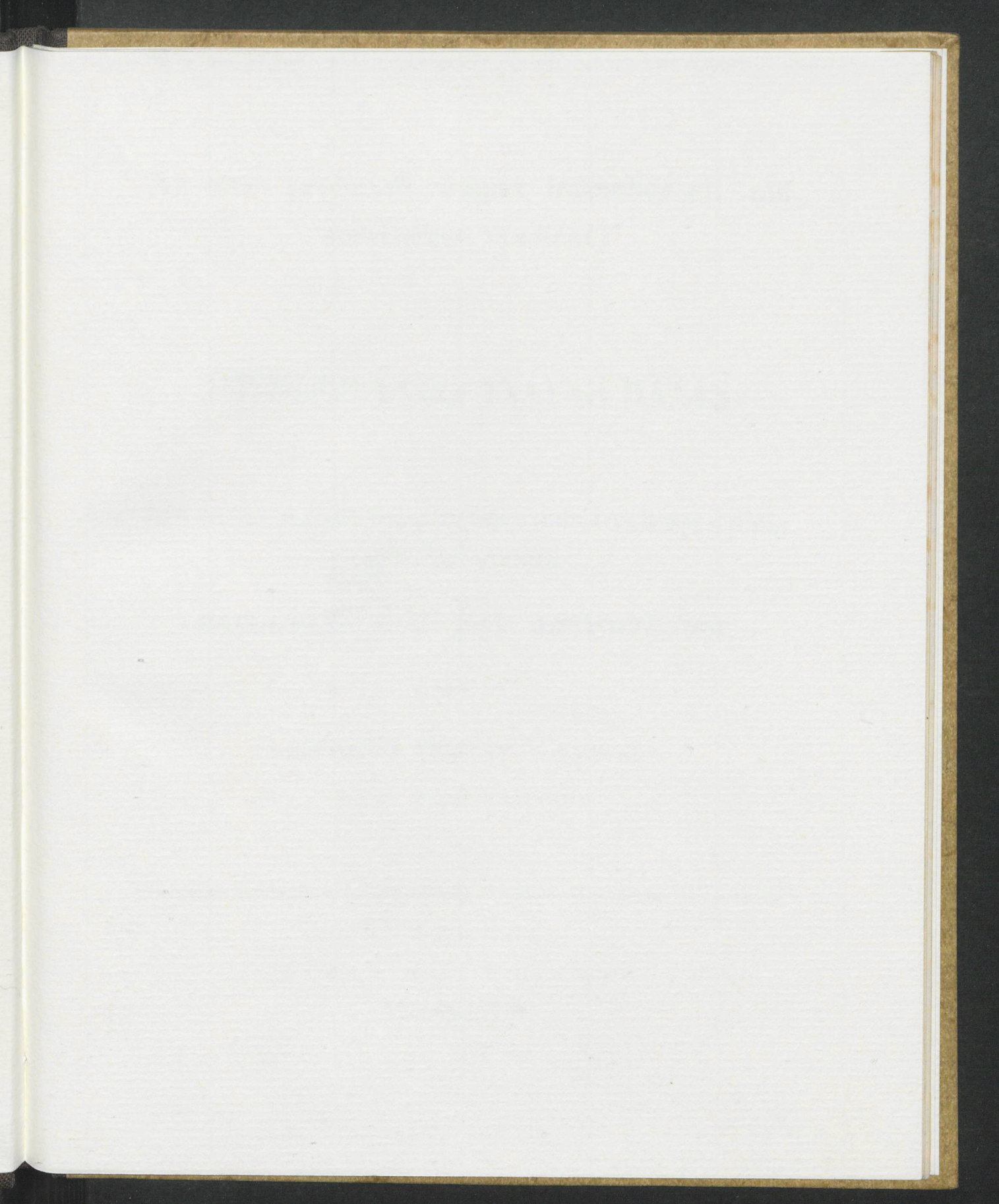
<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1006684662>

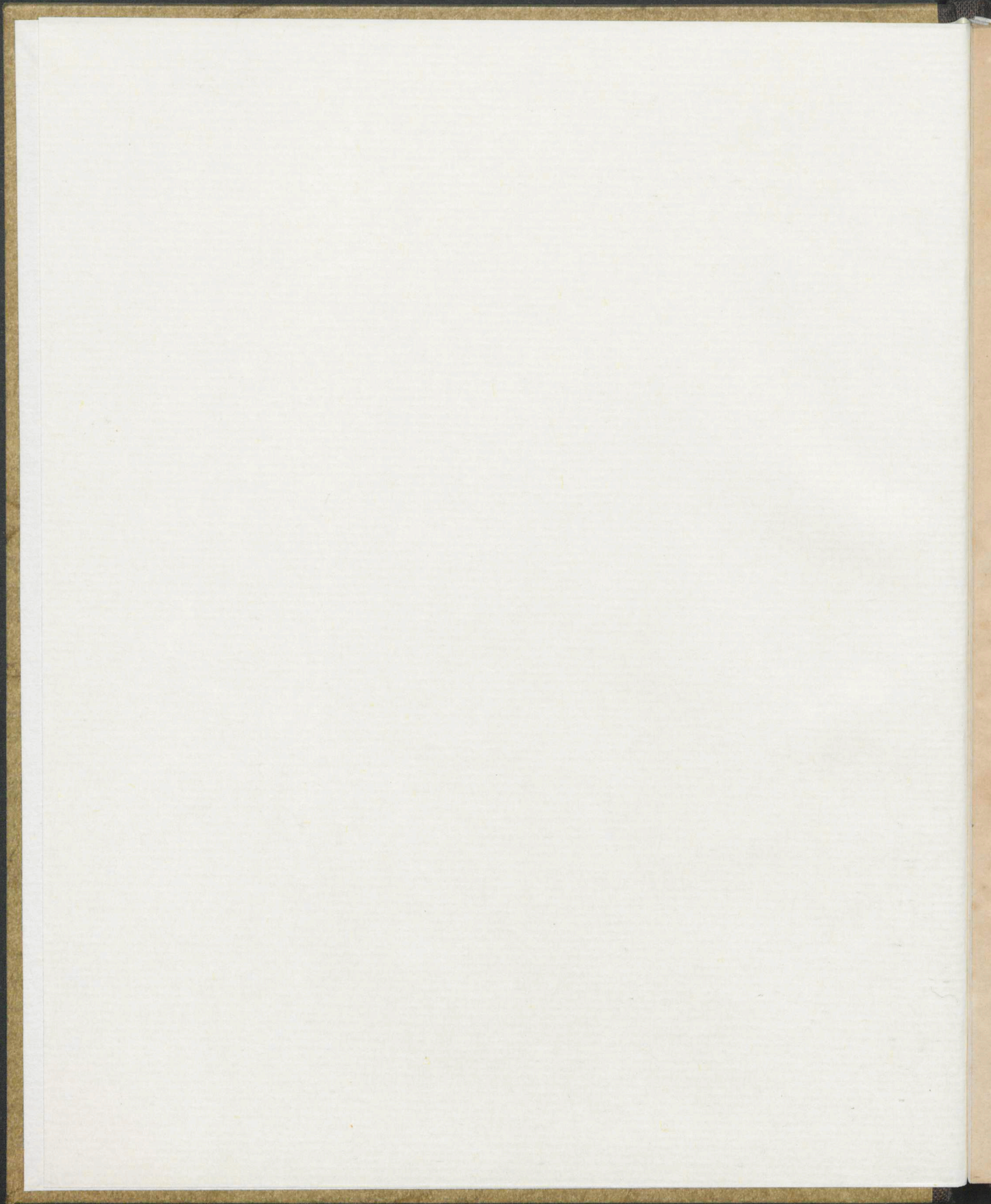
Druck Freier  Zugang  OCR-Volltext

RU jurist. 1838

Lyncker, Christ. Frid.







An onus probandi semper incumbat ei, qui  
servitatem vindicat?

DISSERTATIO INAUGURALIS

QUAM

PRO GRADU ATQUE HONORE DOCTORIS UTRIUSQUE IURIS

RITE OBTINENDO

FACULTATI IURIDICAE ROSTOCHIENSI

OBTULIT

CHRISTIANUS FRIDERICUS LYNCKER,

CAUSARUM PATRONUS BRUNSVICENSIS.

---

ROSTOCHII

TYPIS ADLERIANIS.

MDCCCXXXVIII.

1838

In omni probandi semper incumbat ei  
scrutinium iudicis

DISSERTATIO IN OCTO LIBRIS

PRO GRADU DOCTORIS IN PHILOSOPHIA

SCRIPTA

ROSTOCKENSIS



UNIVERSITATIS

CHRISTIANAE PHILIPINAE

ROSTOCKENSIS

ROSTOCKII

ANNO DOMINI 1773

MDCCXXIII

»An indistincte onus probandi incumbat illi qui servitutem,  
ait, sibi deberi?«

**P**ermulti, sane, jurisconsultorum, praesertim, quos nostra tulit aetas, in utramque partem acriter contenderunt, usque dum tandem fere inter omnes de affirmanda illa quaestione constiterit.

Glück, Pandecten-Commentar, Th. 10, §. 687.

Unus tantum e celeberrimis nostrae aetatis jurisconsultis vir e ceteris emi-  
nens, *Thibaut* hodieque se adversarium praestitit communi opinioni in Pan-  
dect. Sistem. §. 625, edit. 6<sup>ta</sup>, ita autem, ut non peculiariter s. ex indus-  
tria de hac fere desperatissima quaestione disseruerit, id quod valde dolen-  
dum est.

Tibi, magne vir seculi, quem in jurisprudentiae penetralia me intro-  
duxisse laetitias exulto, has primitias offero et dedico; tantillum utinam elo-  
quentiae Tuae omnia devincentis, precor, mihi impertiatur, ne nimis vile  
appareat hoc reverentiae amorisque, quo te amplector, munusculum. — —

*Hufelandi, Glückii, Klötzeri* etc. supra-dictam quaestionem utique affir-  
mantium rationes, quas *Borstium* in libello, qui inscriptus est: „Von der  
Beweislast,“ satis superque refutasse censeo, hic denuo perlustrare, plane  
supervacaneum mihi videtur.



Restat igitur, ut *Borstii* atque *Esseri* <sup>1)</sup> novissimorum praxeos atque communis opinionis defensorum rationes quam accuratissime excutiam. Quarum brevem delineationem dare mihi licebit: „Possessio, qua nituntur „*Weber*, *Thibaut* etc., omnino non producit juris praesumptionem <sup>2)</sup>; nam „si revera produceretur, non solum jus sibi competere, sed etiam possessorem jure plane destitutum esse, probare teneretur petitor, quae negativa „foret insulsissima.

„*Servitutes autem nil nisi domini partes sunt*, <sup>3)</sup> ergo negatoria „actio nil nisi particularis vindicatio est. Sicuti vero vindicans se dominum „probare tantum tenetur, nullatenus, adversarium, licet possessione munitum, „non esse dominum, pari ratione negatoria agens dominium tantum fundi, „quem alter autumat servire, demonstrare debet, haud, (ut *Borstii* utar ver- „bis) das Nichtsein des Theilrechts, quod reus possidet. Si *negativa* probatio, „domino incumbens, non affirmativae inesset probationi generali de dominio „competente, non solum contra possessorem, sed etiam contra non-posses- „sorem servitutis probatio peculiaris negativa deduci deberet; saltem enim „non nefas est, alteri deberi servitutum, etiamsi ab actore probatum sit do- „minium. Atqui in promptu est istius rei ineptia et absurditas; eadem ergo, „quae valent quoad *non-possidentem servitutis* principia, quoad possidentem „vel quasi etiam valent.“

<sup>1)</sup> Esser, Kritische Beleuchtung des Römischen Rechts über die Beweislast bei den Servitutentlagen. Trier, bei Eing. 1826.

<sup>2)</sup> Mirabile mihi videtur exemplum, quod offert: *Borst.* p. 113. lib. laud.

A besitzt ein Grundstück, B fordert die Herausgabe und beweiset, daß er das Grundstück schon als Pächter (?) oder Käufer u. besessen habe, folglich ihm ein Besitzrecht zukomme. Spräche nun eine Vermuthung für den Besizer, daß auch er gepachtet (?) und gekauft habe u.

Quomodo autem colono possessio civilis actioque realis competere possit hodieque nescio. Parum item quadrat exemplum de emtore sumtum; nam si duobus vendita fuerit res fere indistincte, praefertur is, cui priori res tradita est; l. 9. §. 4. de publ. in rem actione. In omnem eventum igitur, quomodocumque res se habet, probatio, qua actor deduceret, alterum non emisse, hoc casu plane superflua foret.

<sup>3)</sup> Conf. Esser, p. 64. 73. 74.

Hactenus *Borstius* <sup>4)</sup>. Quas rationes, eminentem prae se ferentes veritatis speciem impugnabo. „*Juris praesumptionem non producit possessio*,” ait *Borstius*; lubentissime adjicio album calculum, attamen ejus opinioni obstans. Possessio est sensu generali quorumlibet jurium exercitium, quatenus in facto consistit (vulgo factische Ausübung von Rechten); objectum esse potest corporale vel incorporale, quo casu rectissime, ut *Gajus* noviter repertus approbat, nomine quasi-possessionis uti licet.

Pro possessore, sicut omnino pro reo non militat juris praesumptio, quamvis aliud statuatur communis opinio. Leges enim nullatenus dicunt: Quia *Mevius* possidet, illum dominum esse praesumimus, sed potius: „Juris exercitium, in quo versatur *Mevius*, producit dubitandi rationem, an revera competat dominium petitori *Cajo*, quod Non liquet nobis constringit manus, usque dum illa dubitandi ratio sublata sit.“

Sin igitur *Cajus*, dominium sibi competere rei a *Mevio* possessae probaverit, *Mevium* per se apparet, cedere debere, ita ut non praeterea de *Mevii* non-dominio demonstrando agi possit. Sin autem possessor *Mevius* directe contrarium vel dominium sibi competens deduxerit, omnia quidem immutata s. in statu quo remanere debent, cum idem per idem tollatur. Per accidens vero fit, ut possessor qua talis in meliori causa versetur, nequam enim ex juris praesumptione id proficiscitur, alias *Senatus-Consultum Macedonianum* quoque in *gratiam* filii familias, utilitatem per accidens ex illo percipientis, factum esse autumare potueris.

Quod principium, si accurate spectes atque applices, opinionem a *Borstio* defensam prosternat necesse est. Argumentum, quod sumis de dominio diviso, minus convenit. Directe enim negat dominium petitoris in vindicatione possessor; sin igitur ille id probaverit, eo ipso corruiat atque tollitur

<sup>4)</sup> Suo loco *Esseri* argumenta cetera, ut sic dicam, inferioris ordinis, attendere in animo est.

possessoris negatio simulque illa ratio dubitandi legum; cedere igitur tenetur possessor, quantumcunque provocaverit ad condominium vel alia in re sibi competentia jura, in separato tunc deducenda. Romani enim, quamvis non exigerent, ut statim simulque cum liti contestatione omnes exceptiones proferret reus, liti tamen calumniose proleptandae adversabantur.

arg. d. ult. Cod. de compens. conf. cum Nov. 18. c. 10.  
 „Si quis conventus fuerit, res habere alterius; ille vero dicit, res non esse illius, de quo dicit actor et cogatur, qui actionem infert, — — ut ostendat res illius esse — — pro abnegatione circa hoc et actoris laboribus ad actorem transferatur rerum, de quibus est quaestio facta, possessio licentiam habente eo, qui hanc reddit, si qua jura habeat ex illa persona sibi competentia, haec proponere etc.“

Plane aliter res se habet in negatoria.

Tantum abest, ut actoris negatorii dominium inficietur reus, ut potius concedere possit sine ullo praejudicio, ita ut domini probatio haec ratione plane supervacanea foret. Quae probatio tantum causae legitimationem, quam vocant activam, continet, cum domino soli negatoria agere liceat. Attamen principia, quae valent in rei vindicatione, negatoria quoque accommodari possunt, modo „particularis vindicationis“ nomine absteineatur, quippe quod firmo stabilique sensu destitutum a via recta sedueat.

In pari errore cum *Borstio* versatur *Esser*, qui ait in libellulo supra laudato p. 3.

„Das Eigenthum in seiner Unbeschränktheit genommen, begreift alle dingliche Rechte, die auf eine Sache geltend gemacht werden können, in sich, und läßt, was die Wesenheit angeht, zur Zerstörung seiner selbst durchaus keine Abänderung, dagegen aber, was seinen natürlichen Bestandtheil, z. B. das Nutzungsrecht, betrifft, wohl entgegenstehende Rechtsverhältnisse zu, welche neben der Wesenheit als Dualität des Eigenthums bestehen dürfen.“

Confer. p. 64. 73. 74.

Id quod falsum est, dum uno vel altero dominii jure abstracto dominii notio corrueret; quam dubitationem superaturus definitionem illam temperat *Esser*, ita tamen, ut non sufficiat. Non solum enim utendi fruendi, sed etiam proprietatis jura s. str.:

*Ehibaut*, P. S. II. §. 561, circumcidi, immo tolli possunt, haud corridente dominii notione, e. gr. lege vel pacto facultas alienandi in totum vel in tantum tolli potest, ut approbat dominium, quod vocatur utile emphyteutae, superficiarii etc.

Du Roi, in speciminibus de jure in re und im Archiv für die civilistische Praxis, VI. Band: »Noch Etwas von der Natur dinglicher Rechte.« Clarissimae ceterum leges isti opinioni, qua dominium continet jurium realium complexum, obstant:

l. 5. pr. si ususfr. petatur.

Utifruj jus sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum; dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus potest servire.

l. 25. de verb. sign.

„Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitus est, ut via et iter, nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse.“ Lis itaque seu, ut hodie ajunt, objectum litis in negatoria<sup>5)</sup> obveniens non pars rei, sed potius res est per se absoluta incorporalis vel, ut aliis verbis utar, jus est, cujus contrarium seu liberationem actori competere negatur, qui igitur secundum generalia principia onus probandi subire tenetur, cum brocardicon: „*probatio incumbit non neganti, sed asserenti*,“ quod *Esser* p. 55, mirabile dictu, in partes vocat, pro plane exploso haberi possit:

*Weber*, von der Beweisführung. VI. p. 189.

<sup>5)</sup> Qua hic semper designo illum casum, quo dominus contra servitutis possidentem vel quasi agit.

Cui oneri probandi nullatenus per dominii probationem in re, quae servire autumatur (quia id plane extra litem est) satisfecerit. Nam dominium et jura in hoc dominio coordinata s. juxta existere possunt, quod non valet de dominio et dominio, quippe quod in totum vel in tantum se tollat:

Cum judicatur, rem meam esse, simul judicatur, illius non esse. — l. 30. §. 1. de except. rei jud. — non, ut in proprietatis quaestione quod meum est, alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit, sibi teneri. —

Particularis igitur vindicationis opinio tunc modo rationem habet, cum quis revera dominium alterius sibi sumpsit e. gr. duo jugera agri vicini, nam sin hoc casu sufficientem de totius fundi dominio probationem vicinus deduxerit, reus est exmittendus, quoniam illi, cui Totum debetur, etiam partes debentur, nisi si *speciatim* sibi acquisita esse illa duo jugera demonstraverit. Tantum abest autem, ut consequentia detur de illo ad hunc nostrum casum, ut potius principale inter vindicationem et negatoriam discrimen in eo consistat, quod in illa dominium negat, in hac vero concedit seu sine ullo praepjudicio concedere potest possessor. Sed utriusque actionis fines confundit *Borst.* et *Esser* per particularis vindicationis nomen atque mirum est, qui ex isto sibi ficto *vocabulo* ad arbitrium quantumlibet deducere calleant. Plura adhuc loquitur *Esser* pro sustentanda opinione communi, quae tamen inania sunt:

*Esser*, p. 5.  
 „Sa, wie konnte man doch eigentlich, ohne den Begriff des Eigenthums mit Füßen zu treten, demselben die Realität der unbedingten Freiheit als wirklich imwohnenden natürlichen Bestandtheil absprechen, und diesen zu einer unseligen Vermuthung herabwürdigen, wenn auf den Moment des Verlustes der Dienstbarkeit auch nur flüchtig hingesehen und die einfache Frage

aufgeworfen worden wäre: welches Verhältniß tritt alsdann ein, wenn die Dienstbarkeit durch den Nichtgebrauch während 10 zu 20 Jahren verloren geht oder aufhört. Constit. 13. de servit. et aqua. Offenbar lebt alsdann die Realität der unbedingten Freiheit wieder auf, gleichwie die Beschränkung der Regel aufhört, wenn die Ausnahme wegfällt, ohne daß von demjenigen, auf dessen Seite die Regel steht, auch nur im Mindesten zu jenem Ende irgend eine positive Handlung nachgewiesen zu werden brauchte. Wäre es nicht die, dem Eigenthum wirklich inwohnende Natur, die eigentlich nicht durch die Dienstbarkeit aufgelöst oder aufgehoben, sondern vielmehr durch den Druck dieser im Schummer niedergehalten, gleichsam aus dem Schläfe erwacht und von Neuem ihre Schwungkraft äußert?

Esser, p. 6.

Gleichwie durch den Beweis des Kaufvertrags die Verbindlichkeit zur Gewährleistung als natürlicher Bestandtheil, als Wirklichkeit, als Realität, eben so ist auch durch den Beweis des Eigenthums die Freiheit als natürlicher Bestandtheil, als Wirklichkeit, als Realität hinreichend dargethan.“

Quamvis concedam, nil prodest opinioni communi, quoniam summum affert momentum rei nostrae possessio vel quasi, quae nec servitute non-usu amissa nec in emtione venditione apparet: tertium comparationis, ut sic dicam, caret allatis *Esseri* casibus.

Ne publiciana quidem in rem actio prodest *Essero*; non ad rem faciat, (p. 14. sss.) dicta ejus de natura atque indole publicianae disquirere; sufficit hoc: Comparatio publicianae cum negatoria eam ob simplicem causam claudicat, quod publicianam, manifestissimum est, contra possessorem tantum, negatoriam autem contra non-possessorem institui posse, ut omittam, objecta illarum actionum, secundum supra dicta, plane diversa esse. Tandem affert p. 55. l. 5. §. 9. de N. O. N. quae, ut opinatur, mathematice probat, satis atque copiose fundatam esse doctrinam ipsius:

„Et belle Sextus Pedius definit, triplicem esse causam novi operis

„nunciationis aut naturalem aut publicam, aut imposititiam. Naturalem,  
 „cum in nostras aedes quid immittitur, aut aedificatur in nostro. Publi-  
 „cam causam quotiens leges aut senatus consulta constitutionesque prin-  
 „cipum per operis novi nuntiationem tuentur. Imposititiam, cum quis  
 „posteaquam jus suum diminuerit, alterius auxit: hoc est posteaquam  
 „servitutum fecit. — — —“

Sed rationes tantum N. O. N. describuntur itaut de onere probandi in  
 servitutum actionibus minime gentium agatur. Defendendae causa istius doc-  
 trinae pessima verborum interpretatione utitur p. 56 verbis: Wenn der bloße  
 Besitz offenbar u. Lex 1. §. 6. de N. O. N. ait quidem: „*in operis autem  
 novi nuntiatione possessorem adversarium facimus*;“ id quod ita interpre-  
 tandum est: ille petitur, reus est, quoniam quid injuriose fecit. Tantum  
 abest enim ut actus, quem turbativum dicant, nuntiatum possessionem justam  
 veramque constituat, ut potius O. N. N. ad nuntiantis possessionem tuendam  
 pertineat.

Thibaut, P. G. §. 322.

Nuntiatum igitur fere semper de jure suo docere tenetur, quamvis sensu  
 supradicto possessor, i. e. der richtige Beklagte, vocari possit; hic modo ab  
 onere probandi liber est, sin, quamvis dixerit, sibi jus vel servitutum de-  
 beri, alter non defenderit, i. e. contradixerit, quia hoc casu ille *non clam*,  
 i. e. legitime possessionem acquisivit.

c. l. 15. de O. N. N.

Hacc analogia inserviat porro fundandae meae intentioni: Ad totam de-  
 functi substantiam pertinere jus heredis manifestum est, ita ut, hereditatis  
 petitione instituta, si heredem se esse probaverit, eo ipso constet de jure in  
 singulas substantiae s. familiae res, *modo illum heredem esse denegaverit  
 reus*; alias hereditatis petitione nequaquam, sed potius ordinariis actionibus  
 realibus agere ei licet.

l. 7. C. de petit. hered.

„Hereditatis petitionem quae adversus pro herede vel pro possessore  
 „possidentes exerceri potest etc.“  
 et in fine:

„a caeteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicare ma-  
 „nifestum est.“

Eadem ratione erga se invicem referuntur vindicatio et negatoria: sicuti  
 quis probando, se heredem esse, nil proficit contra illum, qui id non negat,  
 pari ratione negatoria agenti non conducit generalis dominii probatio in re,  
 quae servire autumatur. Omni vi formaque, equidem puto, destitui nega-  
 toriam per opinionem communem, ita ut nesciam, quem in finem Romanorum  
 Juris Consulti inane tantum atque vile actionis nomen, quo vindicatio revera  
 obtenditur, produxerint. —

Ratio ultima a *Borstio* pro se allegata, §. 92. libri laud., mirabile mihi  
 videtur caduca, cum, sin is, qui ait sibi deberi servitutum, non in posses-  
 sione vel quasi versetur, legibus nullatenus sit ratio dubitandi, quae sola  
 possessori per accidens prodest. Possessione non accedente exigit ille, ut  
 jura hactenus a se non possessa nunc in se transferantur, cujus petiti causam  
 necesse est afferat. Sin autem in possessione vel quasi versetur, directe  
 contrarium habet locum, i. e. tuiturus est tantum jura hactenus quiete pos-  
 sessa. Quam parum igitur conclusio a non-possessore ad possessorem con-  
 veniat, dialectices regulis per se apparet. — Sine inconstantia ergo ne in  
 negatoria quidem ab his principiis digredi potuerunt leges, quoniamque ab iis  
 non digressurae fuerunt, haud ex professo agunt de onere probandi in ne-  
 gatoria actione. Nihilominus, ut arbitrator, leges haud obscure approbare  
 videntur sententiam hic defensam. Nam casu sane gravissimo i. e. eo, quo  
 de hominis libertate agitur, quo leges fortasse a stricti juris principiis disce-  
 dere potuerint, non disceserunt.

l. 7. §. ult. de liber causa.

„Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet:



„si vero ex libertate in servitatem petitur, is partes actoris sustinet,  
 „qui servum suum dicit etc.“  
 et in legis c. calce phrasis:

„*petitoris s. actoris partes sustinere*“

explicatur per: onus probandi subire, ut in lege 15. de O. N. N.

Quo casu, puto, praesumptionem pro libertate magis convenire juri gentium, quam si de fundis sermo est, praesertim, dum nemo qua servus nascitur, sed omnis cum libertate, tanquam cum bono haud alienando, ex utero prodit ad lumen.

§. 2. J. de jure person.

„Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno *contra naturam* subjicitur.“

Quae principia mihi licebit ad hanc nostram quaestionem applicare. Sicuti, si quis generaliter probaverit dominium, illimitatum et plenum id praesumitur (secundum communem opinionem,) usque dum contrarium ab altero deductum fuerit, simili ratione, si constet de natalitiis alicujus, i. e. de tempore, quo quis tanquam ens liberum (freies Wesen) ex naturae sinu prodiit, illius libertas praesumi debuerit, usque dum evidenter contrarium sit probatum. Revera servitatem apud antiquioris aevi gentes alicui innasci posse, nil ad rem facit, cum procul ullo dubio lex 7. c. generaliter concepta ei quoque casui applicari debeat, quo quis tanquam liber s. ingenuus natus *postea* in servitatem detrudebatur. Principium igitur in exordio hujus disceptationis deductum in l. 7. c. summa cum constantia, etiamsi haud sine duritie applicatur; generalem regulam ergo ex l. 7. c. optimo jure arbitror construi posse, nec Logica nec Justitia tali conclusioni a majore ad minus refragantibus.

Simili ratione, ut *Thomasius* in diss. de onere prob. in actione negotioria §. 31. und *Hufeland* in den Beiträgen zur Berichtigung und Erweiterung

der positiven Rechtswissenschaft, IV. 10. §. 72. hanc legem removeere studet *Esser*, p. 60. ss.

Servum pro re declarat distinguitque inter servitutis et servi possessionem et omnia rite composita esse opinatur; aptissimum igitur illi videtur, servitutis possessione accedente actorem, i. e. eum qui ad libertatem proclamat, libertatis probationem afferre teneri; adeo quatuor casus legis fingit p. 62, qui rectissimi sunt. Videre autem non vult, id verbotenus quoque ad actiones servitutum in fundis obvenientium esse referendum. Sicuti *Titius*, qui hactenus qua servus se gessit, si in libertatem proclamat, libertatem *sui*, etiamsi momenti tantum, ita dominus fundi, intuitu cujus quis servitutum hactenus exercuit, libertatem *fundi* docere debet. Sin id factum est, alter libertatem amissam seu servitutum rite sibi acquisitam esse probare tenetur, cum, ut supra dixi, non praesumptio pro jure ex possessione nascatur.

Ex abundanti vero accedit, quod fere iisdem verbis disquirat *Ulpianus* de onere probandi in negatoria locum habente:

l. 8. §. 3. si servitus vind.

„Si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutum sibi deberi ait, si vero non sint immissa, isqui negat.“ — — —

Quod nonnulli allegant, singulare esse quoad servitutum tigni immittendi et qua tale omnem respuere extensionem, nullo modo autem reputantes, maximam eamque gravissimam Justinianei juris partem casuum singulorum in vita quotidiana obvenientium decisionibus constare, ex quibus, Justiniano volente, generales deducantur regulae — nullatenus porro reputantes, Romanorum Jureconsultos se fere totos dare vitae quotidianae eamque ob causam exemplum quasi vivum subjungere solere regulae jejunae, ne male praepos- tereque accipiatur. Fieri quidem potest, ut singuli casus obvii decisionem egredi non debeas, nec consequentia detur ad alios similes casus, modo pe-

culiaris casus obvii notio tali decisioni praebuerit ansam. Sin autem id non locum habet, nullatenus decidendi rationem ad unum casum obvium restringere nobis licet; alias singulares tantum decisiones nec juris doctrinam vel systema haberemus.

Quae omnia dicta quidem approbavit certus quidam Juris antecessor, quocum mihi conversandi disputandique facultas in Academia obtigerat, sed alia ratione, ut *Esser* p. 47, l. 8. c. cum opinione communi conciliare studebat. De eo tantum agi, aiebat, in illa lege, quis possessoris et quis petitoris partes sustineat *nec ultra*, plane tacere legem de onere probandi in negatoria vel confessoria: frustra illi opponebam legem 7. de liber. causa et leg. 15. de O. N. N. i. f. quibus clarissime illi termini quodammodo technici explicentur, quorum vim semel declarari sufficiat.

Nil ad rem facit causa duplex actionum ex servitutibus proficiscentium, qua actor atque possessor idem esse potest, cum secundum clarissima legis 8. c. verba non casus, quibus agi possit, sed casus, qui in concreto consistunt, proponantur, quibus principia generalia simplicissime applicat *Ulpianus*: Certus quidam queritur, vicinum persequi servitutum tigni immittendi consiliumque petit ab *Ulpiano*. Qui, ipso usu perdoctus, ut omnes Romanorum jure-consulti, maxime ad onus probandi, gravissimam litium partem, advertens animum distinctiones profert, quas lex c. continet. Approbato contra isto interpretandi modo, quem *Esser* sequitur, inania discutit lex; deficit plane causa disquisitionis illius accuratae, si non rationem habeas oneris probandi. Ista sententia mihi referre videtur aliam nonnullorum JCtorum, *Justinianum* quidem concedentium lege ult. de adopt. sanxisse, ne patria potestas sequatur adoptionem ab extraneo factam, attamen opinantium, unitatem personae inter adoptantem et adoptatum, jus acquirendi per adoptatum etc. non esse sublata, quia lex ult. c. C. nullatenus de iis loquatur. Quae sententia vix bene refutetur necesse est; nam regula constituta vel sublata eo ipso omnia, quae ex illa consequuntur, pro respective constitutis vel sublatis ha-

beri debent. Similiter hunc vel illum dicens possessoris vices sustinere, eo ipso omnes praerogativas, quibus vulgo fruitur possessor s. reus, illi concedo.

Sententiae nostrae prima specie obstare videtur

l. 3. §. 13. de itin. actuque privato.

„Qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere et hoc annum se usum et ei servitatem competere.“

Quae verba, si sola spectes, haud comparatione cum antecedentibus vel subsequentibus facta, momenti non levis sint, attamen lex favet opinioni nostrae, dummodo verba supra-citatis cohaerentia accurate spectes, secundum illud *Celsi* dictum in

l. 24. de L.L.

„Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere.“

*Ulpianus* enim prius dicit:

„Iter actumque refecturus jure quoque reficiendi gaudeat necesse est.

„Atqui jure reficiendi gaudet is solus, cui revera competit servitus.“

*Ergo* de jure servitutis iter actumve refecturus docere debet. Sin autem, addit *Ulp.*, in solo servitutis exercitio acquiescere velit, non jus, sed solam possessionem vel quasi servitutis demonstrare tenetur.

l. 3. c.

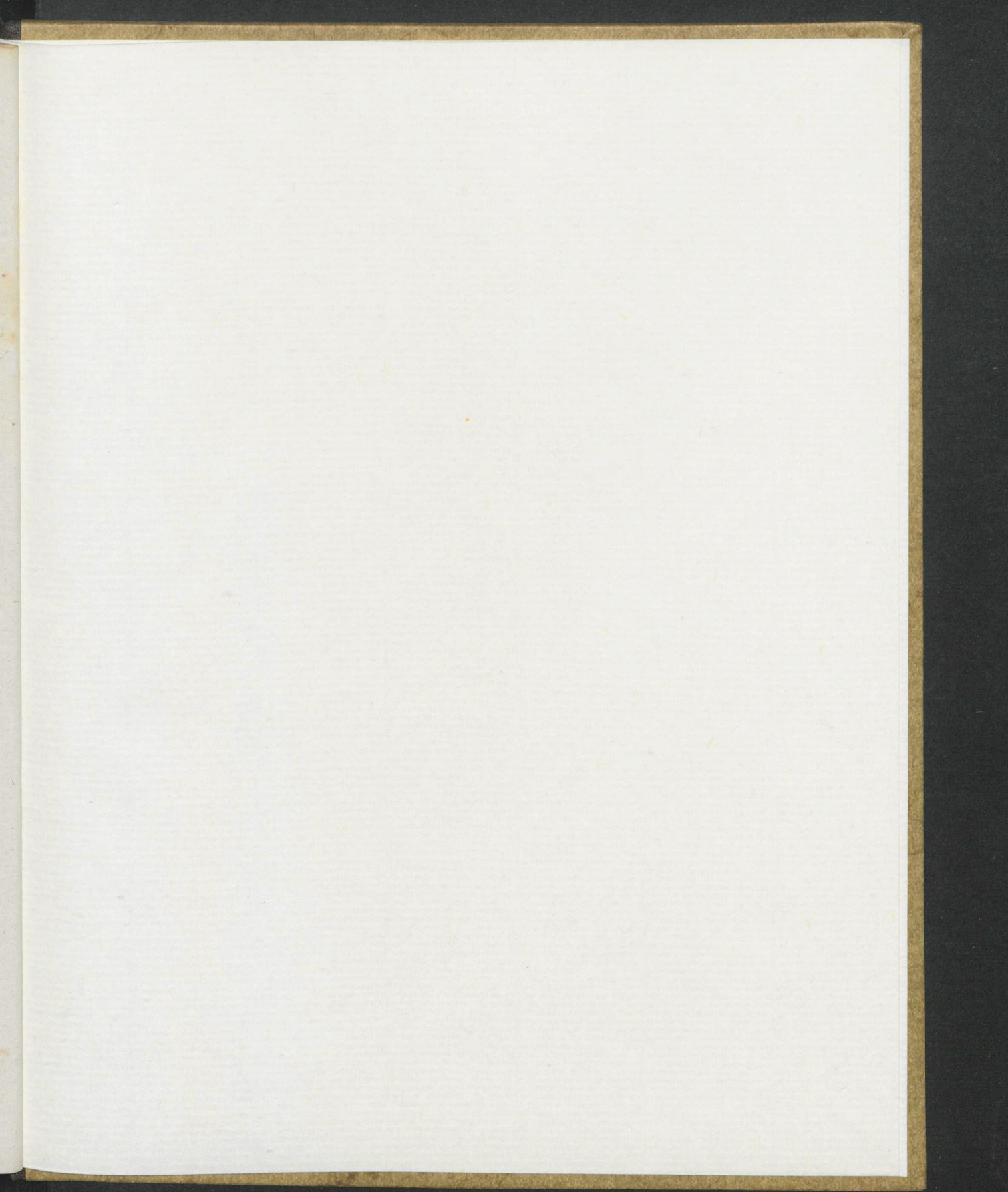
„Qui enim vult ire agere tantisper quoad de servitute constet, non de jure suo docere. Quid enim perdit, qui eum patitur hoc facere, qui hoc anno fecit? Enim vero, qui vult reficere, aliquid Novi facit, neque ei debet in alieno permitti id moliri, nisi vere habet servitatem.“

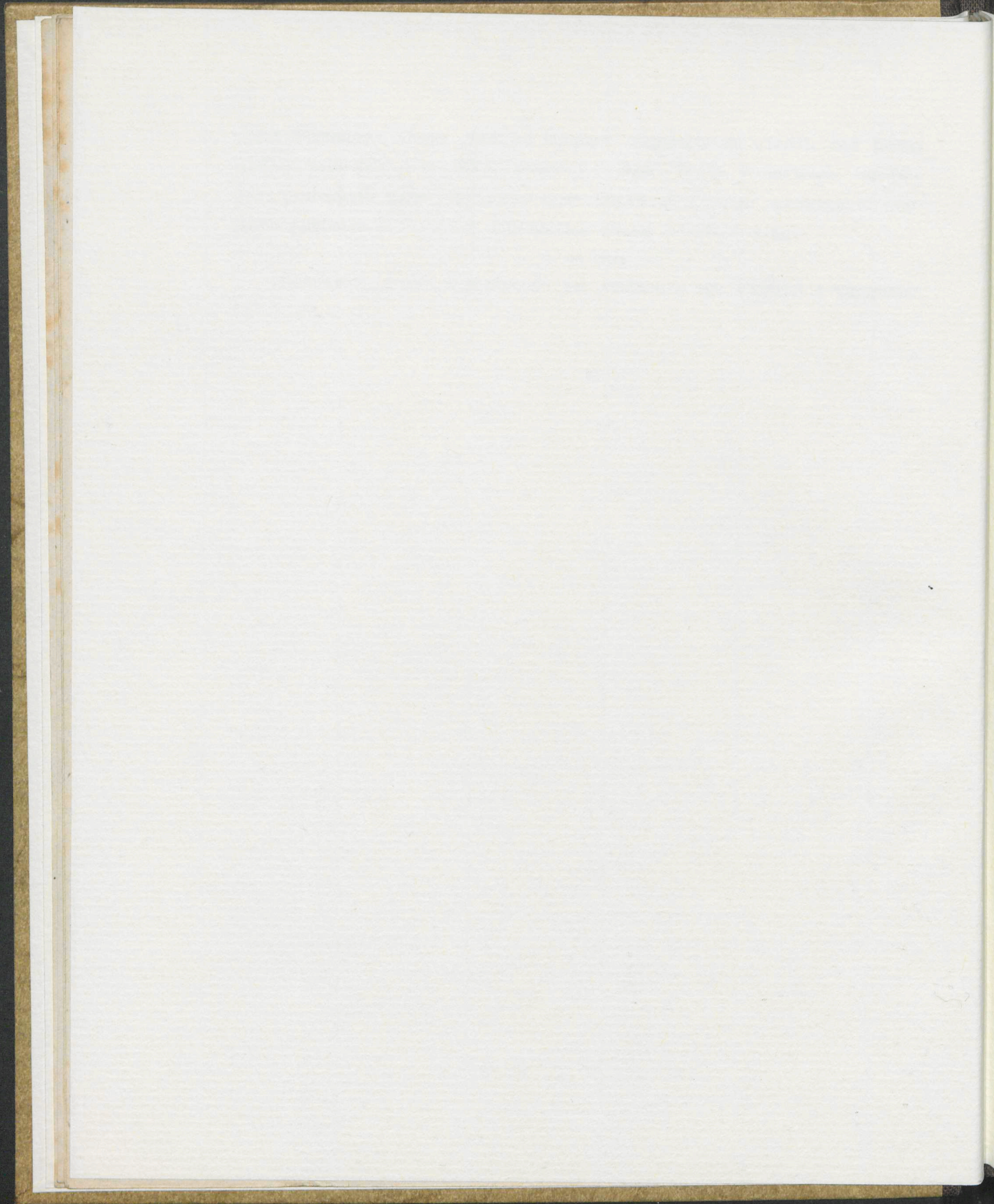
Eo igitur casu, cum exegerim, ut aliquid fiat, quod hactenus non factum est (Novum) onere probandi s. docendi de jure mihi competente gravabor et quid est, quod magis conveniat naturali rationi? Quam ab causam, puto, non jus cum illis esse, legem 3. c. tanquam singularem quoad servitatem itineris allegantibus, e. gr. *Thibaut*, §. 624. Ratio decidendi, qua-

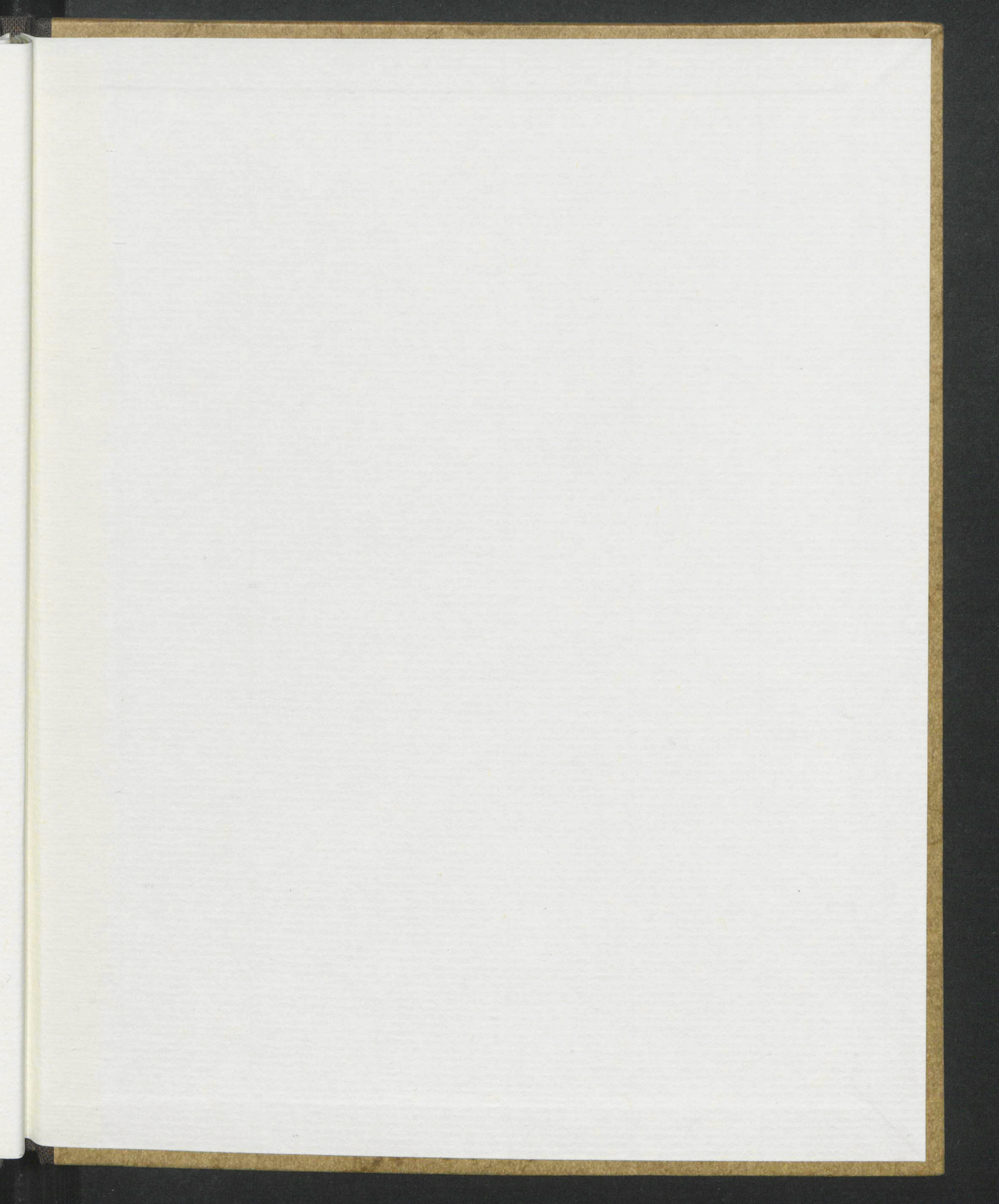
utitur *Ulpianus*, minime gentium tanquam singularis se exserit, sed potius omnino principiis generalibus congruit. Sane itaque e contrario remissio illius probationis singularis esset, quae tamen ob favorem specialem et utilitatem publicam in servitute aquaeductus rivum refecturo datur.

l. 4. de rivis.

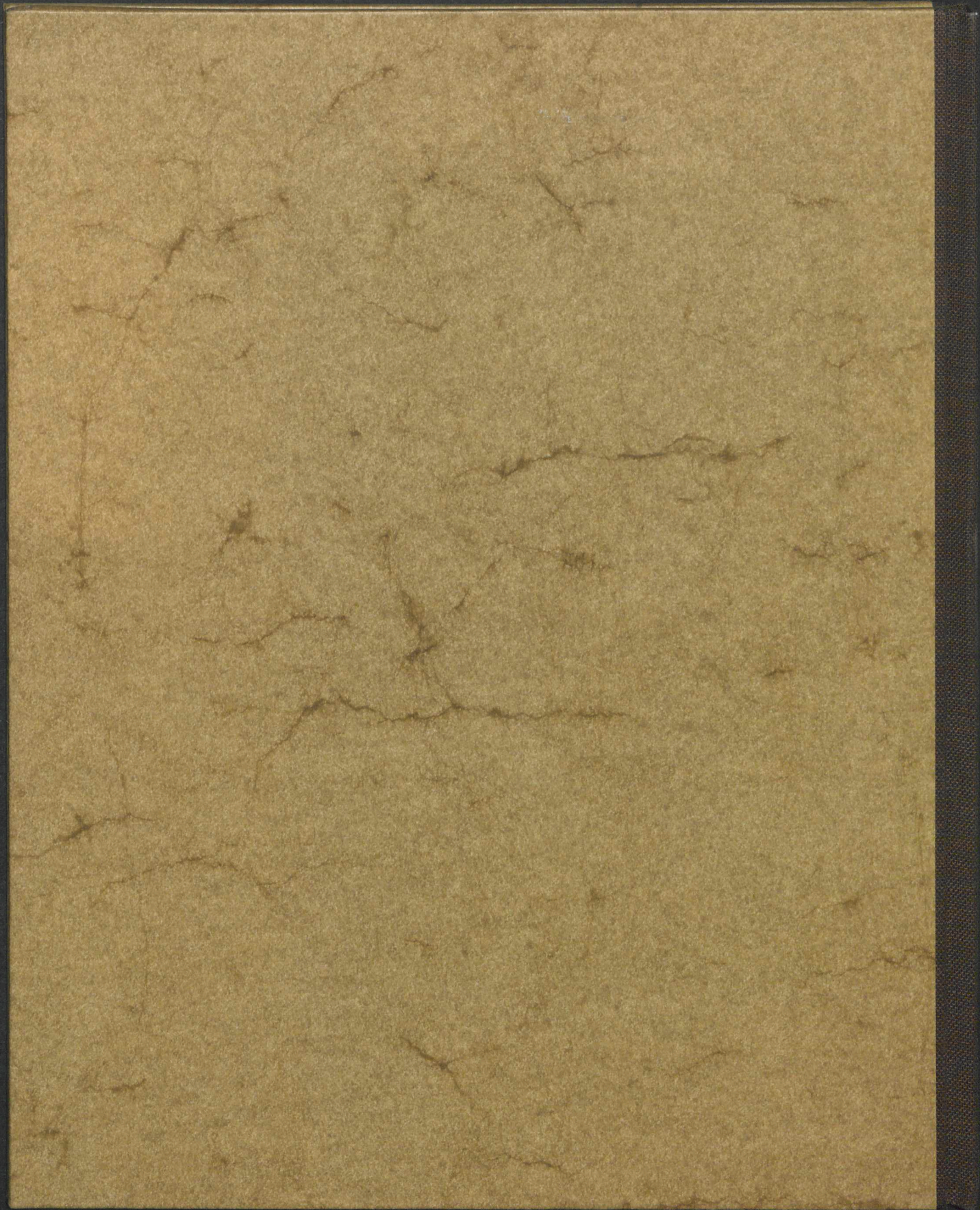
Adminiculo haud contemnendo est sententiae hóc libellulo propugnatae lex 3. cit.











aufgeworfen worden wäre: welches Verhältniß tritt alsdann ein, wenn die Dienstbarkeit durch den Nichtgebrauch während 10 zu 20 Jahren verloren geht oder aufhört. Constit. 13. de servit. et aqua. Offenbar lebt alsdann die Realität der unbedingten Freiheit wieder auf, gleichwie die Beschränkung der Regel aufhört, wenn die Ausnahme wegfällt, ohne daß von demjenigen, auf dessen Seite die Regel steht, auch nur im Mindesten zu jenem Ende irgend eine positive Handlung nachgewiesen zu werden brauchte. Wäre es nicht die, dem Eigenthum wirklich inwohnende Natur, die eigentlich nicht durch die Dienstbarkeit aufgelöst oder aufgehoben, sondern vielmehr durch den Druck dieser im Schlummer niedergehalten, gleichsam aus dem Schlafe erwacht und von Neuem ihre Schwungkraft äußert?

Esser, p. 6.

Gleichwie durch den Beweis des Kaufvertrags die Verbindlichkeit zur Gewährleistung als natürlicher Bestandtheil, als Wirklichkeit, als Realität, eben so ist auch durch den Beweis des Eigenthums die Freiheit als natürlicher Bestandtheil, als Wirklichkeit, als Realität hinreichend dargethan."

Quamvis concedam, nil prodest opinioni communi, quoniam summum affert momentum rei nostrae possessio vel quasi, quae nec servitute non-usu amissa nec in emtione venditione apparet: tertium comparationis, ut sic dicam, caret allatis *Esseri* casibus.

Ne publiciana quidem in rem actio prodest *Essero*; non ad rem faciat, (p. 14. sss.) dicta ejus de natura atque indole publicianae disquirere; sufficit hoc: Comparatio publicianae cum negatoria eam ob simplicem causam claudicat, quod publicianam, manifestissimum est, contra possessorem tantum, negatoriam autem contra non-possessorem institui posse, ut omittam, objecta illarum actionum, secundum supra dicta, plane diversa esse. Tandem affert p. 55. l. 5. §. 9. de N. O. N. quae, ut opinatur, mathematice probat, satis atque copiose fundatam esse doctrinam ipsius:

„Et belle Sextus Pedius definit, triplicem esse causam novi operis

