

TACTICA PROHL-

DN CAROLO,

PRINCE ELECTORI, ELECTORIS BRANDEN-

IN IMPERII ACADEMIA FRIDERICIANA.

PRÆSIDI

JACOBO FRIDERICO LUDOVICI,

REG. POTENTISS. REGIS BORUS. CONSIL. ALLIC.

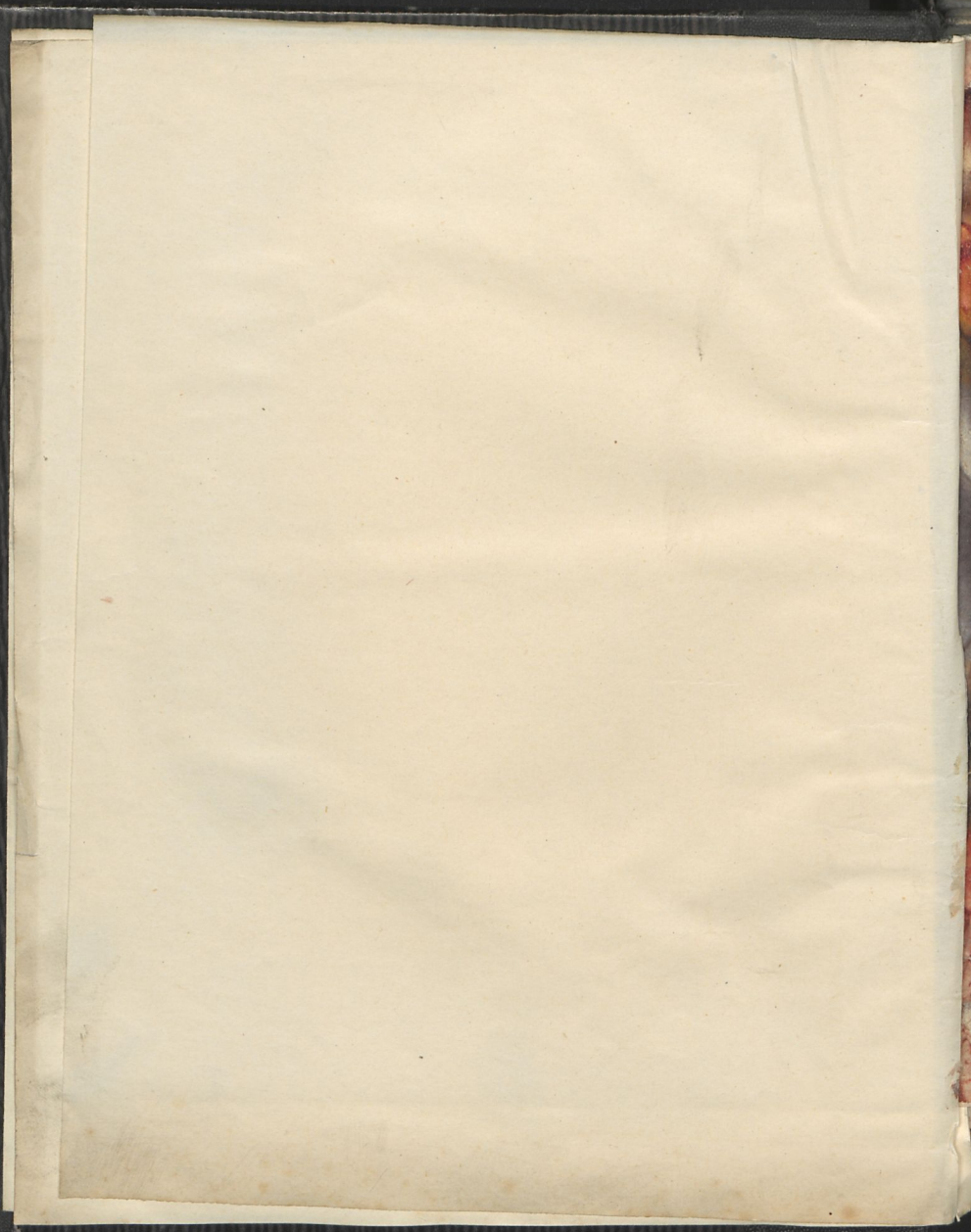
ET PROF. PUBL. ORDINARIO.

PRO LICENTIA

WARNEVVS, INTER CONRING.

Apud HENCKSLIYM.





1716
266
2

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS,
DE

**TACITA PROHI-
BITIONE USUSFRU-
CTUS PATERNI,**

Quam

DEO T. O. M. ADNUENTE

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DN. CAROLO,

PRINCIPE BORUSSÆ, MARCHIONE BRANDEN-
BURGICO, CETERA,

IN ILLUSTRIS ACADEMIA FRIDERICIANA
PRÆSIDE

JACOBO FRIDERICO LUDOVICI,
JCTO, POTENTISS. REGIS BORUSS. CONSIL. AULICO

ET PROFESS. PUBL. ORDINARIO,

PRO LICENTIA,

Summos in utroque Jure Honores & Priuilegia Doctoralia
rite adipiscendi,

Ad d. Maji M DCCXVI. H. L. Q. G.

Placido eruditorum examini submittit

WARNERUS JUSTUS CONRING,

EMBD. FRIS. ORIENT.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,

Typis CHRISTIANI HENCKELII, Acad. Typogr.

1716

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

TACITA PROHIBITIONE
PATRIAE

PRO P. O. M. ADVENTU
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPIS ET DOMINO

DN. CAROLO

PRINCIPIS BORUSSI, MARCHIONIS BRANDEBURGICO, ELECTORIS

IN ILLUSTRI ACADEMIA TRIBALIANA
PR. A. S. I. D.

JACOBO FRIDERICO LUDOVICO
JURIS PRAESIDENTIS REGIS BORUSSI CONSILIARIO

PRO LICENTIA

Summae in quibus sine Honoris & Præfulgentis Dignitate
sine ulla conditione

ANNO 1784 DECISIT A. S. I. D.

WARNEBERS IUSTUS CORNING

HALE M. A. G. B. U. R. G. I. C. A.

Y. P. S. CHRISTIANI HESSELI, Acad. Typogr.





DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS

DE

TACITA PROHIBITIONE
USUSFRUCTUS PATERNI.

CONTENTA TOTIUS DISSERTATIONIS.

Ususfructus quidem alias pars domini, a proprietate tamen separatus seruitus personalis est, §. I. unde ille minus recte dominus utilis vocatur, qui solum usumfructum habet, §. II. neque rem conficit, si in eo usufructuarium a domino utili differre dicamus, quod usufructus ad certam personam sit restrictus, dominium utile vero ad heredes transeat, §. III. usufructus paternus a lege constituitur. Origo hujus usufructus ex legibus Romanis, §. IV. Nobis in presenti de prohibitione, illius usufructus & quidem de ea, quae ab homine fit, sermo est, §. V. prohibitio hominis vel jure fit, vel injuria, utraque explicatur, §. VI. porro prohibitio est vel expressa, vel tacita. Explicantur hi termini, §. VII. status controversiae: an prohibitio usufructus paterni jure fiat, an injuria? nec non: an prohibitio expressa semper requiratur, an vero tacita etiam sufficiat, & unde illa colligatur? §. VIII. praemitti aliqua debent de prohibitione usufructus paterni expressa,

A 2

pressa,

pressa, §. IX. lex interdum prohibitionem illam expressam permittit per modum exceptionis a regula, §. X. adducitur textus ex nouell. 117. c. 1. qui de hac expressa prohibitionem agit. Orta hinc est distinctio inter peculium aduentitium ordinarium, siue regulare, & extraordinarium, siue irregulare, §. XI. an prohibitio expressa quoad legitimam quoque valeat? §. XII. glossa adfirmat, quam nonnulli DD. sequuntur. Maxima quondam autoritas glossæ, adeo, ut eam textui prætulerint, §. XIII. ratio glossæ, §. XIV. in textu nou. 117. negatiua habetur. Recensentur ipsa verba nouellæ, §. XV. nos textum glossæ præferimus, & hinc sententiam negatiuam adfirmatiuæ. Autoritatem absolutam glossæ non agnoscimus. Licet quoque a præceptoribus, qui patres scholarium a nonnullis dicuntur, dissentire, §. XVI. respondetur ad rationem a glossa adductam, §. XVII. respondetur similiter ad l. 25. C. de inoff. testam. ad quam glossa prouocabat, §. XVIII. quamuis patri usufructus in bonis extra legitimam expresse ademptus sit, ei tamen, si inopia laborat, alimenta a liberis subministranda sunt, §. XIX. integer sensus nou. 117. c. 1. authenticæ excipitur. C. de bon. que lib. non est insertus, §. XX. questio: an post prohibitionem usufructus paterni patri adhuc competat administratio bonorum illorum aduentitiorum, si forte filius ætatis defectu laboret? negat Stephani, §. XXI. dissentit ab eo Strykius & Carpozouus, §. XXII. mediam sententiam fouet Johannes del Castillo, §. XXIII. nostra sententia, §. XXIV. formula prohibitionis expresse iudeis consueta. Transitus ad prohibitionem tacitam, §. XXV. Paschalis, Andreolus, Berlichius, aliique nonnulli DD. tacitam prohibitionem dari existimant, §. XXVI. miseræ Berlichii rationes recensentur, §. XXVII. & remouentur. Berlichius glossam crepat. Non est questio, quomodo nouell.

17. c. 1. fuerit explicata, sed quomodo sit explicanda. In ultimis voluntatibus lata interpretatio non semper locum inuenit, §. XXIX. supposita nostra generalia circa questionem, an tacita prohibitio detur? §. XXX. PRIMUS casus prætenſæ prohibitionis tacite, quando testator filio curatores constituit, qui bona ejus administrare debent. Ratio prima ab Heigio hic adducta refellitur, §. XXX. nec non altera, qua utitur, a prohibitione quartæ falcidiæ tacita desumpta, §. XXXI. hoc argumentum a tacita prohibitione quartæ falcidiæ desumptum optime refutat Carpzouius, §. XXXII. alio tamen loco nihilominus opinionem Heigii sequitur. Observatio generalis de doctrinis Carpzouii male coherentibus, §. XXXIII. inseritur responsum hanc materiam illustrans, §. XXXIV. SECUNDUS casus putatiuæ prohibitionis tacite, quando quis fratrem suum & simul fratris filios substituit, §. XXXV. rationes Baldi, quas elegantes & pulchras esse dicit Berlichius, §. XXXVI. ostenditur earum deformitas, §. XXXVII. Baldus ipse parum tribuit rationibus illis, §. XXXVIII. in authent. item hereditas C. de bon. que lib. plus habetur, quam in nouell. u. g. c. 2. §. XXXIX. genuina ratio ex ipsis fontibus juris Romani, quare parentes non habeant usumfructum in eo casu, quando cum parentibus liberorum defunctorum fratres germani defunctorum simul succedunt. A casibus in legibus expressis ad alios diuersos non valet consequentia, §. XL. verba Strykii sententiam nostram confirman- tis adducuntur, §. XLI. TERTIUS casus tacite prohibitio- nis ususfructus paterni in illis casibus, in quibus olim fideicom- missum relictum a patre filio habebat in se tacitam conditio- nem, cum erit sui juris. Casus obscure propositus, §. XLII. notatur Heigius, §. XLIII. textus in l. u. ff. de legat. 1. ex qua hanc prohibitionis tacite speciem probare nituntur, §. XLIV.

verba finalia illius legis huc precipue pertinent, §. XLV. re-
 fellitur succincte argumentum ex dicta lege de promptum, §.
 XLVI. genuinus sensus l. ii. ff. de legat. i. ex principiis juris
 Romani antiquioris exponitur, §. XLVII. dubium Duareni
 dissentientis refutatur, §. XLIX. casus QUARTUS, si
 quis filium heredem instituit, patri autem legatum relinquit,
 quamvis tempus sit & non annuum, §. XLIX. fundamenta An-
 dreoli, quibus hanc tacite prohibitionis speciem niti censet,
 §. L. quæ misera esse ostenditur, §. LI. Andreoli quoque assy-
 lum est glossa. Destruitur illud assylum & respondetur ite-
 rum ad auct. hereditas. C. de bon. quæ liber. §. LII. dissenti-
 unt diversi DD. ab Andreolo, quos ipse referi eorumque ar-
 gumenta adducit, §. LIII. sed nihil solidi responderet. Asta-
 nius Clementinus nostram sententiam defendit, §. LIV.
 QUINTUS casus prohibitionis tacite ususfructus paterni,
 quando filius heres institutus, ipsi tamen alienatio bonorum
 interdicta, vel quando bona integre & absque diminutione fi-
 lio restitui iubentur. Hanc quoque speciem omni fundamen-
 to destitui ostenditur, §. LV. & hic nobiscum quoque Andre-
 olus consentit, cujus verba adducuntur, §. LVI. casus SEX-
 TUS, quando testator filium alicujus instituit, addendo,
 quod præter legata nemini quidquam dari debeat, §. LVII.
 Vasquius recte statuit, quod hoc ipso ususfructus paternus pro-
 hibitus non censeatur, §. LIIX. quæ Vasquii sententia con-
 tra Heigium & Berlicbium defenditur, §. LIX. SEPTIMUS
 casus, quando testator disposuit, quod bona in pupillorum, vel
 liberorum proprium, & non alterius usum, commodum & u-
 tilitatem fideliter debeant collocari. Rejicitur & hæc tacite
 prohibitionis species atque notatur Berlicbicus, §. LX. OCTA-
 VUS casus inidem nullum fundamentum habet, quando testa-
 tor

tor testamento jubet, ut filio tantum solvatur, §. LXI. NONUS quoque casus ineptus est, quod patri usufructus auferatur, quando ad secunda vota transit, §. LXII. DECIMUS & ultimus casus, quem adfert Cardinalis de Luca, si quis filium instituit libere. Respondetur Cardinali, §. LXIII. alia quoque ejus argumenta putativa refelluntur, §. LXIV & LXV. conclusio dissertationis: non dari tacitam prohibitionem usufructus paterni ab homine factam, §. LXVI.

§. I.



Descriptio usufructus, quod sit jus alienis rebus utendi fruendi salva earum substantia, vulgo nota est ex l. 1. ff. de usufr. Est quidem alias pars dominii, l. 4. ff. d. tit. quem usufructum causalem barbare appellant, non vero essentialis, quoniam a dominio ad tempus separari potest, ita tamen, ut proprietarius nihilominus plenum dominium retineat. Usufructus enim a proprietate separatus est servitus personalis, servitus vero competit in re aliena, prout ipsa descriptio adducta hoc ostendit, ex diverso autem dominium est, quo res dicitur propria, v. Huber. prælect. ad inst. de rer. divis. num. 13. Optime Paulus in l. 25. ff. de V. S. recte dicimus, eum secundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est: quia usufructus non dominii pars, (scil. essentialis), sed servitutis sit: ut via & iter: nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse: hoc & Iulianus: & est verius.

§. II.

§. II.

Facile exinde adparet, quid sentiendum sit de definitione domini utilis, quam exhibet Hoppius *in exam. instit. ad tit. de rer. diuis. qu. 35.* scilicet dominium illud utile esse, quando quis *solum usumfructum* habet. Scilicet per vocem *solum* proprietates ejusmodi pars hic penitus excluditur, quæ tamen cujuscunque domini pars essentialis est. Clarius mentem suam hæc parte idem autor declarat in *comm. ad §. n. j. de rer. diuis. verb. dominium*, ubi dominium utile toties adesse dicit, quotiescunque quis facultatem percipiendi fructus liberam & ad certam personam non restrictam, *absque tamen proprietate* habet. Ergo dabitur dominium absque proprietate & homo absque anima rationali. Mirum! sed cum hæc fuisse & euidenter jam refutauerit Dn. Præses in *colleg. jur. feud. disp. 6. th. 2. usque ad th. 17.* ea, quæ ibi dicta sunt, breuitatis amore hic repetere nolo.

§. III.

Unum saltem obseruo. Videtur, citatum autorem *utile dominium & usumfructum*, quatenus hic est seruitus, in eo a se inuicem secernere voluisse, quod *ususfructus*, nempe seruitus, *ad certam personam sit restrictus*, non vero utile dominium. Fateor, est hæc aliqua differentia, sed tamen ab accidentali aliquo solum depromta, quæ neutiquam sufficiens esse potest. Quis dubitet, aliquem ad dies vitæ, vel etiam ad breuius tempus, dominium acquirere posse, quod propterea in specie seruitutis non degeneraret. Antiquissimo tempore sic erat in dominorum potestate connexum, *ut quando vellet, possent auferre rem in feudum a se datam.*

Po-

Postea vero eo ventum est, *ut per annum tantum firmitatem haberent.* Deinde statutum est, *ut usque ad vitam fidelis produceretur,* (sunt verba textus *i. F. i. §. 1.*) & nihilominus tamen vasallus utile dominium habebat, non seruitutem per modum ususfructus in sensu juris Romani accepti. Ita in bonis majoratus dominium ad vitam majoris natu in familia restrictum est, sed propterea non amittit naturam dominii. Est quidem dominium restrictum; verum hoc pro synonymo ususfructus haberi nequit. Sæpe res aliqua cum pacto retrouentionis ad sex, vel decem annos emitur, & emtor tamen dominus est, licet jus ipsius ad certos annos restrictum fuerit, v. B. Stryk. *us. mod. ff. d. usufr. §. 4.* Alia plura adducere superfedemus.

§. IV.

Modi, quibus ususfructus constituitur, vulgo etiam recensentur. Nos hoc unicum saltem obseruamus, usumfructum illum, de quo nobis in præsentis sermo est, a lege constitui. Origo hujus ususfructus in §. *i. j. per quas person. cuique adquir.* recensetur. Scilicet, & profectitia & aduentitia bona liberorum suorum quondam patri quoad ipsam proprietatem acquirebantur, & hinc parentibus licentia erat, alii filio, vel extraneo donare, vel vendere, quod per unum, vel unam eorum adquisitionem esset, vel quocunque modo voluerant, adplicare. Justiniano autem hoc inhumanum videbatur, & hinc sanciuir, ut si quid filio *ex re patris* obuenerit, hoc secundum antiquam obseruationem totum parenti adquiratur: quod autem *ex alia causa* sibi filiusfamilias adquisiuit, hujus usumfructum patri quidem adquirat,

B

domi-

dominium autem apud eum remaneat. Atque hac ratione se & liberis peperisse & patribus honorem debitum reseruasse censet imperator, confer. omnino *l. 6. C. de bon. que liber.* Ususfructus itaque patri in bonis liberorum aduentitiis a lege constitutus est.

§. V.

Nos ex diuerso in præsentî dissertatione de prohibitione hujus ususfructus paterni agemus, & quidem de tali prohibitione, quæ ab homine fit. Quemadmodum vero jubere & præcipere significat, alteri inuito aliquid faciendum injungere, quod secus in contractu mandati: ita contra prohibere nihil aliud est, quam faci alicujus intermissionem alteri inuito injungere & hac ratione facultatem agendi ipsius restringere.

§. VI.

Prohibitio alia jure fit, alia autem injuria. Jure fit prohibitio, quam leges permittunt. Ita, si seruitus luminum alicui constituta est, vicinus prohiberi potest, ne quid faciat ad luminis impedimentum, *l. 15. ff. de seru. præd. urban.* Ea vero injuria fieri dicitur, quæ non jure fit, sed contra legum dispositionem. Ita uti-frui prohibuisse is videtur, qui vi dejecit utentem & fruentem: aut non admisit, cum ex fundo existet non ususfructus deserendi causa, *l. 3. §. 14. ff. de vi & vi armat.* ædificare prohibitus intelligitur quolibet prohibentis actu: id est, vel dicentis, se prohibere, vel manum opponentis, lapillumue jactantis prohibendi gratia, *l. 20. §. 1. ff. quod vi aut clam.*

§. VII.

Porro prohibitio est vel expressa, vel tacita. Ex-
pressa

pressa vocatur, quæ fit verbis, siue ore prolatis, siue etiam scripto comprehensis. Hinc expresse idem est, ac diserte & nominatim. *Tacita* est, quæ ex facto aliquo colligitur. Ita tacitum in aliis quoque materiis accipitur. Sic si debitori meo reddiderim cautionem, tacitum pactum adest, & videtur inter nos conuenisse, ne peterem, l. 2. §. 1. ff. de pact. alia exempla passim occurrunt. Obserua interim, tacitum aliquando & illud dici, quod immediate ex legis dispositione prouenit absque facto hominis accedente, uti ex *tit. ff. in quibus causis pignus, vel hypotheca, tacite contrahitur*, adparet, verum ille significatus non est huius loci.

§. IIK.

Adplicabimus jam ea, quæ diximus. **Quæritur:** *an prohibitio ususfructus paterni iure fiat, an injuria? & porro: an prohibitio expressa semper requiratur, an vero tacita etiam sufficiat, & unde illa colligatur?* in hisce status controuersie consistit, & circa enodationem harum quæstionum in integra hac disputatione occupabimur.

§. IX.

Equidem rubrica dissertationis de prohibitione *tacita* solummodo concepta est, & hinc videri posset, de expressa nullo modo agendum esse; sed facilis est responsio. Opposita juxta sese posita magis elucescunt. Et quoniam porro & in hoc status controuersie consistit: *an scilicet, si licita est prohibitio expressa, ab illa expressa ad tacitam prohibitionem valide argumentari possimus?* necesse utique est, ut nonnulla de expressa illa prohibitionem præmittantur. Præmittemus ergo aliqua, sed breues simul erimus.

B 2

§. X.

§. X.

Videri poterat ab initio, prohibitionem expressam non jure, sed injuria potius fieri, diximus enim supra §. IV. usumfructum patri in bonis aduentitiis constitui ab ipsa lege, in §. V. autem, prohibitionem ususfructus paterni *medianre hominis facto* fieri. Homines vero non possunt auferre, quæ a lege conceduntur. Concedimus hoc, addita tamen limitatione, nisi lex factum hominis adprobet. Ergo, instas, lex contraria disponit: mox patri usumfructum in bonis liberorum aduentitiis concedit, mox vero priuatis prohibitionem hujus ususfructus indulget; imo non contraria disponit, sed lex modo regulam tradit, modo exceptionem. Regula est, quod pater usumfructum in bonis liberorum aduentitiis habeat; exceptio autem est, quod hic ususfructus *interdum* prohiberi queat. Hæc non sunt contraria, sed subordinata, quia nulla regula in jure tam firma est, quæ non patiatur exceptionem. Lepide Paulus in *l. 1. in f. ff. de R. I. regula, simul cum in aliquo viuiata est, perdit officium suum.*

§. XI.

Quæramus ergo jam textum juris, qui prohibitionem expressam ususfructus paterni in bonis aduentitiis liberorum adprobat. Extat ille in *nov. 117. c. 1.* ubi dicitur, licere aliquid relinquere liberis, sub hac definitione atque conditione si voluerint, *ut pater, aut qui omnino eos (liberos) habent in potestate, in his rebus neque ususfructum, neque quodlibet penitus habeant participium.* Sermo hic est de *participio*. Ignosce lector vulgatæ. Haloander ita vertit: *ut pater, aut omnino, qui eos in potestate*

testate habet, nullum in hisce rebus usumfructum, aut quamlibet prorsus communionem obtineat. Ejusmodi peculium aduentitium, cuius pater usumfructum non habet, DD. extraordinarium, vel etiam irregulare adpellare consueuerunt.

§. XII.

Orta hic est controuersia: utrum prohibitio ususfructus paterni quoque quoad legitimam valeat? rationes adfirmantium, Berlichii, Strauchii, Paschalis, ceterorum, iam excerptit B. Strykius *us. mod. ff. de usufr. §. 10.* Summa argumentorum eo redit, quod omnis dispositio circa legitimam subsistat, per quam non grauantur liberi, filius vero propter prohibitionem ususfructus paterni grauamen non suscipiat, sed commodum potius, si legitimam pleno jure percipiat.

§. XIII.

Glossa quoque idem statuit citante eam Strykio, & Berlichius p. 1. decis. 137. hanc quam textum sequi maluit, add. Philipp. Paschalis *de virib. patr. potest. p. 1. c. 3. n. 38.* Quis enim prudentior glossa esse vellet. Adpono locum Raphaelis Fulgosi ad l. solutum. 6. C. de oblig. & act. (quem habet Helfric. Ulric. Hunnius *de interpret. & autor. jur. c. 10.*) in iudicando, inquit Fulgosius, temerarium esset adtentare istud, quia communis glossae & doctorum sententia est, quod transeunt sine cessione, & nostri, quanta sit autoritas glossarum? nonne heri dixit Cynus, glossam commendam esse propter prescriptam idololatriam per aduocatos, significans, quod sicut antiqui idola adorabant pro diis ita aduocati adorant glossatores pro euangelistis. Volo enim potius pro me glossatores, quam textum. Nam si adlego textum,

rum, dicunt advocati diuerse partis & etiam iudices, cre-
dis tu, quod glossa non ita viderit illum textum, sicut tu? Ego,
addit, recorder, (& sit istud pro nouo) quod dum essem seho-
laris, etiam satis acutus, & dum semel essemus multi socii in
una collatione, ausus fui unum textum adlegare contra sen-
tentiam doctoris mei, tantam audaciam habui! dixit unus
socius, tu loqueris contra glossam, quæ dicit sic: & ego re-
spondi, etsi glossa dicit sic, ego dico sic, ignarus autoritatis
glossatorum: credebam enim, quod essent communes apostille,
sicut super Virgilio & Ouidio: sed tamen non ita est: fuerunt
enim glossatores maxime scientie viri & autoritatis: & si
aliud non esset, quam glossarum ordinatio, & de quibus potest
dici, quod arbitror, de nullo dici posse, videlicet quod totum
corpus juris viderint. Magis ergo standum est iis, qui vi-
derunt, quam nobis, qui non vidimus. Eodem modo fere
ratiocinatur Berlichius d. p. 1. dec. 137. n. 15. seqq.

§. XIV.

Euolui glossam ipsam ad cit. nou. 117. c. 1. & depre-
hendi, rationem paulo ante in §. XII. recensitam in glos-
sa extare. Sed nunquid, quærit glossa, etiam in naturali
debito hanc conditionem adficere potest, ut patri non quæra-
tur? resp. sic, cum in hoc filius non grauetur, immo ejus con-
ditio melior efficiatur. Citat glossa quoque l. filius matrem.
25. C. de inoff. testam. in qua habetur, matrem, quæ de
mariti moribus suspicatur, ita posse consulere, ut filios
sub hac conditione instituat heredes, si a patre eman-
cipati fuerint. Additur, patri nomine filiorum inoffi-
ciosi actionem eo modo competere non posse, quippe
quibus nullam injuriam fecerit mater, sed potius pro-
uidendum putauerit.

§. XV.

§. XV.

Vidimus glossam, audiamus nunc quoque textum. Ipsa rubrica nou. u7. ita sonat: *ut liceat matri & auie, & aliis parentibus, post legitimam partem liberis derelictam, quomodo voluerint residuam facultatem suam disponere.* Dicit forsan, rubricas nouellarum pro iure non esse habendas, ita ut ex iis controuersie decideri possint, quoniam priuata autoritate confectæ, secus ac rubricæ ff. & C. Gentil. de libr. jur. ciu. c. 5. in f. Stephani in proem. comment. ad nouell. num. 26. adponam verba ipsius textus. Sancimus igitur, licentiam esse & matri & auie, aliisque parentibus, postquam reliquerint filiis partem, quæ lege debetur, quod reliquum est suæ substantiæ, siue in solidum voluerint, siue in partem, filio vel filia, nepoti vel nepti, & deinceps descendentibus donare, aut etiam per ultimam relinquere voluntatem, sub hac definitione atque conditione, si voluerint, ut pater, aut qui omnino eos habent in potestate, in his rebus neque usumfructum, neque quodlibet penitus habeant participium. Hic verba textus: *postquam reliquerint filiis partem, quæ lege debetur, quod reliquum est*—satis clara esse videntur, quod legitimæ ususfructus prohiberi nequeat. Subjicitur quoque in textu ratio, quoniam illa, quæ ultra legitimam sunt, cuius extraneo relinqui possunt, & hinc patri nulla infertur injuria, si hæc pleno jure capiat filius. Hanc sententiam post alios plurimos defendunt Stephani ad d. nou. u7. num. 3. Brunnem. in comment. ad auth. excipitur. C. de bon. quæ liber. n. 6. Stryk. us. mod. ff. de usufr. §. 10. ubi eam quoque in praxi sequendam esse monet.

§. XVI.

§. XVI.

Nos itaque textum præferimus glossæ: Fuerunt, inquit Hunnius *de interpret. & autor. jur. d. c. 10.* glossatores, & quorum circumferuntur communes opiniones, viri eximia eruditione conspicui (scilicet pro ratione & indole eorum temporum, quibus vixerunt,) omnique veneratione digni, ut qui obscura quam plurima nobis perspicua & peruia reddiderunt; sed tamen fuerunt & homines errori & lapsui subjecti, ac proinde non ita adferendi, ut opiniones illorum rationi & juri præferantur. Sed tales quondam vigeant mores, ut contra præceptum, quod parentes venerari jubet, peccasse videretur, qui a præceptore suo dissentiebat, præceptor enim *pater scholarium* dicebatur & *discipulus filius*, & præceptori *majorem honorem deberi* adferebant, *quam patri naturali*, Ascanius Clementinus *de patr. potest. c. 6. effect. 3. num. 12.*

§. XVII.

Ad rationem glossæ supra §. XII & XIV. adductam facili negotio responderi potest. Verum est, filium prohibitione ususfructus paterni quoad legitimam non grauari; sed grauatur tamen eo ipso filii pater. Non vero solum filius intuitu proprietatis legitimæ jus quæsitum habet, sed eodem quoque modo pater intuitu ususfructus legitimæ, quamdiu filius sub ejus patria potestate existit. Nemini vero jus suum est detrahendum, neque quod in unius fauorem introducitur in alterius odium detorqueri debet. Lex cuique suum tribuit. Dicis: filio prohibitio ususfructus est fauorabilis, ergo amplianda; rehero: patri prohibitio ususfructus odiosa, ergo restringenda.

§. XIX.

§. XIII.

Sed quomodo respondebimus ad *l. 25. C. de inoff. testam.* ad quam glossa prouocabat, v. supra §. xiv. Respondemus primo, & illam legem de bonis, quæ ultra legitimam sunt, intelligi posse, quo inclinat B. Brunnemannus in *comm. ad d. l.* quando dicit: *sed hæc omnia intelligenda sunt cum grano salis, nisi illud onus in præjudicium forte patris tendat.* Præjudicium patris vero extra dubium adest, quando ususfructus legitimæ siue directo, siue per indirectum ipsi adimitur. Posito autem, eam limitationem locum habere non posse; responderi tamen posset, in *d. l.* casum specialem proponi, *ubi scilicet mater de mariti moribus suspicabatur.* Ab hoc casu autem ad casus diuersos non valet consequentia.

§. XIX.

In eo consentire video DD. quos mihi euoluere licuit, quod scilicet eo casu, quando patri ususfructus in bonis ultra legitimam per prohibitionem testatoris ademptus, illi patri nihilominus alimenta ex bonis filii debentur, quando nempe pater eget & inops est, atque ex fructibus ipsius legitimæ tantum non consequitur, quantum ad necessaria vitæ subsidia requiritur, Stephani *ad d. nou. 117. n. 2.* Heigius *p. 2. qu. 12. num. 16.* liberi enim parentes inopes ex lege gratitudinis alere obstringuntur, *l. 5. §. 13. & 15. ff. de agnosc. & alend. lib.*

§. XX.

Obseruamus adhuc, inmeritum, aut quisquis demum authenticarum codici repetitæ prælectionis insertarum auctor sit, integrum sensum *nou. 117. c. 1. authentica excipitur. C. de bon. quæ lib. non inseruisse.* Scilicet in *nou. 117. c. 1.* non

C

fo-

solum de parentibus usumfructum prohibentibus agitur, sed in fine *d. c. 1.* expresse subjicitur: *hoc itaque non solum parentibus, sed etiam omni personæ licere præcipimus.* In *cit. auth.* autem ita solummodo habetur: *excipitur, quod eis (liberis) datur, vel relinquitur ab aliquo parentum, conditione hac adjecta, ne ad patrem perueniat ususfructus.* Interim de extraneis personis res expedita est, quod usumfructum paternum prohibere possint in uniuersum, quoniam eorum intuitu nulla legitima datur.

§. XXI.

Quæritur adhuc: *an post prohibitionem ususfructus paterni patri adhuc competat administratio bonorum illorum aduentitiorum, (scilicet absque jure ususfructus,) si forte filius ætatis defectu laboret?* adfunt & hic diuersæ DD. opiniones. Stephani *ad nou. 117. num. 4.* negat, patri administrationem competere. Quamuis, inquit, alias pater soleat esse legitimus administrator bonorum aduentitiorum filii familias, hoc casu tamen idem non obtinet propter expressam contrariam voluntatem vel testatoris, vel donatoris. Nam cum is voluerit patrem exclusum ab usufructu earum rerum, utique etiam ab earundem administratione eum voluit remotum: idque absque dubio ideo, quod pater prodigus, vel inimicus testatori, vel donatori fuerit, vel alia ratione ejusmodi conditioni adiciendæ occasionem præbuerit. Erit itaque administratio aut penes ipsum filium familias, si is perfectæ ætatis sit, aut penes matrem & auiam, quibus gubernationem (est stilus Stephani,) commiserit testator, vel donator, -- aut penes alium, quem testator, vel donator, voluerit esse administratorem; aut

aut denique, si testator, vel donator neminem constituerit curatorem, seu gubernatorem, vel etiam, si forte constitutus quispiam ab eo, noluerit administrare, vel mortuus fuerit; tum iudex competens idoneum aliquem curatorem ordinabit cum legitima fideiussione, siue satisfactione, & is erit curator, donec filiusfamilias ad perfectam ætatem peruenerit. Hactenus Stephani.

§. XXII.

Dissentit ab eo B. Strykius *us. mod. ff. de usufr. §. u.* qui hac ratione procedit. Imperatorem hoc constituifse dicit, quod testatori, vel donatori in casu prohibiti ususfructus paterni administratorem constituere liceat, & quod hac constitutione deficiente iudici potestas curatorem constituendi deferatur. Hoc vero in controversia remanere addit, annon huic curatori iudiciali in administratione preferendus sit pater? respondet, nihil quidem de eo disposuisse Justinianum, qui facile præiuderit, patrem adempto sibi usufructu onus administrationis sponte declinaturum. Interim, pergit, si pater administrare velit, hunc admittendum esse puto, cum sufficiat, quod a lege remotus non sit. Nec priuatio ususfructus continet priuationem administrationis, per *l. fin. C. de curat. furios.* iuncta *l. fin. §. 1. C. de bon. que liber. aliud esset, si patri administrationem quoque ademisset testator, quod quin facere possit vi liberæ dispositionis de re sua, ob l. 2. C. mandat. dubitandum non est. Eandem sententiam fouet Carpzou. p. 2. c. 10. def. u. ibique plures alii citati.*

§. XXIII.

Mediam inter has sententiam fouet Joh. del Castillo *de usufruct. c. 3. num. 63.* qui distinguit hoc modo: si, inquit,

in utilitatem filii tantum a testatore, vel donatore, ademptus est usufructus, non simul quoque administratio adempta esse censetur. Quodsi vero prohibitio usufructus ob sinistram suspicionem facta: exinde quoque ademptio solius & meræ administrationis sine usufructu inferri poterit. Hoc temperamentum non displicet Brunemannio in comm. ad auth. excipitur. C. de bon. que liber. hb

§. XXIV.

Quinam sententia nos jam accedemus? si dicendum, quod res est, prima in §. XXI. recensita, quam Stephani fovebat, nobis verbis *nov. 117. c. 1. §. 1.* maxime congruere videtur, quod nempe facta prohibitione usufructus paterni expressa simul quoque administratio patri adempta esse censetur. Sollicite enim disponit imperator, quisnam administrare debeat, nulla patris mentione injecta, quo ipso pater per necessariam consequentiam ab administratione remotus fuit. Adponemus ipsa textus verba: *res autem ita relictas, siue donatas, postius sub potestate personis, si quidem perfectæ sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant, quo volunt modo disponere. Si vero ætate minores sint: per quem perspexerit testator, aut donator, hæc gubernentur, donec illi, quibus donata sunt, aut relictæ, ad perfectam ætatem veniant: licentiam habente testatore, vel donatore, & matri & avic. horum, quibus res collatæ sunt, ipsarum rerum si voluerint gubernationem committere, licet maritis junctæ sint memoratæ mulieres: ita tamen, si & ipse hujusmodi gubernationem suscipere voluerint. Si vero forsitan is, qui relinquit, aut donat, nullum his dispensatorem ordinaverit, aut ab eo datus hujusmodi gubernationem subire noluerit, aut non potuerit, aut moriatur, antequam illi*

per-

perfecte fiant etatis, tunc iubemus, iudicem competentem curatorem fide dignum cum legitima fideiussione rebus talibus ordinare, qui debeat relictam talibus personis substantiam gubernare atque custodire, donec illi ad perfectam (sicut dictum est) etatem perueniant. In illis enim casibus legem, que usum parentibus prebet, volumus custodiri, quibus non inest specialiter huiusmodi conditio. Hæc lex de singulis casibus disponit, patrem tamen nullo casu ad administrationem vocat. Pertinent hæc, ut vides, ad eum casum, quando prohibitio ususfructus paterni expressa adest. Aliud ergo dicendum, quando illa deficit, ubi quamuis pater ab initio curatorem constituerit, illo tamen deinde mortuo, patri nihilominus administratio relinquenda, quod filius deduxit Dn. Præses in sequenti responso de a. 1715. mens. Majo. Hat H. E. sub dato den 9ten Octobr. 1713. ein gerichtliches Testament aufgerichtet und darinnen seine Enkelin von seiner damahlen bereits verstorbenen Tochter, D. E. S. zur Erbin seines vermögens eingesetzt, zugleich aber D. E. zum Vormunde der Erbin constituiret, es hat auch dieser D. E. solche Vormundschaft angetreten und verwaltet, nachdem er aber vor einiger Zeit mit tode abgegangen, will der instituirten Erbin Vater, E. S. die administration derer seiner Tochter aus des Großvaters Testament zustehenden Güther übernehmen, es haben sich aber dagegen M. S. E. und P. H. opponiret, und vermeinen, das dem Vater die administration der Güther nicht überlassen werden könne, sondern aus der Zahl derer nächsten Bluts-Freunde und Anverwandten ein neuer Vormund gesetzt werden müsse.

Ob nun woll zu behauptung dieser Meynung angeführet wird, das nach etlicher Rechts-Lehrer Meynung nach Absterben des tutoris testamentarii nicht die tutela legitima, sondern dativa stat finde, überdem es allhie nicht so woll auf Bestellung eines eigentlichen so genandten tutoris, als vielmehr auf die Anvertrauung der Verwaltung des Großväterlichen hinterlassenen Vermögens ankomme, angemercket die unmündige D. E. S. annoch in Väterlicher Gewalt sich befinde, mit welcher die tutel zugleich nicht bestehen könne, wie dann ferner die deutliche Worte der von H. E. hinterlassenen Verordnung, verb.

Zur administration ihrer erbschafft, zu tage legeten, daß der testator mehr auff die administration des Vermögens, als Bevormundung der Person die Absicht gehabt habe, welche Behutsamkeit die Rechte einem jeden, welcher dem unmündigen etwas im Testament verschaffet, insonderheit aber denen Groß-Eltern zugelassen und an die Hand gegeben; Dennoch aber und dieweil (1) in den rechten ganz klahr und deutlich versehen, quod eo casu, si tutor testamento datus decessit, tutela ad legitimum tutorem redeat,

l. ii. §. 3. ff. de testament. tutel. welche dispositionem juris die singularis opinio einiger Rechts-Lehrer nicht infringiren kan, sondern es bey der regel bleiben muß, welche denen Gesetzen gemäß ist, scilicet legitimum superuenientem dativum excludere,

Montan. *de tutel. c. 16. num. 1. seqq.* wie dann (2) diejenige Fälle, da der tutor dativus dem legitimo vorzuziehen, in denen Rechten abermahls specificke ausgedrucket zu finden, nempe, si tutor sub conditione, vel ex die in testamento constitutus, item, si tutor testamentarius sese excusauerit, vel remotus fuerit, vel unus ex pluribus testamentariis decesserit,

d. l. u. pr. §. u. 2 & 4. ff. de testam. tut.

Montan. *cit. c. 16. num. 23 & 24.*

Brunnem. *ad. d. l. u. ff. de testam. tut.*

hingegen (3) von solchen casibus sich kein einiger allhier adpliciren lästet, cum hic unus saltem tutor testamentarius adfuerit, isque decesserit, und folglich der legitimus dem datiuo vorgezogen wird, (4) der Einwurff, daß es allhier nicht so woll auß die Bestellung eines eigentlichen so genandten tutoris, sondern vielmehr auß die verwaltung des Groß-Väterlichen Vermögens ankomme, ingleichen daß die unmündige D. E. S. annoch unter ihres Vaters Gewalt sey, dem Vater E. S. gar nicht hinderlich ist, sondern vielmehr vor ihn militiret, angemerket es dahero, und weil die unmündige annoch unter Väterlicher Gewalt ist, bey derjenigen regel, welche M. E. und conforten sub dato den 19ten Febr. an. curr. in ihrer ersten imploration angeführet haben, verbleiben muß, quod cessante dispositione hominis ad dispositionem legis sit recurrendum, das ist, daß nachdem der constituirte Vormund, D. E. mit tode abgangen, die unmündige S. weder intueu ihrer Person, noch in Ansehen der administration der überkommenen Erbschaft eines tutoris,

toris, oder curatoris bedürffe, sondern der Vater vi
patriæ potestatis die administration übernehmen kön-
ne, und also von der tutel, oder curatel, zu disputiren
unnöthig und überflüssig, pater enim administrationem
bonorum adventitiorum habet,

l. fin. §. 3. C. de bon. quæ liber.

oder auch, wann man es ja eine Vormundschaft nen-
nen wolte, der Vater nichts desto weniger als legiti-
mus einem dativo vorgezogen werden müsse, mithin
es auff die Frage: ob die tutel mit der Väterlichen Ge-
walt zugleich bestehen könne? gar nicht ankömmet,
sondern auff dasjenige, was hiervon in rationibus du-
bitandi ex mente aduersariorum angeführet worden,
sich der locus

Brunnem. *ad d. l. n. num. 3.*

gar woll adpliciren lässet, quod hic vestigia nimix
scrupulositatis & subtilitatis deprehendantur; So er-
scheinet daraus allenthalben so viel, daß der Vater G.
G. vor allen anderen Anverwandten und substituirt-
ten Erben zur administration der unmündigen Groß-
Väterlichen Erbschaft denen rechten nach zuzulassen.

§. XXV.

Antequam ulterius progrediamur, lubet hic subii-
cere formulam prohibitionis expressæ, qua Iudæi uti
solent, ubi etiam expressa administrationis prohibitio
conjuncta deprehenditur. Formula sequens ab amico
nobis communicata fuit: Und ausdrücklich habe ich
obgedachte Gabe mein des in Ruhe liegenden Sohns
R. N. H. C. vorgedachten Enckeln, auff vollkömmlische
und unserer Rabbinen Verordnung gemäß, auff rech-
mäf-

mäßige conditions-weise die obgedachte Gabe gegeben, auff solche Bedinge, daß ihr Vater R. S. C. und alle die von seinem geschlechte weder von der Seite seines Vaters, oder von Seiten seiner Mutter herrühren, keine Macht, oder einigen Zuspruch, oder Genuß, es wäre, was es nur möchte, haben an gedachter Gabe, es würde durch Erbschafft, oder das Vormündische Recht, auch nicht procuriren, oder Vormund zu seyn, es wäre am capital, oder an denen Früchten, es möchte seyn bey seiner Frauen und Kinder lebzeit, oder nach ihrem tode, Gott bewahre, und sollen sie keine Gewaltigung und Genuß, Zuspruch, oder Forderung auff der Welt an gedachter Gabe haben, weder auff alles, oder nur etwas davon, weder am capital, noch an den Früchten. Die Vormündere meines gedachten Sohns Enckeln sollen derer Kinder ihre Groß-Mutter, darbey auch mein Schwieger Sohn, die hohe Rabbinen seyn, diese sollen bemächtigt seyn zu thun gleich nach Rabbinischer Verordnung andere Vormündere thun mögen. Es soll ihnen auch darbey frey stehen, weiter Vormündere nach ihrem Gutdüncken zu setzen und sie bevollmächtigen auf meines letztgemelten Sohns Enckeln, das ihrige auf die beste Weise achtung zu haben. Solte sich aber zutragen, das vorgedachter R. S. oder dessen vollmächtiger sich gegen dieses obige alles, oder gegen ein Theil davon, es wäre auff's capital, oder auff die Früchte, disputiren wolte und wann es auch nur um ein kleines pünctlein, der kleinen littern Jod zu ändern, was diese obgedachte Gabe berührt, so sollen die andern aus meinen Lenden gebohrne befohlner massen

schul-

schuldig seyn, gerichtlich entgegen zu sehn, und die darauff laufende ordinair und extraordinair Kosten, so weit es auch reichen mag, es mag seyn was es will, vor jüdischen oder vor weltlichen Richtern, um zu erhalten, mid zu bekräftigen, alle Specialien wegen obgedachten Gaben, daß nichts davon geschwächt wird, oder zurück bleiben mag, mögen sie alle obgedachte Kosten von dem dritten Theil, welches meines in Ruhe liegenden Sohns R. N. H. C. seel. Enckel gehörig, nehmen. Adcingamus nos jam ad id, quod caput principale dissertationis nostræ constituit, nempe ad prohibitionem tacitam. Duæ vero hic lese nobis offerunt quæstiones. Prima est: *an detur tacita prohibitio usufructus paterni?* quam deinde altera excipit: *quibus casibus tacita prohibitio adesse censeatur?*

§. XXVI

Quod primam quæstionem adtinet, Philippus Pafchalis *de virib. patr. potest. p. 1. c. 3. num. 38.* eam adfirmat. Ad quod, inquit, *sufficit etiam tacita prohibitio, quæ ex conjecturata mente testatoris elici potest, ut ex communi DD. sententia &c.* plura non addit. Hanc adfirmatiuam quoque pro certa supponit Ioh. Franc. Andreolus *controvers. 224.* Ioh. Baptista, Cardinalis de Luca, *in theatr. verit. & justit. tract. de seruit. distin. 60. seqq.* atque, ut alios taceamus, eandem pluribus deducere voluit Berlichius *p. 1. decis. 133.* Unum si noris, omnes cognoueris. Prodeat ergo in arenam Berlichius numerofo satellitio Jasonis, Ripæ, Pauli de Castro, Boërii, ceterorum, stipatus. Videamus, quid valeant humeri, quid ferre recusent.

§. XXVII

§. XXVII.

Ita vero noster Berlichius num. 4. seqq. *Quod tacita, inquit, & prescriptiva prohibitio, (ususfructus paterni) sufficiat, vult glossa.* Ergo glossa hic iterum idem valet, ac quando mathematici dicunt: *quod erat demonstrandum.* An jam aliquis vult esse prudentior glossa? Pergit Berlichius num. 5. *quamuis prior opinio (quod expressa & speciali prohibitione opus sit,) fundamentis juris conformior videatur, per textum in nouell. 117. c. 1. ubi ad hoc, quod patri ususfructus adimatur, haec forma praescribitur, ut quid sub hac definitione atque conditione donetur, vel legetur, ut pater in rebus donatis, vel legatis, vel relictis, neque ususfructum, neque quodlibet penitus habeat participium, quae verba (contra Boerium) non sunt enunciatiua, sed dispositiua, & forma a lege praescripta specificae est adimplenda; his tamen dubiis non adertis opinionem, quod tacita prohibitio sufficiat, nihilominus defendendam existimat Berlichius.* Cape rationes aureas ex decisionibus ipsius aureis. Ratio prima est num. 8. *quoniam haec opinio est communiter recepta & textus in nou. 117. c. 1. ita explicatus, ut etiam de tacita & coniecturata ademptione accipiatur.* Communiter autem quae placuerunt & certam interpretationem semper habuerunt, sunt obseruanda & minime mutanda. Ratio secunda num. 9. 10. 11. 12. *quia haec opinio non solum in his terris a scabinis Lipsiensibus & Actis Wittebergensibus, sed etiam in exteris regionibus in curia Bardogalensi in praxi seruata.* Ratio tertia denique num. 13. *quia specialiter & illud expressum dicitur, quod aliter in dispositione non potest intelligi, nec aliam habet commoditatem & effectum, & in ultimis voluntatibus lata interpretatio fieri debet.*

D 2

§. XXIII.

§. XXIX.

Nihil aliud hic iterum audio, quam æquipollens illius, de quo supra diximus: an tu vis esse prudentior glossa? forsan ita in praxi seruatum fuit in nonnullis iudiciis, uti Berlichius testatur; verum nos in præsentibus non quærimus, quid Romæ fiat, sed quid fieri debeat, non quomodo *non. 117. c. 1.* explicata fuerit, sed quomodo sit explicanda. Communiter mala placuerunt hominibus, quis vero exinde inferre vellet, quod ea minime mutari debeant. Interpretatio per modum præscriptionis non introducitur. Annon vero illa, quæ DD. de prohibitione tacita adferunt, aliter in dispositione non possint intelligi, nec aliam habeant commoditatem & effectum: de eo deinde in casibus specialibus videbimus. Tamquam regula vero tale quid non potest supponi, quia petit id, quod in principio est. Nec etiam illud uniuersaliter conceditur, quod in ultimis voluntatibus lata interpretatio semper fieri debeat. Certe, si alicui & heredibus ususfructus legatus, restringitur dispositio & heredes primi gradus solum intelliguntur, *l. 14. C. de usufruct.* annua legata ad heredes plane non transmittuntur, si hoc expresse non dictum, *l. 4. ff. de annuis legat.* ut alia taceamus.

§. XXIX.

Nos in hac materia ex probatorum DD. consensu pro certo supponimus: *I. in is, quæ nocent, siue, quæ in præjudicium alicujus vergunt, minus valent tacita, quam expressa, Gothofred. ad l. 24. pr. ff. solut. matrim.* *II. tacita prohibitio vel ex lege clara probari debet, vel ex facto, quod prohibitionem necessario inuoluit, conf. supra §. VII. & er-*

go III. si factum aliquod dubium est, alter ab usu juris communis exclusus esse non censetur. IV. in verbis & factis dubiis id praefertur, quod est benignius, illustr. Coccejus de eo, quod iuste est in dub. sect. 3. §. 4. sine dubio autem benignius illud est, quod alteri fruitionem juris communis relinquit.

§. XXX. Dispicimus nunc de casibus specialibus in quibus tacitam prohibitionem adesse praetendunt. Primus est, paternum usufructum tacite prohibitum censerem, quando mater, avia, avia maternus, & in genere testator filio curatores constituit, qui bona ejus administrare debent, Berlich. d. p. 1. decis. 136. num. 11. Heigius p. 2. qu. 12. num. 10. Ratio, qua Heigius n. n. utitur, haec est, per modum interrogationis concepta: quomodo enim usufructum habere potest, cui administratio rerum, ex quibus usufructus debetur, interdicitur? imo ego per modum assertionis: pater nihilominus potest habere usufructum, quamvis ipsi administratio rerum, ex quibus usufructus debetur, interdicitur. Res evidens est. Usufructuarius tenetur ad cautionem usufructuariam praestandam. Quod si nec fidejussoribus, nec pignoribus satisfacere potest, nec etiam, quia suspectae fidei est, ad juratoriam cautionem admittitur: res usufructuaria sequestratur, id est, administratio rei, ex qua usufructus debetur, usufructuario interdicitur, v. Gail. 2. obs. 47. num. 10. nemo autem, nisi stolidus sit, exinde inferre poterit, quod usufructuarius ipsum jus usufructus amittat. Atque haec ad dictam Heigii rationem regressisse sufficet. Praeterea hanc responsionem Heigius num. 91. quid vero re-

pondet? *sed his, inquit, repugnant Ripa & Riminaldas.*
 Hæc ipsi sufficiunt.

§. XXXI.

Sed suppetit Heigius n. 3 & 6. alia ratio eaque generalis quoad omnes casus præsentæ prohibitionis tacite. *Talis, inquit, prohibitio conjecturata sufficit, ex qua falsitatis detractio non semper per verba expressa fieri debet, sed per equipollentia quoque fieri potest, ergo &c. Quid nos jam? falsum est prius, quod falsitatis detractio per equipollentiam fieri queat, ergo & posterius.*

§. XXXII.

Si uberiorem responsionem desiderat Heigius: eam Carpzovius p. 3. v. 1. def. 13. num. 6. seqq. ipsi suppeditabit. Quod tamen, inquit, de expressa prohibitionem sola accipi velim, siquidem tacita prohibitio (puta si testator heredem integra legata præstare iusserit,) neutiquam sufficit propter verba manifesta imp. si vero expressim designaverit, in dict. cap. 2. novell. 1. ubi Bartol. Matth. Wesenbec. in parat. ff. ad leg. num. 8. Jacob Menoch. lib. 1. presumpt. 45. num. 15. Vaud. lib. 2. quest. 17. Ioh. Harppr. dict. loc. num. 20. ubi plures allegat. Quamvis dissentiant Matth. Berlich. part. 3. concl. 1. num. 72. Jacob. Schult. in addit. ad Modest Piltor, part. 1. quest. 48. num. 13. Iul. Clar. lib. 3. sentent. §. testam. quest. 62. num. 4. Nicol. Boer. decis. 44. num. 33 & decis. 193. num. 1. Rittersh. ad novell. part. 6. cap. 5. num. 11. 12. quos in pronuncian-do secuta est Facultas juridica Lipsiensis nach Saue, mens. Jul. anno 1620. Ajunt nempe, id quod que dici expressum, quod ex verbis equipollentibus colligi potest, Mascard. de probat. vol. 3. concl. 1389. num. 4.

-noq!

ε δ

Boer.

DE TACITA PROHIBITIONE USUSFRUCTUS PATERNI. 51

Boer. *dist. decis. 103. num. 2.* & Jacob Schult. *dist. loc.*
Sed unde, quæso, hoc probabitur? & quis nescit diffe-
rentiam inter verba expressa & equipollentia? sunt enim
hæc talia, quæ in utrumque sensum, & ita ambigue ac-
cipi possunt, ut proinde iis testator se juri potius con-
formare, & salva falcidia heredes gravare voluisse cen-
seatur, *arg. l. nemo. 55. ff. de legat. 1.* Ex quo porro cor-
ruit argumentum a testatoris voluntate desumptum,
quam maxime observandam dicunt, *arg. l. 127. ff. de le-
gat. 1. l. 11. §. 19. ff. de legat. 3. l. 16. de dot. prælegat.* Nego
enim, ex verbis equipollentibus prohibitionem falcid-
iæ colligi, quin potius verba ejusmodi ita explicanda
dixi, ut falcidia heredibus salva conservetur. Nec ul-
lum facit negotium *novell. 119. cap. 12.* ubi non tam ex
voluntate tacita testatoris, quam ex sanctione impera-
toria in casu speciali prohibita alienationis detractio
falcidiæ cessat, ut in aprico est. Adde *decis. elector. nois.*
42. (in qua Carpzovii opinio adprobata.)

§. XXXIII.

Ita solidissime destruit Carpzovius fundamentum
Heigii de tacita prohibitione ususfructus paterni. Quis
non putaret nunc, eundem Carpzovium rejecto funda-
mento conclusionem quoque huic fundamento erroneo
superstructam rejecisse, aut rejicere debuisse. Sed in om-
nia alia hic abit ille. Nam *p. 2. c. 10. d. 10. n. 4.* hæc habet:
*quoniam non solum ex verbis expressis, sed tacite ac verbis equi-
pollentibus, veluti per ademptionem administrationis, quan-
doque ususfructum patri auferri, docent Möller. l. 2. semestr.*
26. Matth. Coler. p. 2. decis. 276. Petr. Heig. p. 2. qu. 12. Hanc
doctrinam non improbat, sed doctrinam autorum cita-
torum

torum suam facit. Habes hic specimen doctrinarum Carpozouii male coherentium. Sequenda autem sunt illa, quæ §. *preced.* ex eo adtulimus, illa enim cum principiis interpretandi conveniunt, ea vero, quæ in *b. §.* ex eo recensuimus, ad paleas pertinent.

§. XXXIV.

Et hinc Dn. Præses super ejusmodi casu consultus, mense Majo a. 1715. sequentem in modum respondit:

Ob woll denen Groß-Eltern in Nechten vergönnet ist, ihre Enckel zu Erben einzusetzen, und denen Eltern den usumfructum von den Güthern, so über die legitimam derer Kinder vorhanden sind, zu entziehen,

hiernächst es das ansehen gewinnen möchte, daß in gegenwärtigem fall der testator, als Groß-Vater, seiner Enckelin Vater, E. S. den usumfructum der Groß-Väterlichen Verlassenschaft wirklich entzogen habe, angemerket er auff den todesfall besagter seiner Enckelin in bonis extra legitimam nicht den Vater, sondern seine, des testatoris, halbgeschwister und andere nächste Freunde substituïret, zugleich auch der Enckelin einen absonderlichen Vormund, D. L. verordnet hat, und einiger Rechts-Lehrer Meinung dahin gehet, quod etiam tacite ususfructus patri adimi possit,

Heig. p. 2. q. 12.

Dennoch aber und dieweil (1) die rechte klavhe maß geben, daß von denen bonis adventitiis derer Kinder, worunter auch die Groß-Väterliche Verlassenschaft zu rechnen, dem Vater der ususfructus gebühret,

hiernächst (2) in der

auth. excipitur. C. d. tit.

fei-

keine andere exception von dieser Regel zugelassen wird, als diese, si conditio adjecta, ne ad patrem ususfructus perueniat, dergleichen conditio aber (3) in des testatoris H. T. Testament nicht zu finden, (4) diejenige Rechts-Lehrer, welche der angeführten dispositioni legis widersprechen, als

Heig. p. 2. qu. 12. num. 3.

sich des argumenti a prohibitione falcidiae desumpti bedienen, hingegen aber (5) der bewährtesten DD. Meynung dahin gehet, quod tacita prohibitio non sufficiat, sed expressa requiratur,

Carpzou. p. 3. c. 1. def. 13.

welche Meinung auch in decil. elect. Saxon. nouiss. 43. bestätigt worden, und von andern berühmten Jctis ihren beyfall hat, vid.

Hahn ad Wesenb. tit. ff. ad L. falcid. §. 6.

Stryk. us. mod. ff. ad L. falcid. §. 6.

dahero (6) sonderlich was Carpzouium betrifft, nicht zu conciliiren ist, daß dieser

part. 2. const. 10. def. 10.

Heigii Meinung de tacita prohibitione ususfructus excerpirt und nichts dabey erinnert, hernach aber Heigii fundamentum an dem vorhin angeführten Orthe verworffen hat, folglich dergleichen ungegründete opinionones bey wahren Rechtsgelehrten wohl keinen Beyfall finden können, sondern man ohne Zweifel bey der Verordnung der Rechte, welche expressam prohibitionem erfordern, verbleiben muß, da ohnedem (7) diese prohibitiones odiose sind und nichts anders, als Feindschaft und mißtrauen zwischen Eltern und Kindern erwecken; So erscheinet daraus so viel, daß dem Vater E. S. Das übrige von denen Zinsen der capitalien, welche

E

zum

zum Bauen nicht angewendet werden, jure usufructus
billig überlassen werden müsse, V. R. W.

§. XXXV.

Hæc de casu primo, v. §. XXX. Secundus casus DD.
hic est, si testator fratrem suum & fratris filios substituit,
quo casu, dicunt, frater, seu pater iste, in bonis relictis
suis filiis etiam non habebit usumfructum, Berlich. d. p.
1. dec. 136. num. 12. loco probationis hujus adsertionis
sequentia subjungit: *eleganter Baldus conf. 168. (ubi pul-
chras rationes adfert) incip. proponitur quod quedam. n. 4.
ibi: sed aduertendum est. lib. 5.*

§. XXXVI.

Prodeant itaque pulchræ illæ rationes Baldi. Sed
aduertendum est, inquit, quia ego dixi semper, quod ubi fra-
ter substituit fratrem & filios fratris, quod frater, seu pater
iste, in bonis relictis filiis suis non habet usumfructum, & ra-
tio est, quia copula (ET) cadens inter duo extrema, debet ea
copulare equaliter, ut C. de impub. & aliis substit. l. quam-
uis, sed si pater haberet usumfructum filiorum, copula non co-
pularet eos equaliter. Item quia determinata prouiso te-
statoris facit cessare prouisionem legalem ad hoc, ut extra de
testamentis, cap. requisisti, & hæc fuit opinio Guarnerii in
auth. uem hereditas. C. de bon. que lib.

§. XXXVII.

Hæc sunt pulchræ illæ rationes Baldi. Sed mox
earum deformitatem ostendemus. Prima petita erat
ex l. quamuis. 4. C. de impub. & al. substit. verba legis istius,
ad quæ Baldus respexit, hæc sunt: *cum tamen proponas, ita
substitutionem factam fuisse: si mihi Firmianus filius & (no-
ta copulam cadentem inter duo extrema) Ælia uxor mea
(quod*

(quod abominor) heredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus heres esto: *manifestum est, in eum casum factam substitutionem, quo utrique heredum substitui potuit.* Hic verum est, quod copula stilo Baldi inter duo extrema, Firmianum filium & Æliam uxorem, cadens ea copulet æqualiter, id est, Firmianus filius unam dimidiam, Ælia uxor alteram habere debet. Idem est, si quis instituit fratrem & fratris filios, si enim fratris filii sub nomine collectiuo positi, isti unum semissem hereditatis accipiunt, alterum vero frater capit, *l. 7. ff. de usufr. adcrefc.* Sed quid inde ad prohibitionem tacitam ususfructus paterni? imo, inquit, si pater haberet ususfructum, copula non copularet eos æqualiter, sed ubi, inquam ego, hoc in iure ita dispositum est, quod copula eos ita æqualiter copulare debeat, ut pater ipsum ususfructum amittat? nullibi certe, sed hoc solum in cerebro Baldi subnatum est. Copula copulat eos æqualiter iuxta legum dispositionem, id est, quoad proprietatem. Quæ vero addebat Baldus de determinata prouisione testatoris, quod illa faciat cessare prouisionem legalem: ea petunt id, quod in principio est. Negamus enim ex hactenus dictis, quod determinata testatoris prouisio adsit.

§. XXXIIX.

Imo nec ipse Baldus multum tribuit pulchris suis rationibus. Vidit sine dubio, alios dictam adsertionem de prohibitione tacita fontes ad *non. us. c. 2.* prouocare, ubi dicitur, quod in eo casu, quando pater filio prædefuncto una cum defuncti fratribus germanis ab intestato succedit, pater ille ususfructum ex filiorum, aut filiarum portione sibi vindicare nequeat. Sed simul cogitante

ab hoc casu speciali in lege expresso ad alios diuersos in lege non expressos non valere consequentiam. Ergo Baldus *loc. cit.* hæc subiungit: *sed alii ibi sentiunt contrarium, & hoc probatur per locum a speciali: nam speciale est, quando pater succedit filio (scilicet iuxta d. non. us. c. 2.) simul cum fratribus ipsius filii, ut non queratur ususfructus patri: ergo in contrarium est ius commune, (& ergo iuxta hoc in casu, de quo queritur, ususfructus patri debetur.) Unde, pergit, glossa dicit ibi, quod illum versum & forsan & c. Guarnerius male posuit in illa auct.*

§. XXXIX.

Verba ultima ex Baldo adducta novæ obseruationi occasionem dant. Scilicet *nov. us. c. 2.* de eo solo casu loquitur, quando pater filio una cum huius filii defuncti fratribus ab intestato succedit. Guarnerius vero, siue irnerius, aut quisquis demum autor authenticarum fuerit, in *auct. item hereditas. C. de bon. que lib.* (quæ ex *d. nov. us. c. 2.* defumta est) etiam de extranei hereditate patri & filiis simul ex testamento delata loquitur & idem obtinere dicit ratione ususfructus paterni, quod priori casu obtinebat. Verba citatæ authenticæ sunt: *& forsan si aliunde queratur (hereditas).* Hic recte monet glossa, quod ille versus *& forsan & c.* in authentica male positus sit. Authenticæ sunt copiæ nouellarum, copiæ autem ab originali suo recedenti fides haberi nullo modo potest, v. paulo post §. XII.

§. XL.

Adest & alias manifesta diuersitatis ratio inter utrumque casum. Scilicet ante jus nouellarum in successione ab intestato fratres parentibus defuncti præferantur.

bantur, primo fratres ex eodem matrimonio, & deinde his deficientibus fratres ex aliis nuptiis procreati, prout habetur in *l. u. C. commun. de success.* Patres ergo nullam proprietatis partem adquirebant. Postquam vero in *nou. us. c. 2.* patres simul cum fratribus defuncti germanis ad successionem liberorum admissi fuerunt, liberi dimidiam proprietatis bonorum defuncti amiserunt, ex diuerso autem hoc ipsis solatii loco concessum fuit, ne patri in altera dimidia ad ipsos deuoluta usufructus concederetur, per verba *d. nou. us. c. 2. quoniam pro hac usus portione hereditatis jus & secundum proprietatem per presentem dedimus legem.* Hæc vero nulla ratione ad hereditatem extranei ex testamento ad patrem & liberos ejus conjunctim delatam applicari possunt, v. Brunnem. *ad auth. item hereditas. C. de bon. quæ lib. Stephani ad nou. us. num. 48.* qui etiam verba Cujacii hac de re adducit.

§. XXI.

Rationes hæctenus adductæ sat euidentes sunt, nec præter jam simul adductas aliis autoritatibus opus esset. Ne tamen illi, qui in controuersis juridicis magis ad autoritates, quam ad rationes respiciunt, nostram opinionem singularem esse existiment: Strykium alios simul adducentem hic adlegamus, qui de controuersia hæctenus exposita mentem suam sequentem in modum explicat in *tract. de success. ab intest. diss. 2. c. 1. §. 26 & 27.* an vero, inquit, si pater cum filio in hereditate extranei concurrat, etiam sic filius plenam proprietatem capiat, an vero patri saluus sit in portione filii usufructus? prius quidem affirmandum putat Dn. Richter. *part. 1. decis. 18. n. 10. & ad auth. item hereditas. C. de bon. quæ liber. n. 5.* Forst. *de succes-*

sione lib. 7. c. 27. n. 6. Extraneus enim patrem & filium in viriles instituens, filium pleno jure vocasse censetur. Sed vix hæc opinio admittenda. Extranei enim hereditas ad filii peculium aduentitium spectat; in hoc vero patri ususfructus debetur, per *l. 6. C. de bonis, quæ liber. Carpz. p. 2. const. 10. def. 7.* Exceptio tantum in *nov. us. c. 2.* formatur, si pater cum filio in successione alterius filii defuncti concurrat, quæ exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, nec ultra suos terminos eadem extendenda, Dn. Andreas Kohl. *ad const. March. de success. conjug. qu. 14. n. 4.* ubi exinde euincit, patrem ex statuto cum filiis in successione matris concurrentem, ususfructum tamen, non obstante *d. nov. in filiorum bonis consequi, vid. Dn. Brunneman. ad auth. item hereditas. C. de bon. quæ liber.* Nec obstat, quod extraneus tamen filium in plenam proprietatem vocasse censetur. In dubio enim testator se legibus conformasse præsumitur, nec antea patri ususfructus adimendus, nisi in specie hoc expresserit, vel verbis euentibus declarauerit testator, per *nov. 117. cap. 1.* Nec quidquam refragatur *auth. item hereditas. C. de bon. quæ liber.* ubi iurarius hoc ad hereditatem etiam aliunde questam extendit. Notum enim est, quantam fidem merentur authenticæ, quoties a nouella, utpote originali, discrepant; exiguam scilicet, imo plane nullam, Matth. Stephani *ad nouell. in proem. n. 38.* Nisi probatum fuerit, authenticam in casu, quo a nouella diuersum quid continet, usu adprobatam esse, quod in genere factum esse existimat, Dn. Strauch. *in dissert. Irnerius non errans cap. 2. n. 7.* Et quidquid sit, ipsa authentica dubitative loquitur, quod ex particula *forsan* abunde probatur, unde firma in-
de

de decifio peti non potest, & praxis sine dubio refragatur.

§. XLII.

Sufficiant hæc de casu secundo, v. supra §. XXXV. Transimus ad tertium. Hunc obscure exprimunt, quia opiniones obscuras ubique defendunt. Ita vero Berlichius d. p. i. decif. 136. num. 1. ususfructus, inquit, patri in bonis liberorum non acquiritur, sed tacite ademptus præsumitur generaliter in omnibus illis casibus, in quibus olim fideicommissum relictum a patre filio habebat in se tacitam conditionem, cum ERIT SUI IURIS. Probationis loco subjungitur Jason in l. cum filiof. ii. ff. de legat. 1. 157. ibi: quarto præ ista parte. Nicol. Boër. decif. 193. num. 3. vers. secundum quod per illa verba & seqq. Franc. Cald. in repetit. l. si curatorem habens. C. de in integr. restit. verb. legis. n. 145. vers. hujus autem tacitæ prohibitionis & seq. Heig. quest. 12. incip. condiderat quedam. num. 14. & seq. part. 2. en diuersos medios terminos!

§. XLIII.

Heigius loc. cit. chorda eadem oberrat. Hac formula, inquit, volo filio restitui, cum sui juris erit, similiter ususfructum interdictum notant DD. d. l. cum filiof. id enim fit expirante cura. Dicit Heigius, ususfructum hac formula similiter interdicti. Hæc particula sese refert ad casum, quem paulo ante proposuerat, nempe ususfructum paternum tacite prohibitum censei, quando v. g. auia in bonis a se relictis nepotibus curatores in testamento constituit. Atqui nos illum casum tacitæ prohibitionis jam supra §. xxx. seqq. refutauimus: ergo facile conjicere licebit, quid de præsentis quoque statuendum sit.

§. XLIV.

§. XLIV.

Scilicet omnes hujus tacite prohibitionis fautores ad *l. cum filiof. 11. ff. de legat. 1.* prouocant. Ergo verba ipsius legis, quæ huc præcipue pertinere videntur, ante omnia adponenda erunt. Ita vero Papinianus: denique Julianus, non infubtili ratione motus, *patrem, cuius filius heres institutus est, extero quidem; habita ratione legis falcidie, restituere hereditatem respondit; quoniam ex persona filii teneretur: ipsi vero filio, non admissa falcidia; quoniam ex persona sua sibi filius obligari non posset, ac pater non ut heres, sed ut pater, rogari videtur.*

§. XLV.

Admodum varii sunt interpretes in explicatione hujus legis, prout hoc præ aliis fufe ostendit Franciscus Duarenus ad *d. l. n.* adde Jacobum Cujacium *obseru. l. 10. c. 38.* Sed ea in præfenti recoquere & examinare, instituti nostri non est. Hoc saltem notamus, quod DD. a nobis dissentientes tacitam conditionem supponant, **CUM SUI JURIS ERIT FILIUS.** Hanc conditionem, ut vocant, ex verbis finalibus *d. l. n.* collegerunt, & hinc quoque illa verba finalia adhuc inferenda erunt; Sunt autem hæc: *& ideo si filio rogatus sit pater post mortem suam, quod ad se peruenit ex legato, vel hereditate filio relicta, restituere, isque viuo patre decedat, omnimodo patrem id retenturum, quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit.*

§. XLVI.

Quod ad explicationem verborum ultimorum præcipue juxta jus vetus de caducis adinet, de eo egit Cuiacius *loc. cit.* nos saltem examinabimus connexionem argumenti, quod ex adlegata lege formant tacite prohibitionis

tionis usufructus paterni propugnatores. Argumentum juxta verba Berlichii & Heigii in §. XLII & XLIII. ad ducta hoc modo formari debet: *quotiescunque testator patri injunxit, ut bona a testatore relicta filio restituat, postquam filius sui juris erit: toties patri in hisce bonis tacite ademptus esse censetur usufructus.* Ita intelligo dissentientes, & si recte eos non intellexi, deprecor, illosque rogo, ut in futurum clarius loquantur. Puto tamen, me eorum mentem adsecutum esse & ad argumentum prolatum binis verbis respondeo: nego consequentiam. For san hoc quoque urgebunt, quod tamen in lege extet, patrem filio restituere debere *non admissa falcidia*; sed repono, paucis: a diuersis ad diuersa non valere consequentiam.

§. XLVII.

Ergone nullus *d. l. n.* sensus erit, vel certe nullus effectus? imo, puto esse. Filius heres institutus erat, hereditas hæc ad peculium aduentitium pertinebat. Notum vero est, jure veteri pandectarum etiam aduentitia peculia patri & quoad proprietatem & quoad usufructum, uno verbo, pleno jure acquisita fuisse, v. Zasium in *tract. substit. c. 1. effect. 3. vers. in secundo casu.* Pater ergo de ejusmodi peculio filio delato pro lubitu disponere illudque etiam in extraneum transferre potuisset, §. 1. *F. per quas person. cuique adquir.* adde supra §. iv. testator autem in casu *l. u. ff. de legat. 1.* hæc equitare & bona hereditaria filio heredi instituto conseruare volebat, atque hinc rogabat patrem, ut post mortem suam bona illa filio restitueret, & quidem integra absque detractioe quartæ falcidiæ. Qua ratione autem taci

ta prohibitio ususfructus paterni exinde inferri queat, ego quidem non video.

§. XLII.

Instat Duarenius ad d. l. n. quid refert, an (testator) ita dicat: nolo ususfructum adquiri patri, an ita: volo, ut pater restituat ususfructum filio? nihil refert, addit, quibus verbis declarata sit voluntas testatoris, l. 2. C. commun. de legat. Ita quidem est, inter duas illas formulas exigua, vel nulla erit differentia; verum ego nullam ex iisdem in cit. l. n. inuenio, scilicet, quod pater filio ususfructum mox restituere debeat. Cessat ergo & hæc instantia, & tacita prohibitio ususfructus paterni in casu tertio, quem hætenus a §. XLII. proposuimus & examinauimus, nulla plane inuenitur.

§. XLIX.

Casus quarus hic recensetur: instituit quis filium heredem, patri autem legatum relinquit, hic propter legatum illud paternum ususfructum in hereditariis illis bonis, quæ filio obtulerunt, tacite prohibitum esse existimant, quos recenset, Bartolus, Boerius, Surdus, ceteri, & quibus ipse accedit Joh. Franc. Andreolus *controuers. forens.* 224. cum hac ampliatione num. 2. etiam si legatum sit tenue & non annuum. Similis est casus, quem adducit Heigius p. 2. qu. 12. n. 10. ubi testatrix filium heredem scripserat, patri vero liberationem debiti cuiusdam legauerat, quem casum repetit Berlich. d. p. 1. decis. 136. num. 10.

§. L.

Videamus jam fundamenta, quibus hæc præsentæ tacite prohibitionis species innitur. Ex particulari le-

gato, inquit Andreolus *loc. cit.* n. 2. patri relicto con-
 jicitur testatoris voluntas, quod in ceteris bonis filio relicto
 pater nihil habeat, l. 3. §. cum Pollidius, 3. in secunda ra-
 tione, juncta glossa in verb. tantum. ff. de usur. & clarius
 in auth. item hereditas. C. de bon. que lib. ubi quando pater
 succedit una cum filio alteri filio, in portione filii eo casto
 non habet usufructum, & tradit late Socin. sen. consil.
 34. quest. 3. lib. 7. Aretin. consil. 72. column. 2. Cravett. conf.
 37. Roland. conf. 95. num. 49. l. 1. & conf. 90. n. 24. lib. 2. i-
 dem ergo dicendum, quando illi aliquid legatur in testamen-
 to extranei instituto filio, ex tali enim legato dicitur succede-
 re pater testatori in re legata, in qua pater dicitur heres quo-
 dammodo improprie, l. id tempus. 14. §. in re legata. 1. ff. de
 usucap. dispositio vero d. auth. item hereditas, habet locum et-
 iam, quando patri & filio relinquatur ab extraneo, &c.

Miserima sane fundamenta. Primo, quando dicitur,
 quod ex particulari legato patri relicto consiciatur testa-
 toris voluntas, quod in ceteris bonis filio relicto pater nihil
 habeat: petitur id, quod in principio erat & dubium per
 æque dubium probatur. Deinde l. 3. §. cum Pollidius, 3.
 ff. de usur. huc plane non pertinet, nam Pollidius qui-
 dem a propinqua sua heres erat institutus, rogatus si-
 mul, ut filia mulieris (testatricis,) quidquid ex bonis e-
 jus ad se pervenisset, cum certam ætatem puella com-
 plesset, restitueret, quæ restitutio etiam fructus interim
 perceptos complectitur; verum enimvero illa filia, cui
 restitutio fructuum fieri debebat, non erat filia Polli-
 dii, sed testatricis, nos vero loquimur de eo casu, quan-
 do filia illius adest, cui pars hereditatis, vel legatum re-
 lictum,

lictum, conf. Brunnem. *ad d. l. 3. §. 3. num. 5.* Ut taceam, in *d. l.* potius expresse, quam tacite restitutionem fructuum Pollidio injunctam fuisse. Præterea Pollidio intuitu bonorum filia testatrix non competeat ususfructus ex lege, uti quidem patri, & hinc ille ususfructus eo facilius Pollidio auferri poterat.

§. LII.

Prævidit hanc responsionem fortassis Andreolus, & ergo adjecit: *juncta glossa.* Ergo, si nihil probat textus, probet glossa. Verum, quid nos glossæ tribuamus, sicubi a tramite justî & verî recedit, de eo jam supra passim & in specie §. XVI. mentem nostram aperimus. Ostendimus quoque §. XXXIX. quid de *auth. irem hereditas. C. de bon. que lib.* sentiendum sit. Sed posito etiam, quod illa authentica intuitu extraneorum testantium autoritatem habere possêt; illa tamen ad præsentem casum plane non quadraret, quoniam loquitur de casu, quando pater & filius simul & conjunctim succedunt, in præsentî casu autem solus filius heres institutus est & patri legatum relictum. Sed, instat, pater in legato succedens dicitur heres quodammodo improprie; respondeo, ab eo, qui dicitur heres omnimodo proprie ad eum, qui talis dicitur quodammodo improprie, non valet consequentia.

§. LIII.

Ne putes etiam, Andreoli sententiam ab omnibus adprobatam esse. Adducit ipse *num. 3.* dissentientes Girurb. *ad consuet. Messim. cap. 7. gloss. 3. part. 1. num. 2. & 22.* Morot. *conf. 18. per rot. D. Caracciol. dec. 1. num. 8.* iisque alios deinde adhuc addit. Rationes eorum hæc sunt, quod

quod ex legato relicto patri non inducatur necessario exclusio patris ab usufructu, cum legatum sit quid separatum ab usufructu, & de per se, ut loquuntur, stare possit, & ex separatis illatio recte non fiat. Porro, quod *auth. item hereditas.* loquatur de casu, quando pater cum ipso filio concurrit ad hereditatem, qui concursus non consideratur in patre legatario rei particularis cum filio instituto herede uniuersali, &c.

§. LIV.

Quid ad hæc Andreolus noster? *his omnibus*, inquit *num. 9. perpensis* censeo resoluendum contra opinionem *Morotii.* Nihil solidi vero adfert, sed priora jamdum refutata recoquit. Prouocat ad *auth. item hereditas* & dicit, quod licet illa authentica (utor verbis ejus) loquatur in hereditate & concursu, tamen ratio, ut dicatur prohibitus patri usufructus, non consistat in eo, quod agatur de hereditate & concursu, sed ex eo, quod fuerit aliquid relictum patri, ex qua particulari inclusione sequitur exclusio usufructus, & ex exclusione non sequitur aliqua correctio juris communis. Plura referre piget propter argumentorum miseriam. Laudo *Ascanium Clementinum de patr. potest. effect. 2. ampliat. 12. num. 40. etiamsi*, inquit ille, *in hereditate filio relicta fuisset factum legatum patri, cujus in potestate filius erat, & a testatore additum, quod pater nihil amplius ex ea hereditate petere posset, nihilominus habebit pater usumfructum in tota hereditate aduentitia filii, ut dixit Paris. conf. 129. num. 10. part. 1.*

§. LV.

Quintum casum tacite prohibitionis usufructus pater-

terni fingunt, quando filius heres institutus, ipse tamen alienatio bonorum interdicta, *Surd. cons. 16. num. 30. seqq.* vel juxta stilum Heigii *d. p. 2. quest. 12. n. 6.* & Berlichii *d. p. 11. dec. 136. num. 9.* quando bona integre & absque diminutione filio restitui jubentur. Hic casus est conclusio ex erroneo illo principio de tacita prohibitione falcidiae & argumento exinde deducto, quod adduximus supra §. XXXI. & in §§. seqq. refutauimus. Instas forsan, in *nov. 119. c. 11.* tamen expresse haberi, quod falcidia detrahi nequeat, si legatario alienatio rei legatae interdicta; respondeo, me hoc quidem concedere debere, sed prohibitio illa detractionis falcidiae ad jus singulare, aut, si mauis, ad exceptiones a jure communi pertinet. Jus singulare autem de casu ad casum extendi nequit, & exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, adde verba Carpzouii relata supra §. XXXII. *in fin.*

§. LVI.

Hic quoque laudare cogor Andreolum *d. controu. 224. n. 10 & 11.* nisi enim me omnia fallunt, ipse hanc tacitae prohibitionis praetensam speciem pro spuria habet. Verba ejus haec sunt: neque ex prohibitione alienationis facta filio heredi instituto ab extraneo censetur patri prohibitus usufructus, ut tradit *D. Carracciol. decis. 1. num. 22.* reprobans recte *Surd. consil. 16. num. 30 & seqq.* contrarium volentem, nil enim habet commune proprietas cum usufructu, cum insimul manere necessarium non sit, potest enim proprietas esse apud unum, usufructus vero apud alterum, & ob id non ex eo, quod fuerit filiofamilias prohibita bonorum alienatio, recte inferitur, usufructum quoque fuisse interdictum, ut explicat *Caracc. d.*

de-

decis. 1. ubi ampliat, etiamsi a testatore fuisset pater filio relictus tutor, ut aperte tradit *num. 20.* Porro admissa etiam opinione, quod per prohibitionem alienationis bonorum factam filio censetur prohibitus patri ususfructus, quia esset species alienationis, tamen patri deberetur commoditas ususfructus, *Molin. de primog. lib. 1. cap. 20. num. 11. & cap. 19. num. 29. Angel. Aretin. in §. igitur Institut. per quas person. nob. acquir.* ubi quod quando testator prohibere vult patri etiam commoditatem percipiendi fructus, debet dicere, quod patri non queratur non solum ususfructus, sed nec etiam commoditas percipiendi fructus, *Jas. in leg. cum filios familias n. 157. ff. de l. 1. Franch. decis. 161.* Haec tenet Andreolus.

§. LVII.

Casus sextus ex hoc quinto fuit. Tacitam prohibitionem ususfructus paterni adesse censent, quando testator dixit, *præter legata nemini quidquam debere dari, es solle niemanden ohne Vorwissen des Thun Capituls* (hoc capitulum erat magistratus ordinarius filii in casu ab Heigio proposito,) *dem Kinde zu nachtheil nichts gefolget werden,* *Heig. d. p. 2. quest. 12. n. 1 & 7.* qui autor ex dictis verbis prohibitionem præsentiam necessario fluere existimat, quia diserte in testamento dictum, præter legata nemini quidquam dari debere. Expressisse vero testatricem in casu, quem refert, quæ legata præstari voluerit, præterea autem nemini quid dari disposuisse, ergo nec patri, qui ex beneficio juris alioquin usumfructum habet.

§. LIIIX.

Contrariam sententiam, quod nempe eo ipso usumfructum

fructus paternus prohibitus non censeatur, defendit Fernandus Vasquius *de success. progress. l. 3. §. 26. num. 32.* Voluntas prohibendi, inquit, satis certa non est. Nam illa verba: *integra bona mea filio præsentur, vel, quidquid inuentum fuerit in bonis meis, filio tradatur, vel restitatur,* etiamsi adjectum sit, *sine ulla diminutione,* non inducunt necessario ademptionem ususfructus, cum alium sensum satis sanum & non inutilem recipiant, scilicet, ne prætextu debitorum, vel animæ, vel funeris, vel alicujus piæ causæ, vel legatorum, vel fideicommissorum, vel aliarum quarumcunque rerum aliquid ex bonis testatoris filio detrahatur.

§. LIX.

Nos Vasquii sententiam opinioni Heigii præferendam esse censemus. Rationem jam sæpe adduximus, quod prohibitiones juris communis in dubio non præsumantur, sed potius quilibet juri communi sese accommodasse censeatur. Ergo, dicet forsitan Heigius, aut ejus adfecta, verba testatoris, vel testatricis, otiosa fuerunt, at vero hic eadem obtinere debent, quæ alias in materia contractuum adferri solent, ubi nulla clausula, nullum verbum, nulla syllaba otiose & sine virtute operandi adposita intelligitur, v. Finckelth. *obs. 21. num. 3.* imo, inquam ego, in plurimis contractibus & in ultimis voluntatibus quotidie admodum multa otiose & sine virtute operandi ponuntur. Contrahit quis pro se & heredibus; atqui heredes jam ex lege sunt obligati, licet hoc non exprimatur. Testantur contrahentes se bona fide egisse & absque dolo; atqui ita agere debent, licet illud non exprimant. Alia adducere superfluum. Formula, de qua nobis sermo est

&

& quæ testamento adjecta fuit, nullum alium effectum habet, quam quod enixam testatoris voluntatem indicet, ut nihil sub vano & injusto prætextu aliquo in eos transferatur, quibus lex non prospicit. At vero patri lex omnino prospicit, & ergo expressa etiam prohibitione opus erat. Corruunt ex dictis simul, quæ habet Berlichius *d. p. i. dec. 136. n. 7. ibi: vel si verba testatoris alias nihil operentur, nisi ususfructus patri auferatur & filio adplicetur, Jalon in l. cum filios. v. de legat. i. n. 155. ergo cum &c.*

§. LX. Casus septimus. Fingunt tacitam prohibitionem ususfructus paterni adesse, si testator disposuit, quod bona in pupillarum vel liberorum proprium, & non alterius usum, commodum & militatorem fideliter debeant collocari, Berlich. *d. dec. 136. n. 15.* responsio eadem est, quæ in præcedentibus, & vox alterius non respicit patrem, qui eadem est persona cum filio, eumque alit atque educat, sed tertium. Sed, addit Berlichius, quid si dixerit testator, quod bona filii (ex fructibus) augeri debeant? respondeo, hoc casu prohibitionem expressam adesse, non vero tacitam. Non possum non hic quædam excerptare ex responso quodam de a. 1624. quod exhibet Berlichius *num. 16.* ita vero ibi ratiocinantur autores responsi: Wann nun gleich der dreyen inskünftigen Erben leiblicher Vater noch am Leben, dessen aber in berührtem letzten Willen auffser dem, da er des testatoris Tochter Hauswirth genennet wird, sonst nicht gedacht, vielweniger derselbe von seiner Kinder Groß väterlichen Erbschaft, usufructu und Abnung, so ihm auffser diesem, vermöge der Rechte gebühret hätte, ausdrücklichen entsetzet, noch derselbe ihme im Buchstaben entzogen; So erscheinet doch daraus allenthalben so viel, daß solches des testatoris Wille und
G
Mei-

Meinung gewesen, und ist er demnach, bey so gestalten Sachen, eurer darwider angezogenen motiuen ungeachtet, des ususfructus, gedachter seiner Kinder Großväterlicher Verlassenschaft, auch seiner väterlichen legitimæ eines, oder des andern Antheils, so lange derselbe noch am Leben, sich anzumassen nicht befugt, B. N. W. Hic rationes dubitandi quidem adsunt, sed rationes decidendi frustra quaesiveris. Est idem modus disputandi, quem intuitu Andreoli notauimus §. LIV.

§. LXI. Octauo prohibitionem tacitam adesse volunt, quando testator, vel testatrix testamento iubet, ut filio tantum soluatur, Heig. d. p. 2. qu. 12. num. 15. Hic casus cum præcedenti in effectu conuenit & sic æque nullius momenti est, quam ille erat. Iubet testator, ut filio tantum soluatur, ergo prohibet, ne sub aliquo prætextu aliquid in tertium transferatur, pater autem non est tertius. Iubet testator, ut filio tantum soluatur, scilicet quoad proprietatem, quo ipso non excluditur ususfructus, qui patri ex legis dispositione debetur.

§. LXII. Ususfructum patri auferri nono nonnulli volunt, quando pater ad secunda vota transit, ne scilicet nouerca de bonis & ususfructu liberorum primi matrimonii participet, quam sententiam referente Berlichio d. p. 1. decis. 136. num. 14. defendit Joh. Lupus in repet. rubr. X. de donat. in vir. & ux. fol. 45. col. 1. vers. ex prædictis infertur ad duo & seq. Pudeat Lupum, quoniam aliquid adserit, quod aliter expressis verbis dispositum in l. fin. C. de bon. matern. adponamus verba legis, cuius autor Leo est. Omnem, inquit, ambiguitatis confusionem amputantes, hac liquida, & compendiosa lege sancimus, circa ususfructum maternas rerum nullam esse differentiam, siue in priore matrimonio pater, ex quo fili-

filios habuit, permanere voluerit, siue nouercam filiis superinduxerit: legibus, quæ de maternis bonis late sunt, suam habentibus firmitatem. Patres igitur ususfructum maternas rerum, etiamsi ad secundas migrauerint nuptias, sine dubio habere debebant: nec ullam filiis, vel quibuslibet ex persona eorum contra patres improbam vocem accusationemque posse competere. Errorem Lupi ipse agnoscit Berlichius, ut & Paschalis de vir. patr. potest. p. 1. c. 13. n. 37. In l. 5. C. de sec. nupt. habetur quidem, quod pater ad vota secunda transiens proprietatem earum rerum amittat, quas a defuncta uxore accepit, & solum ususfructum retineat; verum illa dispositio ad casum præsentem non quadrat, ubi non de retentione, sed amissione ususfructus agitur.

§. LXIII. Decimum casum, putatiuæ prohibitionis tacitæ adfert Joh. Baptista, Cardinalis de Luca, in theat. verit. & iustit. tract. de seruit. discurs. 60. Instituerat aliquis filium libere. Hoc vocabulum, inquit, autor citatus, est exclusiuum cuiuscunque oneris & seruitutis, ergo etiam ususfructus paterni, nam ususfructus est species seruitutis. Respondeo, probabilius esse, quod vocabulum illud hoc saltem indiget, testatorem ex libera voluntate filium heredem instituisse. Nam & hoc in aliis causis lucratiuis, v. g. donationibus, infrequens non est, ut donator declaret, se donare libere, non coacte, aus gutem freyen Willen, un-gezwungen und ungedrungen, unde donatio describitur actus liberalitatis, quando quis nullo iure cogente aliquid in alterum transfert, l. 29. pr. ff. de donat. Ergo in dubio non est recedendum a dispositione juris communis, juxta quam ususfructus patri competit.

§. LXIV. Porro prohibiti ususfructus paterni in casu proposito exinde desumit Cardinalis de Luca n. 6 & 7. quia

testator omnia verba & facta in ipsum filium direxerat, & hinc filii arbitrio modum exequiarum, siue funerum ac modum prestandi alimenta & subventiones aliquibus familiaribus & beneuolis commiserat, & quod magis, cum esset morti proximus, ibique adlisterent pater & filius, testator manu sua tradiderat filio heredi instituto clauis seriniurum & mansorum, in quibus res pretiosiores conseruabantur. Ego hic necessariam consequentiam nullam deprehendo, quare usufructus paternus tacite prohibitus esse debeat. Clauis tradidit heredi instituto tamquam proprietario bonorum relictorum, & quia usufructum patris expresse non prohibuit, dispositioni juris communis sese conformasse censetur. Et quamuis testator eo ipso administrationem bonorum patri interdixisset, de quo tamen ne quidem constat, supra tamen §. XXX. iam ostendimus, a prohibita actuali administratione ad prohibitionem usufructus non valere consequentiam.

§. LXV. Fortissimum denique argumentum Luca num. g. illud fuisse reputat, quia filius heres institutus iam in aetate & statibili constitutus erat, & hinc testatorem in animo habuisse dicit, ut filius heres ac uxorem ducturus figuram distincte & de per se faceret, diuersam ab illa patris, cum honorifico tractatu, quae omnia sequi non potuissent, si usufructus patri adquiri debuisset. Argumentum sane elumbe & longe petiunt, quasi vero pater filio ea suppeditare non teneatur, quibus filius indiget matrimonium initurus, quamuis pater usufructum aduentitiorum habeat. Patrem filios alere debere, non propter hereditatem, sed propter naturam habetur in l. f. §. s. C. de bon. quae lib. & hoc intelligendum est iuxta eorum statum atque conditionem. Tu interrim nota phrasia adductam: figuram distincte & de per se

fa-

facere, nam non semper occurrit. Pertinet illa sine dubio ad styllum hereticum & ratiocinatum, cujus mentionem facit Luca d. num. 8. eoque se usum esse testatur.

§. LXVI. Plura forsan signa alia tacitæ hujus sic di-
 cte prohibitionis ususfructus paterni apud alios DD. oc-
 currunt, sed ea ex hæcenus dictis facile refelli poterunt,
 quare plura conquirere necessitas non postulat. Nos ad-
 hæc cum B. Strykiõ dicimus, v. supra §. XLI. in dubio testa-
 tor se legibus conformasse presumitur, nec antea patri usuf-
 ructus admittendus, nisi in specie hoc expresserit & verbis evidentibus
 declaraverit testator. Hæc sententia quoque in ordinat. po-
 nit. auct. Magdeburg. c. 42. §. 4. adprobata fuit. Es soll aber
 jedem frey stehen, in seinem letzten Willen die Fruchtniehung dessen,
 wopüber er die Kinder zu Erben einsetzet, oder was er ihnen im le-
 ten Willen vermachtet, dem Vater zu entziehen und Vormühdere
 oder curatoren zur Verwaltung seiner Verlassenschaft zu verord-
 nen, doch daß dem Vater die Fruchtniehung im letzten Willen aus-
 drücklich verboten werde, wodurch ihme abelhis Aufsicht über die
 Verwaltung der Vormunden und curatoren, auff die jährliche Ab-
 nahme der Rechnung, und da erso gar verarmet, daß er keine Lebens-
 Mittel hätte, zum Unterhalt ein Gewisses, so die Obrigkeit, nach
 der Kinder Vermögen zu setzen hat, ungleichen die Succession an
 solchen Gütern, wann eines oder das andere von denen Kindern
 verstirbet, unbenommen bleibt; so lange aber dieselben am Le-
 ben, hat er sich auf die Fruchtniehung der anverbeten Güter nicht
 zu beruffen, noch sich derselben in solchen Gütern anzumassen.

Epiphonema ergo hoc est: **NON DATUR TA-
 CITA PROHIBITIO USUSFRUCTUS
 PATERNI AB HOMINE**

FACTA SOLI DEO GEORGE

CO.

(0)

COROLLARIA.

Actio de dolo, quatenus ex principiis juris Romani
provenit, in foris nostris non est recepta.

II.

Distinctio inter usufructum causalem & formalem rem
magis implicat, quam explicat.

III.

Adsertio juris Romani, quod testator usufructuario cau-
tionem usufructuariam remittere nequeat, omni
fundamento destituitur.

IV.

Idem dicendum de alio ejusdem juris adserto, quod ha-
bitatio magis in facto, quam in jure consistat.

V.

Receptio juris Romani plus damni, quam utilitatis
Germaniæ adtulit.

VI.

Distinctio inter actionem de pauperie & de pastu nul-
lam plane utilitatem habet.

VII.

Recte statuit Bachovius, quod contractus chirogra-
pharius præsumtum mutuum sit.

VIII.

Pecunia lustrica ad peculium profectivum pertinet.

IX.

Liberi parentes hodie sine prævia veniæ impetratione
in jus vocare possunt.

X.

Et pari ratione vasallus dominum.

(0)

CLARISSIMO
DN. CANDIDATO,

S. P. D.
JACOBUS FRIDERICUS LUDOVICI

ITa nunc finis coronat opus. Homines desidia & luxuriae deditos, qui animam pro sale habent, ne putrescant, qui rixandi aliosque injuriis adficiendi studium tamquam artem exercent, carcer, multa, relegatio & interdum grauior adhuc poena manet. Ita tunc discedunt ex academijs, postquam non modo alijs, sed maxime sibi ipsis nocuerunt inutilia illa terrae pondera. Ex diuerso autem homines vere ingenuos humilia & fordida non delectant, sed magnarum rerum species dicente Seneca eos ad se vocat & extollit, quorum animus in motu est, unde instar flammae in rectum surgit, jacere, deprimi, atque quiescere non potest. Hi sunt illi, quorum opus finis coronat. Ad classem ejusmodi ingenuorum hominum Te quoque merito refero, doctissime Candidate. Sectatus es studia liberalia, artem boni & aequi excoluisti quamdiu in hac academia commoratus es. Non solum collegijs lectorijs, ut vocant, sedulo interfuisti, sed & examinatoria cum conterraneis Tuis plerisque singulis fere semestribus sub mea directione repetuisti. Quid mirum ergo, quod jam finis studiorum academicorum opus Tuum coronet. Felix es, eodem Seneca iudice, qui ad meliora hunc impetum dedisti, quoniam eo ipso Te extrajuditionemque fortunae posuisti. Gratulor itaque Tibi ex animo de fine hoc, qui opus coronat. Deus porro clementer adsit omnibus conatibus Tuis, ut in ipsius summi Numinis gloriam, reipublicae Tuam, Tuorumque veram utilitatem perpetuo vergant. Ita iterum iterumque ex animo
Dabam d. xix. Maji MDCCXVI.

Da

A die Gelehrsamkeit der größte Schatz zu nennen;
Es zeigt uns diese Schrift den schätzbarsten Reichthum an,
Und wer dieselbe lieft, der muß zugleich bekennen,
Dass die Erfindung hier nicht unbelohnt seyn kan.

Jahrl. Verhuster, nur so fort und folge denen **Dritten**
Womit dein Vorfahr dir, der Conring vorgeschritten.

Mit diesen wenigen Zeilen gratuliret dem Herrn Candidato
zu der bald zu erlangenden Doctor-Würde

Deffen ergebenster
MATTHIAS von WICHT Friso

Cet essay, qu'aujourd'hui Vous nous faites paroître,
Temoigne un esprit vif, un rare jugement,
Que l'étude a pour vous d'un solide agrément,
Les connoisseurs diront que c'est un coup de Maître bon
Permettez, cher Amy, qu'avec un coeur de flamme,
Poullé par le devoir, par l'inclination,
Je vienne Vous offrir, dans cette occasion,
Des vœux, que Vos Amis font tous pour Vous dans l'ame.
Puissez Vous, pour l'état étant si bien demisé,
Monter hureusement aux plus brillants emplois
Avec un bon succes faire regner les loix,
Etre enfin l'ornement, les delices d' Ost-Frise.

par
H. S. BACMLISTER Frison

N Aître d'une famille où brille le merite
Accompagné par tout d'une rare vertu;
Sans sortir de chez soi, trouver qui l'on imite,
Et suivre le chemin que l'on trouve battu
C'est là votre avantage & c'est là votre étude.
Faites toujours, Conring, ce qu'on fait vos Ayeux
Si vous continuez après ce beau préhude,
Le ciel fera pour vous ce qu'il a fait pour eux

par
M. P. N. du commun dit Veron.

no (36)



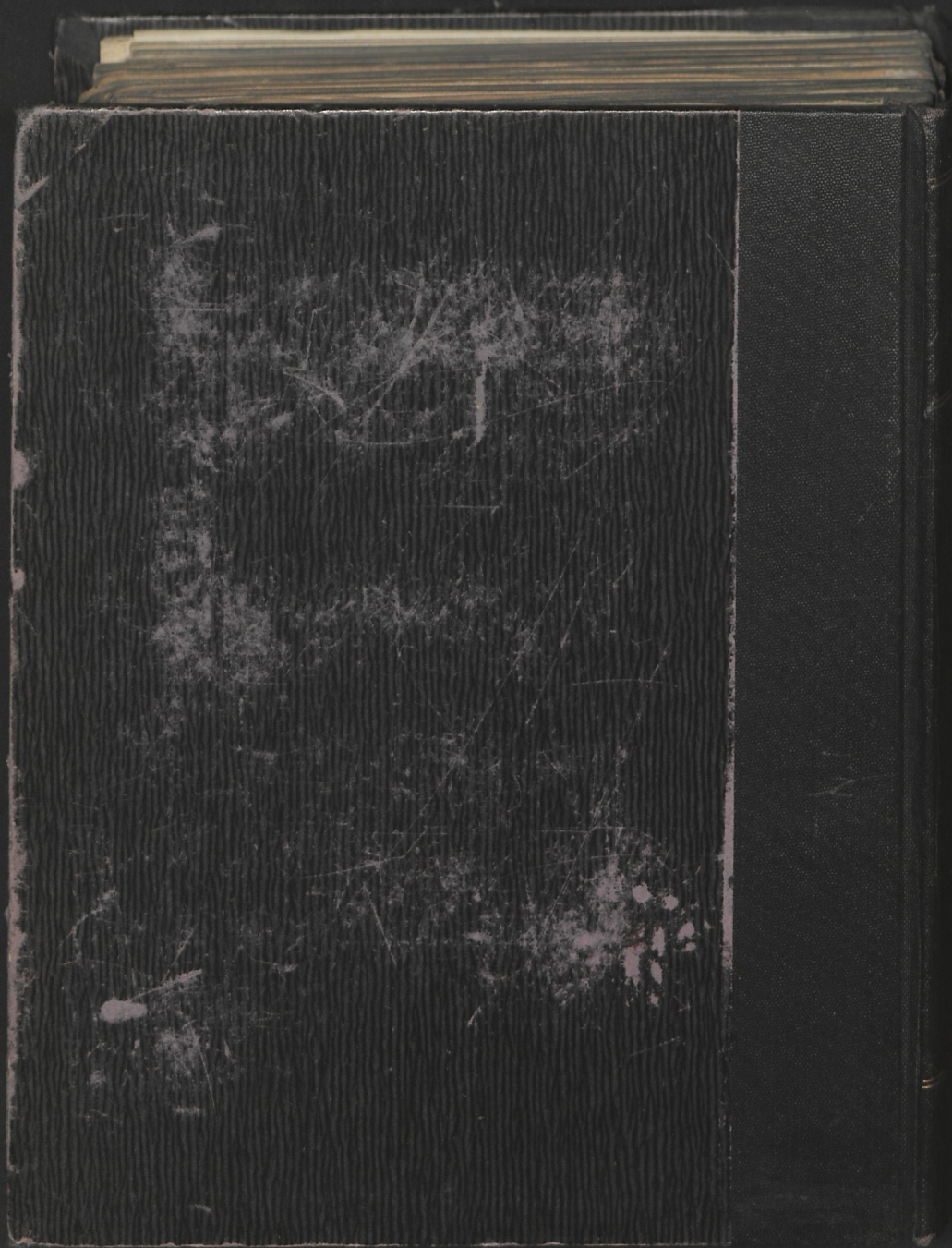
ULB Halle

004 996 526

3

cb.







DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS,
DE

1716 266 2
TACITA PROHI-
BITIONE USUSFRU-
CTUS PATERNI,

Quam

DEO T. O. M. ADNUENTE

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO,
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DN. CAROLO,

PRINCIPE BORUSSÆ, MARCHIONE BRANDEN-
BURGICO, CETERA,

IN ILLUSTRIS ACADEMIA FRIDERICIANA
PRÆSIDE

JACOBO FRIDERICO LUDOVICI,
JCTO, POTENTISS. REGIS BORUSS. CONSIL. AULICO
ET PROFESS. PUBL. ORDINARIO,

PRO LICENTIA,

Summos in utroque Jure Honores & Privilegia Doctoralia
rite adipiscendi,

Ad d. Maji M DCCXVI. H. L. Q. C.

Placido eruditorum examini submittit

WARNERUS JUSTUS CONRING,

EMBD. FRIS. ORIENT.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,

Typis CHRISTIANI HENCKELII, Acad. Typogr.