



8540.

1764, 26.

DISSERTATIO IVRIDICA
DE

INIQVITATE LEGVM
ROMANARVM

REMISSIONEM CAVTIONIS VSVFRVCTVARIAE
TESTATORI DENEGANTIVM.

QVAM

ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM ORDINIS
AVCTORITATE

D. XII. APRILIS CIOCCCLXIV.

P R A E S I D E

CAROLO FERDINANDO
HOMMELIO

FACVLTATIS IVRIDICAE ORDINARIO ET ACADEMIAE
LIPSIENSIS H. T. RECTORE

H. L. Q. C.

DEFENDET

AVCTOR ATQVE RESPONDENS

DAVIDES FIZEAUX

LIPSIENSIS.

L I P S I A E

EX OFFICINA LANGENHEMIA.



DISSERTATIO IURIDICA
DE
INIGVITATE LEGVM
ROMANARVM

REMISSIONEM CAUTIONIS VSTRVCTVARIAE
TESTATORI DENEGATIVVM

ILLVSTRIS IVRISCONSULTORVM ORDINIS
AVCTORITATE

P R A E S I D E
CAROLO FERDINANDO
H O M M E L I O

CAUSAE IURIDICAE ORDINARIO ET ACADEMIAE
LIPSISNSIS H. T. RECTORIS

H. C. C. O.
DEFENDIT

DAVIDES FIZEAU
LIPSISNSIS
AVCTOR ATQVE RESPONDENS

L I P S I A E
EX OFFICINA IANONIANA



VIRO ILLVSTRI
ATQVE EXCELLENTISSIMO
IACOBO LE-COQ
SERENISSIMI SAXONIAE ELECTORIS
A CONSILIIIS SANCTIORIBVS

PATRONO ATQVE FAVTORI SVO
INDVLGENTISSIMO.



VIRO ILLVSTRI
ATQVE EXCELLENTISSIMO
IACOBO LE-COQ
SERENISSIMI SAXONIAE ELECTORIS
A CONSILIIIS SANCTORIBVS

PATRONO ATQVE FAVORI VNO
INDVLGENTISSIMO



VIR ILLVSTRIS
ATQVE EXCELLENTISSIMÉ

Etsi mihi parum verecunde facturus videbar, si ILLVSTRIS NOMINI TVO ieiunam hanc disputationem inscribere ausus essem; tamen quia et eorundem sacrorum, quod TEcum mihi intercedit vinculum, et TVA, aduersus patrem meum, quae semper maxima fuit, beniuolentia, animum obfirmabant, non potui mihi temperare, quo minus aliquando animo meo obtemperarem, spe fretus certissima dulcissimaque, fore, vt pro singulari TVA, tum erga omnes bonos, tum vero praecipue erga meos beniuolentia, quicquid hoc esset disputatiunculae, aequo susciperes animo. Offero igitur TIBI hic studiorum meorum primitias, non
* 2 quod

quod eas persona **TVA** ac doctrina dignas existimem,
sed quia hanc censeo opportunissimam occasionem esse, et
significandi **TIBI** maximam quam **TIBI** debeo, et
quae iam dudum in publicum prodire gestiit, obseruan-
tiam, et **TIBI** me resque meas de meliori nota commendan-
di. Caeterum ego amplissimum spei meae fructum habebō,
si **TIBI** ingenium meum, et si nondum est omnino lima-
tum, et studia, non omnino displicuisse cognouero, quod
equidem ita mihi contingere cupio, uti omni tempore
operam dabo, ut nec pietatis erga **TE** colendae, nec
TIBI me probandi studio victus ab ullo superatusque
videar. Vale, iterum iterumque faue

ILLVSTRIS ATQVE EXCELLENTISSIMI

NOMINIS TVI

CULTORI OBSERVANTISSIMO

D A V I D I F I Z E A U X .



DISSERTATIO IVRIDICA
DE
INIQUITATE LEGVM ROMANARVM
REMISSIONEM CAUTIONIS VSVFRVCTVARIÆ
TESTATORI DENEGANTIVM.



§. I.

Instituti ratio.



Duo sunt, quibus orbis regitur, maxime perniciosi opinionum errores, alter eorum, qui nihil solent laudare, nisi quod a veteribus dictum factumque intellexerint, in alterum praecipites ruunt, qui nouitatis quadam specie occaecati, atque antiquam simplicitatem alto contemnentes supercilio, ita quamque sententiam accuratissimam esse putant, vti ea maxime nouitatis gratia se commendet. Quod vero in omni vita, apprime vile est, *ne quid nimis*, id hic etiam locum habere censeo, et maxime commendandum esse his, qui in iuris scientia versantur;

A 2

multa



multa enim sunt in antiquis legibus, quae propter insignem
 aequitatem, optimo cuique magis se probant, quam quae a
 recentioribus legum auctoribus cauta atque sancita fuerunt.
 Exemplum huius rei est in usufructu, in quo multi, aucto-
 ritate ALEXANDRI imperatoris decepti, testatorem cau-
 tionem usufructuario nunquam remittere posse, aequo con-
 uenire credunt, quibus equidem adeo non possum accede-
 re, ut etiam sententiam IULIANI ICI atque ANTONINI
 imperatoris, existimantium: tantum in fungibilium rerum
 siue quasi usufructu cautionem a testatore remitti non posse,
 in vero usufructu autem omnino posse, propter insignem
 aequitatem, longe iustiore melioremque iudicem. Quam-
 obrem consilium coepi hoc libello, locum hunc paulo fu-
 sius atque vberius pertractandi, atque hac ratione ignoran-
 tiam iuris antiquioris, in ALEXANDRO Imp. in apricum
 quasi collocandi, non quod existimem, me castigandae com-
 muni sententiae, cui Doctores maxime adhuc dediti fuerunt,
 parem esse futurum, sed ut, decurso fere academici studii
 curriculo, specimen aliquod ingenii et qualiscunque scien-
 tiae, quam per quadriennium et quod excurrit, tum in hac,
 tum in Goettingensi Academia, consequi allaboravi, edam.
 Qua quidem in re, aequos me arbitror tanto facilius habi-
 turum censores, quo magis ignoscendum est iuueni, non
 tam inepto quodam, cruda adhuc studia in lucem propellen-
 di, pruritu scribenti, quam potius, quicquid est huius dispu-
 tatiunculae, ad exercitationem commendationemque defe-
 renti.



§. II.

Forma operis.

Igitur, cum de remissione usufructuariæ cautionis nobis hic agendum sit, operæ certe pretium erit, quædam tum de Usufructu et Cautione in vniuersum, tum etiam sigillatim de cautione usufructuaria præmittere. Cum vero caput argumenti in diuersa veri et quasi usufructus natura positum sit, iuuabit etiam vtramque paulo penitius explicare. His præmissis demonstrabimus: secundum antiquum ius Romanum, testatori saltem in quasiusufructu cautionem remittere non licuisse, idque antiqui iuris placitum solidis ex rationibus esse introductum. Tandem vero ostendemus, ALEXANDRUM Imp. hocce ius, incongrua atque peruersa plane ratione, ad verum usufructum applicasse, atque ita nobis, hac ex parte, ius omni ratione destitutum constituisse.

§. III.

Usufructus definitio.

Primum igitur videamus usufructus qualis sit? Neque vero is aliud, quam ius ex re aliena percipiendi omnia emolumenta ordinaria ad necessitatem, vtilitatem et voluptatem, salua tamen ipsius rei substantia. Ordinaria vero rei emolumenta dicimus ea, propter quæ rem habere solemus. Sic cum ancillæ ideo non soleant comparari vt pariant, sed sed potius, vt nobis seruiant, *l. 27. pr. D. de hered. petit.* hinc etiam leges diserte præcipiunt, partus usufructum non dari, nisi expresse sit constitutus. *l. 68. D. de Usufr. l. 28. §. 1. de Vfuris.*



*) Mireris forsan nos legalem haud retinuisse definitionem, quam et IVSTINIANVS Imp. in §. 1. I. de *usufr.* et PAVLVS in l. 1. D. eod. formarunt. At cum ibi usufructus definiatur ita, vt sit, ius vtendi fruendi, nobis haec definitio obscurior visa, de eo enim quaeritur, quid sit vti frui? Miramur itaque NOODTIVM aliosque viros doctos hanc definitionem retinuisse.

**) Diximus in nostra definitione usufructuarium re aliena ad necessitatem, vtilitatem atque voluptatem vti posse; in eo enim differentia inter usufructum atque nudum vsum posita videtur, quod hic sola necessitate refringatur, ille vero ad vtilitatem etiam et voluptatem extendatur. Est itaque usufructus ius ex vtu atque fructu mixtum quasi atque temperatum. NOODT de *Usufr.* Lib. I. c. 2. Mirum igitur in modum ipsa vocis Usufructus etimologia nostram tueretur definitionem.

§. IV.

Usufructus diuisio in Verum et Quasi usufructum.

Varie usufructus diuiditur, quas tamen diuisiones, vt res tralatitias omittimus. Vnam saltem adponere iuuabit, nimirum diuisionem usufructus in verum et quasi usufructum. Verus est is, quem iam definiuimus. Quasi usufructus autem est ius re fungibili, interposita cautione de eadem re finito quasiusufructu, in genere restituenda, abutendi. Cautionis vero mentionem hac in definitione fieri oportuit, quoniam, vt ex infra dictis clarius apparebit, ea ad essentiam quasi usufructus non potest non referri. Caeterum constat in definitione vtriusque hoc potissimum, vt rei substantia salua sit, poni debuisse.

*) Diximus usufructum in verum et quasi usufructum diuidi. Nolum vero, vt hanc diuisionem secundam Logices regulas diiudices. Mere est diuisio iuridica. Quasi usufructus enim tantum ad Veri imitationem est introductus, et, si verius est dicendum, nihil fere cum



cum eo habet commune, atque definitio ususfructus in vniuersum ad eum neutiquam est trahenda. Hic enim fructuarius sua, non aliena re, abutitur, non vitur, l. 7. D. de usufr. ear. rer. nec substantia rei naturaliter salua manet. Neque vero inusitatum est tales a Ictis fingi diuisiones, sic enim in iure habemus quasi delicta et quasi contractus, actionem Seruianam et quasi Seruianam, interdictum Saluianum et quasi Saluianum, sic etiam Posthumi diuiduntur in veros et quasi posthumos, eodem modo possessio est vel vera vel quasi possessio; ipsa enim particula *Quasi* satis demonstrat, irregularem hic subintelligi speciem.

**) Verfatür quasi ususfructus circa res fungibiles. Quenam vero res eo nomine veniant, paulo accuratius obseruasse, operae pretium viderur, cum et leges et plerique earum interpretes, obscuram hic, nec satis adaequatam nobis offerant notionem. Iam vero legalem definitionem, seu potius descriptionem, ex *pr. l. quib. mod. re contrab. oblig. et l. 2. §. 1. D. de reb. cred.* desumptam, ipso suo definito longe esse latiore, multi iam ante nos obseruarunt. Hoc autem vt effugerent incommodum, Icti, eas rectius definiri posse, crediderunt, si dixerint, res fungibiles esse res, quae vtendo mutantur vel consumantur. At quoniam, vt cum CICERONE loquamur, nihil opere aut manu factum est, quod aliquando non conficiat et consumat vetustas, patet neque hanc definitionem accuratam satis omnibusque ex partibus perfectam esse. Vt igitur omnibus his incommodis obuiam eamus, ita, vti nobis quidem viderur, haec definitio erit formanda, vt res fungibiles sint res corporales, quarum vfus ordinarius in ipsa consumptione vel mutatione, consistit, siue: quae vfum non habent, nisi iis abutaris. Ita enim hae res sunt comparatae, vt cum semel iis vfus fueris, iterum non recipiant vfum. *NOODT de usufr. Lib. I. c. 21.*

§. V.

Cautio quid?

Posita nunc adaequata satis, vt nobis viderur, tum verum tum quasi ususfructus, notione, iam ad cautionis definitionem



tionem progrediamur. Est vero Cautio in vniuersum, modus alterum securum reddendi. Sic in iure vel datis fideiussoribus, vel interpositis pignoribus, vel praestito iure iurando, vel interdum nuda promissione, quis a metu imminentis, vel quod accidere saltem possit, periculi liberatur.

*) Addunt quidam quintum cautionis genus, nimirum per carcerem, sed cum haec cautio tantum in causis criminalibus locum obtineat, a nobis est omissa. Vid. LEYSERI *Medit. ad Dig. Spec. XXXIV. Med. I.*

§. VI.

Vsufuctuariae cautionis definitio.

Iam vero ad ipsam cautionis vsufuctuariae definitionem erit deueniendum. Nec eam suppeditare difficile sit, cum ad supra exposita hic pateat recursus, ex quibus apparet hanc cautionem non aliam esse, nisi modum, quo vsufuctuarius proprietarium de re fructuaria securum reddit; et quidem si res non fungibilis in verum vsufuctum sit concessa cauere debet vsufuctuarius: *se ea re, boni viri arbitrato, vsurum fruiturum, finitoque vsufuctu, quod inde extiterit, restitutum esse.* l. 1. D. *vsufr. quemadm. cau.* Quod si vero rei fungibilis sit constitutus Quasi vsufuctus, cauendum est: *se finito vsufuctu rem eiusdem qualitatis esse restitutum.* l. 7. D. *de vsufr. ear. rer.*

*) Oritur quaestio: quaenam hic cautio sit praestanda? Sunt enim, qui solam fideiussoriam admittant, quoniam in legibus vbique satisfactionis adhibetur nomen. At, praeterquam quod satisfactionis nomen in legibus, passim et aliis cautionum generibus, tributum inueniamus, vti videre licet ex l. 21. §. 2. D. *de pec. const.* l. 49. D. *de*

de solut. in praxi pignoratitiam etiam admitti auctor nobis est
 STRYCK. in *Vf. Mod. Lib. VII. Tit. V. §. 7. et Tit. IX. §. 2.* ma-
 xime cum plus cautionis sit in re, quam in persona. *l. 25. D. de*
R. I.

§. VII.

*Quaestio an cautio ad Vsfufructus essentiam pertineat? proponitur, simulque disse-
 rentia inter Essentialia, Naturalia atque Accidentalium ostenditur.*

Haec praemittere placuit. Iam vero propius ad ipsum
 nostrum argumentum accedimus. Et primo quidem loco
 considerandum venit, an cautio vsufructuaria ad essentiam
 vsufructus sit referenda, nec ne? Si enim pertinet ad essen-
 tiam, recte leges testatori denegant facultatem eandem re-
 mittendi, cum rerum essentiae sint immutabiles, adeo, vt
 ne quidem a principe mutari possint. *Essentiales* vero vo-
 camus rei alicuius partes, quae ad rem, qua de agitur, in-
 trinsece ac absolute necessariae sunt, ita, vt vna alteraue ha-
 rum partium sublata, res, quae antea fuerat, non amplius
 eadem maneat. His partibus essentialibus opponuntur *Nat-
 urales*, quarum natura ita est comparata, vt plerumque qui-
 dem rei insint, abesse tamen salua rei substantia possint, li-
 cet abesse non praesumantur. Caetera quae rebus interdum
 insunt, quaeque iis vel partium contrahentium consensu vel
 alias ob causas adiiciuntur, communi *Accidentalium* nomi-
 ne venire solent.

§. VIII.

Ad decidendam hanc quaestionem distinctione opus est.

Sed redeamus ad quaestionem quam proposuimus,
 vtrum cautio ad essentiam vsufructus pertineat, nec ne? in

B

deci-



decidenda vero hac quaestione, distinguendum nobis erit, inter verum et quasiusumfructum. Diuersissimam enim eorum esse naturam, supra iam obseruauimus, atque haec diuersitas, ex iis quae mox dicturi sumus, magis magisque apparebit.

§. IX.

*In vero vsufructu cautionem ad essentiam non pertinere, probatur
1) per ipsam legalem vsufructus definitionem.*

In vero autem vsufructu cautionem ad essentiam nequam referri posse, pluribus argumentis probari potest. Primum quidem, ex ipsis, quam leges de vsufructu habent definitionis verbis, est repetendum, qualia nimirum extant in *pr. I. de vsufr. et l. 1. D. eod.* Ibi enim, ne verbo quidem, cautionis fit mentio, cum tamen certum sit, definitionem totam rei substantiam continere debere. Iam vero, etsi facile largimur, legum conditores ab omni errore non fuisse plane immunes, et quamuis cum aliis dicamus: amicus Tribonianus, amicus Paulus, sed magis amica veritas; tamen largiri non possumus, et TRIBONIANVM, qui, vt SVLDAE vtamur verbis, vi summa praeditus ingenii, ad culmen eruditionis peruenerat, nulli suo seculo secundus, et PAVLVM ICTum elegantissimum doctissimumque, adeo rerum fuisse ignaros, vt nescirent, rerum essentias definitionibus esse inferendas.

§. X.

2) per Oeconomiam totius Institutionum tituli de vsufructu.

Sed misso hoc ad alterum delabimur argumentum, ex vniuerso titulo Institutionum de vsufructu arcessitum. In hoc



hoc enim titulo TRIBONIANVS THEOPHILVS et DOROTHEVS accurate certe atque eleganter quaecunque ad substantiam vsusfructus pertinent enumerauere, at de cautione ne verbum quidem in toto titulo occurrit. Quomodo vero fieri potuisset, vt viri eruditissimi iurisque scientia optime imbuti, in recensendis partibus vsusfructus essentialibus, vnicam cautionem praeterissent? si illa ad substantiam esset referenda. Simulac vero de vsufructu rerum fungibilium Tribonianus agere incipit, statim cautionis fit mentio. Quare vero in tractatione veri vsusfructus cautionem omisisset, nisi optime perspexisset, eam tanquam naturale vsusfructus et adesse et abesse posse?

§. XI.

3) *per cautionis vsufructuariae originem.*

Ex his igitur similibusque argumentis, atque rationibus hinc inde recte subductis colligere licet, cautionem ad veri vsusfructus essentialiam neutiquam esse referendam. Verum enimvero, cum et TRIBONIANVM et PAVLVM hic errasse, etsi non verisimile sit, tamen fieri potuerit, maxime cum in nullo penitus aberrare, diuinae potius quam humanae facultatis sit, grauioribus adhuc argumentis nostra sententia magis magisque erit confirmanda. Tertium itaque argumentum, quo probamus: cautionem ad naturalia saltem veri vsusfructus pertinere, ex ipsa huius cautionis origine deducemus. Nempe *lex 1. D. vsufr. quemadm. cau.* nos docet, praetoris edicto cautionem vsufructuariam de-



mum fuisse introductam, usufructum vero media iam iurisprudencia inualuisse, clarissimis argumentis ostendunt GALVANVS de usufr. c. VI. et alii. Si igitur concedis naturalem rei rationem nulla auctoritate commutari posse, l. 2. §. 1. D. de usufr. ear. rer. negare haud poteris, praetorem veterem usufructus substantiam immutare non potuisse, cum hoc ne quidem fenatui nec principi liceat. Quodsi enim ante praetoris edictum usufructus sine cautione constare potuit, clarissime apparet, hanc cautionem non esse plane necessariam nec ad usufructus essentiam pertinere.

§. XII.

4) per remissionem cautionis a lege nonnunquam concessam.

Cautionem usufructuariam a lege interdum remitti v. g. ei, qui proprietatem rei fructuariae aliquando se adepturum certo sperat l. 9. §. 2. usufr. quemadm. cau. et forsitan aliis, satis superque constat. Quomodo vero leges usufructuarium nonnunquam ab onere cauendi liberum pronunciare possent, si essentiam usufructus cautio ingrederetur? Quomodo rerum necessarias affectiones instituta humana immutare potuissent? Scis ad emtionis venditionis substantiam inter alia requiri mercem; an vero existimas legis dispositione posse effici, vt emtionis venditionis contractus, nulla interueniente merce, iniri queat? Ridiculum certe atque absurdum foret, talia putare. Quodsi igitur certum est, vt est certissimum, essentias rerum ne quidem a lege commutari, nec principem efficere posse, vt non idem videatur, idem sequitur, vt leges cautionem

tionem usufructuariam nunquam remittere potuissent, si haec cautio ad usufructus substantiam vlllo modo referri possit.

§. XIII.

5) per l. 4. C. d. usufr. 6) per l. 1. §. 2. D. usufr. quemadm. cau.

7) per Paul. rez. sent. L. III. T. 6. §. 27.

Licet iam ex nunc adductis clarissime pateat, cautionem ad veri usufructus substantiam nullo modo pertinere, iuuabit tamen, paucis adhuc legum argumentis, hancce propositionem firmare. Sic *lex 4. C. de usufr.* iubet iam constituto usufructu cautionem praestari. At constitutus certe dici non posset, nondum interposita cautione, nisi haec cautio et adesse et abesse posset, partes enim rei essentielles ad ipsam rei constitutionem omnino pertinere, nec rem absque iis ad perfectionem peruenire posse, ipsa substantialium natura, quam supra exposuimus, declarat. Porro *ULPIANVS* in l. 1. §. 2. D. usufr. quemad. cau. constituit, usufructuariam cautionem, ex quacunque etiam causa constitutus sit usufructus, ad cautionem legatorum seu fideicommissorum aptandam, huiusque exemplo praestandam esse. Iam vero dici haud potest, hanc ad legatorum fideicommissorumque substantiam pertinere. Haec bene animaduertat *PROCYLIANVS*, cum libello Alexandrum Imp. interrogaret: an non cautio, vt boni viri arbitrato, is, cui usufructus relictus est, vtatur fruatur, testamento remitti possit? cum heredem a cautionis onere liberare testatori permissum sit, l. fin. pr. D. vt legat. f. fideic. seru. causa cau. l. 2. et 4. C. vt in



poss. legat. At imperator legibus de Quasiusufructu disponentibus seductus, rescriptis eam remitti non posse, *l. 7. C. vt in poss. legat.* quod qua ratione fecerit, infra fufius erit dicendum. Vltimo tandem et quasi coronidis loco, tuum adhuc, PAVLE, adhibere liceat testimonium, dicis enim *Lib. III. tit. 6 § 27. Recept. Sent:* Cautio usufructuaria regulariter interponi solet. Ex tua igitur sententia, praestari solet, non vero debet, iam vero essentialia rei semper inesse debent, nec tantum solent.

§. XIV.

Dissentientium argumentorum refutatio.

Ne tamen quicumque in demonstratione hac omisisse videamur, restat adhuc quaedam ad dissentientium argumenta respondere. Prouocant vero hi ad *l. 13. pr. D. de usufr.* vbi usufructuario, antequam satisdederit, actio denegatur; prouocant ad *l. 24. D. de usu et usufr. legat.* vbi disponitur usufructuarium, ante praestitam cautionem, fructus suos facere non posse; prouocant tandem ad *l. 7. et vlt. D. usufr. quem adm. cau.* quibus proprietario permittitur, rem fructuariam ante praestitam cautionem vindicare. At his respondemus (omisso eo quod *l. 24. de usu et usufr. legat.* de quasi usufructu loquitur) haec omnia non ex eo prouenire, ac si, nondum praestita cautione, usufructus totam non habeat substantiam, quin potius ex aequitate fluere, quod usufructus nullum sortiatur effectum, priusquam proprietarius de proprietate securus sit, qui enim vult commodum usufructus, habere etiam debet cautionis incommodum, atque prospiciendum

dum est prius proprietario, ne in periculum amittendae rei veniat, cuius partes omnino fauorabiliores hic sunt, quam fructuarii, cum hic de lucro captando, ille vero de damno vitando agat. Nec hae leges alio de casu sunt accipiendae, nisi de eo, quo proprietarius quidem exegit cautionem, fructuarius vero nullam legitimam rationem, quare eam praestare non velit, allegare potest. Itaque, ut exemplo utamur, dici nequit, patri fructus e bonis filii aduentitii petenti, opponi posse, quod nondum satisdederit, habebit enim paratam replicam, cautionem sibi a lege esse remissam.

§. XV.

Contra vero ad Quasi usufructus essentiam cautionem pertinere docet 1) §. 2. l. de Usufr.

Haec de usufructu rerum non fungibilium; at in fungibilium rerum Quasi usufructu, longe aliter res se habet; hic enim contra communem fere doctorum sententiam, credimus, cautionem ad eius substantiam esse referendam, quod variis argumentis docebitur. Primum quidem legum auctoritate pugnandum erit. Occurrunt sane in corpore iuris innumerae leges, quibus haec nostra sententia mirum in modum firmatur. Primo quidem loco consideranda nobis venit §. 2. l. de usufr. Ibi enim imperator obseruat: omnium rerum dari usufructum, exceptis iis, quae ipso usu consumantur, pergit porro, *senatum utilitatis causa censuisse, posse etiam earum rerum usufructum constitui, ita tamen, ut eo nomine heredi utiliter caueatur.* Iam vero in antecedentibus, cum de vero usufructu loqueretur Iustinianus, nullam plane cautionis fecerat mentionem, uti supra iam obserua-



seruauimus, simulac vero ad quasi vsumfructum se conuertit, statim de cautione loquitur, et ita de cautione loquitur, vt dicat, senatum censuisse: posse quidem etiam in rebus fungibilibus constitui vsumfructum, ita tamen, vt eo nomine caueatur. Quodsi igitur quasi vsumfructus fungibilium rerum aliter, ac interueniente cautione, constitui non potest, sequitur vt cautio non possit non adesse i. e. vt sit pars quasi vsumfructus essentialis. Hinc et, quibusdam interiectis, haec imperator addidit verba: *senatus non fecit quidem earum rerum vsumfructum, (nec enim poterat) sed per cautionem quasvsumfructum constituit.* Constitutus itaque est quasi vsumfructus per cautionem, i. e. senatus effecit vt rerum fungibilium vsumfructus haberi possit, modo interueniat cautio, quae scilicet abesse non potest, cum haec ipsa eundem constituat, atque ita ad eius essentiam pertineat.

§. XVI.

2) *l. ii. D. de Vsufr. ear. rer.*

Audiamus etiam Vlpianum in *l. ii. D. de usufr. ear. rer.* Dicit is: *si lanae alicui legatus sit vsumfructus, nullus videtur vsumfructus in ea iure constitutus, sed ad Sctum erit descendendum, quod de cautione eius loquitur.* Nemo certe negabit Vlpianum hic cum de cautione loquitur, quasi vsumfructum subintellexisse, is enim Scto est introductus, *l. i. D. de usufr. ear. rer.* Vtitur igitur Ictus tropo satis noto, quem synecdochen vocant, cum partem pro toto sumit. At ab accidentali vel naturali rei parte duci non posse denominationem constat. Est itaque cautio pars quasi vsumfructus substantialis

stantialis, atque VLP IANVS censuit parum referre, siue cautionis siue quasi vsumfructus voce vteretur, maxime cum quasi vsumfructus absque cautione non existat.

§. XVII.

3) l. 6. D. vt in poss. legat.

Iam nobis liceat Iulianum euocare, qui in l. 6. D. vt in poss. leg. ita scribit: *si pecuniae vsumfructus legatus sit, sub clausula ne satisfidaretur, proprietatem non censeri legatam, sed legatario permittendum satisfidare, et vsumfructum pecuniae habere.* Clarissime ICTus hic ostendit, cautionem ad quasi vsumfructus substantiam pertinere. Bene enim perspexerat, pecuniae vsumfructum, remissa cautione, parum ab ipsa proprietate differre, cum quasi vsumfructuarius rei fructuariae sit dominus, l. 7. D. de vsumfr. ear. rer. atque de ea libere disponere possit. Sed cum et testatoris intentio sit inspicienda, is vero qui vsumfructum legat, non possit censeri proprietatem legasse, recte disponit lex, clausulam, ne satisfidaretur, esse reiiciendam, et quidem ideo, quia, testator non potest quasi vsumfructum constituere absque parte ipsius essentiali, h. e. non potest efficere vt idem non sit idem. At pergit ICTus permittendum esse legatario satisfidare et vsumfructum habere. Nonne hoc idem est, ac si dixisset: permittendum esse legatario vt satisfidet atque ita fiat quasi fructuarius? satisfidatio enim constituit quasi vsumfructum et est eius pars substantialis. Testator vero voluit, vt fieret quasi vsumfructuarius, quasi vsumfructus autem absque cautione non datur. Non potuit ergo retineri in omnibus testatoris dispositio,

C

cum



cum retenta clausula *ne satisdaretur*, testator idem et voluisset et noluisse.

§. XVIII.

4) l. 2. §. 1. D. de Vusufr.

Praeter has habemus in numerato alias iuris romani dispositiones, quae etsi non ita clare nostram sententiam quam argumenta superiora probent, tamen ad eandem magis magisque firmandam haud parum commodi adferunt. Harum in numerum refero l. 8. D. de usufr. ear. rer. l. 24. D. de Vusu et usufr. legat. l. 1. C. de usufr. Vnam saltem adhuc paucis attingere iuuabit, nimirum l. 2. §. 1. D. de usufr. vbi GAIUS ICTUS ait: *remedio introducto coepit quasi usufructus haberi.* Remedio inquit introductum esse quasi usufructum, hoc autem est, cautione. Nam remedium hoc loco cautionem denotare, patet ex L. 7 pr. et L. 79. §. 3. D. de condit. et demonstrat. Nonne autem his verbis ICTUS demonstrat, quasi usufructum per ipsam cautionem constitutum esse, atque, neglecta ea, integram eius non adesse substantiam? Etenim, introducto cautionis remedio, coepit quasi usufructus haberi, nec antea fuerat, sed per cautionem est constitutus, uti alio a nobis iam excitato loco obseruat Iustinianus Imp.

§. XIX.

Ipsa quoque usufructus natura docet cautionem ad quasi usufructus essentiam non posse non referri.

Iam vero etiamsi omni iure scripto destituti essemus, ipsa usufructus in vniuersum considerati natura nos doceret
ad

ad rerum fungibilium vsumfructum cautionem omnino requiri. Quid enim vsusfructus naturae magis conuenit, quam, vt salua maneat rei fructuariæ substantia? iam vero facile vides, rerum fungibilium in vsumfructum datarum, substantiam physice quidem atque naturaliter saluam manere haud posse. Qualis enim vsus eiusmodi rei fructuario remaneret, si ei facultatem rem commutandi, eandemue consumendi adimere velis? cum vsus earum rerum in ipsa mutatione consumptioneue consistat. Haec senatus animaduertens, cum efficere quidem non posset, vt in rerum fungibilium vsusfructu, substantia rerum physice salua maneret, voluit tamen vt eadem moraliter et, si ita dicere fas est, iuridice salua esset. Effecit itaque, vt, per cautionis remedium, quasi salua sit substantia, quae re vera perit, succurrendumque censuit proprietario, adhibita satisfactione, ita, vt hac ratione consumpta licet re, eadem tamen in effectu et ob interpositam cautionem salua conseruaretur. *NOODT de vsufr. lib. I. cap. 20. STRYCK Vj. Mod. lib. VII. tit. V. §. 1.*

§. XX.

Cautio solum differentiam inter quasi vsusfructum atque mutuum constituit.

Fac tandem vsusfructum rei fungibilis constitui, nulla interueniente cautione, qualis, quae so, inter eum atque mutuum supererit differentia? Inanis plane futura erat haec tam sapienter excogitata quasi vsusfructus notio. Sublata certe hac vna cautionis differentia nullam amplius subsistere certum est, vtrumque enim consistit in rebus fungibilibus, vtro-



que dominium transfertur, vtroque accipiens ad rem eiusdem generis et qualitatis restituendam sese obligat. Sunt quidem qui hanc sibi fingant vtriusque differentiam, quod quasi v^susfructus tantum per modum vltimae voluntatis possit constitui. Id autem nullis idoneis argumentis probari potest. Quid enim impedit, quo minus et per pactum inter viuos quasi v^susfructus possit constitui? Quod enim SCtum in *l. 1. D. de v^sufr. ear. rer.* adductum, de legato tantum loquatur, nihil ad rem facit, casum enim v^susfructus omnium honorum legati, huic SCto occasionem dedisse, atque senatum, vltimae voluntatis favore, vt ita disponeret, commotum esse, multi iam ante nos obseruarunt. Non vero ex eo sequitur, nullum rerum fungibilium v^sumfructum inter viuos constitui posse, maxime cum hoc nulla lege in toto corpore iuris prohibitum reperiatur. Nec adeo necessaria fuisset quasi v^susfructus introductio, si haec vna intercederet differentia, cum in iure nostro haud desint alia media quibus quis efficere possit, vt alter ad dies vitae v^sum rei fungibilis habeat. Etsi enim mutuum, tanquam contractus, vltima voluntate iniri haud potest, *l. 20. D. de verb sign.* potest tamen alicui mutuum vsque ad ipsius debitoris mortem vel naturalem vel ciuilem concedi, atque ita cum dies soluendi debiti, ante existentiam casus a contrahentibus definiti non cedit, heres vero ad facta promissae defuncti praestanda seruandaque teneatur, idem in effectu erit, ac si quasi v^susfructus remissa cautione, esset constitutus. Sic et testator heredi iniungere potest vt alii mutuum certae quantitatis det, et quidem addita hac conditione, vt duret hocce



hocce mutuum, quamdiu debitor viuit, vel capite non minuitur.

§. XXI.

Lex §. 1. D. de usufr. ear. rer. explicatur.

Vna lex §. 1. D. de usufr. ear. rer. huic nostrae sententiae aduersari videtur. Ibi enim VLP IANVS quaestionem proponit: an finito usufructu, vbi nulla interuenerit cautio, pecunia, quae data sit, condici possit? hic enim ICTUS loquitur de repetitione usufructus, vbi nulla interuenerat cautio, iam vero constat priuationem praesupponere habitum, nec posse videri defuisse habere, qui nunquam habuit. l. 208. D. de diu. reg. iuris. Verum enimvero, cum ex ante deductis clarissime pateat, cautionem ad quasi usufructus substantiam pertinere, sequitur VLP IANVM hic proprie non locutum. Casus enim est, quo quis rerum fungibilium alteri concesserat usufructum, nec tamen cautionem exegerat, eo ipso autem quasi usufructus, quem constituere intendebant, tacita eorum voluntate in mutuum degenerauit. Hinc ICTUS disquirat an finito eiusmodi usufructu h. e. finito mutuo, res condici possit, et concludit, eorum sibi non inargutam videri sententiam, qui dicant ipsam quantitatem posse condici. Quoniam vero quaestio proposita de usufructu, tacita partium voluntate in mutuum transmutato, agit, maxime naturale est, VLP IANVM hic improprie ac minus recte usufructus vocem retinuisse, quod quidem eo magis hic ei est condonandum, cum denominatio parum ad expediendam quaestionem faciat. Nec vnicum hoc verbum





ham, nos, ad sententiam nostram, firmissimis caeteroquin
argumentis nixam, mutandam mouebit, maxime cum nec
veteres iureconsultos ab omni errore plane immunes fuisse
credamus, nec Deos putemus, errare nescios, quos ipse
Deus homines nasci voluit. Labi enim potuisse, imo er-
raste etiam veteres iuris conditores, ipsius **VLPIANI** no-
stri exemplo alia occasione ostendit Dominus **PRAE-
SES** in epistola ad fratrem de mirabili *Vlpiani impostura*.

§. XXII.

Galvanum teste nostras tenere partes ostenditur.

Firma igitur nostra manebit sententia, maximos licet
hic habeamus **ICTOS** aduersarios, maximumque inter eos fe-
re **GALVANVM**, qui capite *XIX. n. 13. Tractatus de usufru-
ctu*, ideo etiam cautionem ad quasi usufructus non essen-
tialia, sed naturalia tantum esse referendam contendit, quod
quasi usufructus veri imitetur naturam, cum ad eius simili-
tudinem fit introductus. Attamen, cum et ipse **GALVA-
NVS** paulo ante *n. 17.* hanc imitationem in his tantummodo
admittat, in quibus verus et quasi usufructus non habeant
naturas contrarias, sequitur imitationem hanc, hic omnino
exulare debere. A nobis enim supra iam est demonstratum
in eo quasi usufructum a vero apprimè differre, quod in
illo, neglecta cautione, ne quidem moraliter salva manere
possit rei fructuariae substantia, bene tamen in hoc. Atta-
men quamuis Galvanus mascule suam defendat sententiam,
atque in elidendis legibus, sibi contrariis, mirum in mo-
dum sese torqueat, tamen et ipse tandem, euidencia rei mo-
tuit

tus

tus, magis magisque ad nostram deuenire videtur sententiam. Sic enim *num. 14.* ipse fatetur *cautionem in quasi usufructu, licet non sit substantialis, tamen maxime esse naturalem h. e. magis quam sit cautio in vero usufructu.* Et paulo post ait, *maxime necessariam esse cautionem quasi usufructuariam ad constituendum et obfirmandum quasi usufructum.* Vides igitur doctissimum virum, se fere inficio ac sibi reluctante, ad nostram tandem accedere sententiam. Ipse enim affirmat ad constituendum quasi usufructum maxime necessariam esse cautionis interpositionem. Quanam vero alia GALVANI verborum vis est, quam ea, vt dixerit absque cautione quasi usufructum plane constitui non posse? Quodcunque enim ita necessarium est, vt, eo omisso, res constitui non possit, id omnino ad eius essentiam referendum.

§. XXIII.

Ratio inuestigatur quare veteres Icti cautionis usufructuariae remissionem testatore factam irritam declarauerint.

Iam vero cum demonstratum sit, cautionem ad quasi usufructus essentiam substantiamque requiri, statim ratio se ipsam, prodit, quare Romanae leges eius remissionem testamento factam, si de quasi usufructu sermo sit, irritam declarauerint. Tanta enim vltimis hominum voluntatibus non est tribuenda vis, vt leges et ipsas rerum essentias possint immutare. Hinc recte IULIANVS in *l. 6. D. vt in poss. legat.* nec non SEVERVS et ANTONIVS imperatores in *l. 1. C. de usufr.* disponunt: satisfactionem a quasi usufructuario



rio esse praestandam, etiam si ei a testatore sit remissa. Clara sunt iam laudata a nobis IULIANI ICI verba, sed clarior adhuc imperatorum constitutio. Hi enim clarissime disponunt: *si ususfructus omnium bonorum, testamento uxoris marito est relictus, quamvis cautionem a te prohibuerit exigi, tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam petere poteris, quam oblata secundum formam senatusconsulti cautione.* Hic enim Augusti expresse sanciunt, pecuniae usufructum aliter non dari, quam oblata cautione. Vides igitur testatoris voluntatem in eo quidem feruari posse, quod cautio veri usufructus remissa non exigatur, quasi usufructuariae cautionis remissionem vero plane irritam esse declarandam. Quare autem ut in vero, ita et in quasi usufructu remissio haec sustineri non possit, nisi haec esset ratio, quod in hoc, ut salua rei fructuariae substantia sit, ad essentialia, in illo vero ad naturalia tantum referri debeat cautio? In eo enim imperatorum haec constitutio nostrae etiam fauere videtur sententiae, quod dicit, secundum senatusconsulti formam cautionem a quasi usufructuario esse exigendam, notum enim est illud pragmaticorum: forma dat esse rei.

§. XXIV.

Ratio, quod per remissionem cautionis usufructuarius ad delinquendum inuictus, tanquam ridicula exploditur.

Iam vero ponderatis omnibus iis, quae supra proposuimus, facile quisque nobiscum consentiet, vnicam eamque praecipuam rationem, quae Romanarum legum latores
com-

commouere potuerit, vt constituerent, cautionem hanc a
 testatore remitti non posse, in eo positam esse, quod cautio
 ad quasi vsusfructus essentiam propterea, quod sine hac rei
 fructuariae substantia salua non erat, requiratur. Neque quis-
 quam negabit, eandem rationem in vero vsufructu exulare.
 Hinc cautionem remittendi facultatem testatori in vero vsu-
 fructu denegare, nobis omni plane ratione videtur destitu-
 tum. Quam enim Doctores sibi fingunt rationem, quod,
 admissa hac remissione, vsufructuarius ad delinquendum in
 re aliena inuitetur, eam ridiculam et fere absurdam censemus.
 Nonne enim vsufructuarius, si re in vsufructum data abu-
 tatur, eamque vel deteriorem sua culpa reddat vel plane tol-
 lat, ad damnum resarciendum, obligatur? Nonne ipsae le-
 ges interdum cautionem remittunt? Quod si fiat, dicere non
 audebis, leges quemquam ad delinquendum inuitare. Quo-
 modo vero leges patri remisissent cautionem in peculio ad-
 uentitio liberorum suorum, si eum ideo ad delinquendum
 inuitari credidissent, cum plerumque liberi, excepto pecu-
 lio hoc aduentitio plane nihil in bonis habere soleant. An
 putas, ipsas leges patri occasionem praebuisse, liberorum
 bona inuadendi, eosque ad summam egestatem redigendi?
 has, inquam, leges, quae alibi ipsae agnoscunt, maxime
 reipublicae interesse, ne egestas inducatur. *l. 12. §. 2. D. de
 tutor. et curat.* Quid quod neque debitori neque commoda-
 tario cautionis praestatio iniungitur, cum tamen aequae ac
 vsufructuarius re aliena vtantur. Nemo vero vnquam dixit,
 eos, cum non praestent cautionem, ad delinquendum, in
 re ipsorum fidei commissa, inuitari.

D

§. XXV.



Remissionem cautionis in vero usufructu testatori permittendam esset, docet sana ratio et iuris analogia.

Patet igitur nullam plane adduci posse solidam rationem, quare cautionis usufructuariae remissio testatori in vero usufructu prohiberi debeat. Nunc vero videndum est, an non et ipsa sana ratio, et iuris romani analogia, nos doceat, eandem testatoris remissionem, omnino valere debere? Leges certis quibusdam personis cautionis usufructuariae remittunt onus, testatori vero nonne et eadem est tribuenda potestas, cum eius voluntas sit lex, *Nov. 22 § dispona l. 120. D. de verbor. signif.* et pro lege seruetur, nisi legibus aut bonis moribus aduersetur. *l. 55 et l. 112 D. de legat. 1.* Cautionem usufructuariam ad fideicommissariam esse aptandam, atque legatorum cautionis exemplo esse praestandam claris verbis in *l. 1 §. 2. D. usufruct. quemadm. cau.* nos docet **ULPIANVS**, idemque a nobis supra iamiam est obseruatum; legatorum vero et fideicommissorum cautionem a testatore liberrime remitti posse, videre licet ex *l. 2. l. 4 et l. pen. C. ut in poss. legat.* Quare vero usufructuariae cautionis remissio non valeat, cum nulla hic differentiae ratio occurrat? Ipsam denique proprietatem legari posse, non ambigitur; quare vero non liceat usufructum rei non fungibilis, remissa cautione, legare, cum plus certe sit in proprietate, quam in usufructu etiamsi nulla interueniat satisfactio? An vero ei, cui id quod plus est licet, id quod minus est non liceat? *l. 21. D. de diuers. reg. iur.* Etsi enim nos non fugit, hanc iuris regulam in omnibus non obtinere locum, uti v. c. ostendere



dere licet exemplo mariti, qui fundum dotalem consentiente muliere, iure anteiustiniano *) quidem alienare, non vero oppignorare poterat, tamen non videmus, quare eam hic in usum nostrum conuertere non debeamus, maxime cum aliis sat claris argumentis nostram firmauerimus sententiam. Nonne vero ita etiam argumentari liceat? Si in testatoris potestate est constitutum naturalia ususfructus remittere, potest etiam cautionem remittere, cum haec ad ususfructus veri naturalia sit referenda. Quid vero magis naturale est in ususfructu, quam eum morte fructuarii finire? *l. 26. pr. C. et l. 3. §. ult. D. de usufr.* attamen eum interdum etiam testatoris voluntate ad fructuarii heredes transire posse constat, per *l. 14. C. de usufructu et l. 38. §. 12. D. de verb. Oblig.*

*) Iustinianus enim in *pr. quib. alien. lic. et Nou. 61. c. 1. §. 1. et 2.* constituit fundum dotalem, ne quidem consentiente muliere, alienari posse. add. *l. vn. §. 15. C. de rei vx. act.*

§. XXVI.

Iustiori huic sententiae aduersatur tamen l. 7. C. de in poss. legat.

Itaque vides, nihil iustius, nihil aequius, nihil reliquo iuri magis consentaneum esse, quam, ut testatori liberam potestatem, tam cum, quam sine, cautionis onere, ususfructum relinquendi, tribuamus. Haec optime consideraerunt antiquiores iuris romani conditores, hinc nullus, neque in Institutionibus neque in Digestis, extat locus, in quo haec cautionis remissio in vero ususfructu testatori sit in-



terdicta. Expresse tamen eam permittere opus esse, eo minus crediderunt, quo minus sibi persuadere poterant, de re tam clara iurique tam conueniente dubium oriri posse. Et eorum certe hodiernum sequeremur sententiam, nisi ALEXANDER imp. nouum hac in re, omnique ratione destitutum nobis introduxisset ius. Is enim vim legum priorum de remissione cautionis quasi usufructuariae testamento facta haud perspiciens, in *lege 7. C. vt in poss. legat.* constituit, cautionem, vt boni viri arbitratu vtatur fruatur is, cui usufructus relictus est, minime testamento remitti posse, his verbis: *Scire debetis fideicommissi quidem et legati satisfactionem remitti posse Diuum Marcum et Diuum Commodum constituisse. Vt autem boni viri arbitratu is, cui usufructus relictus est, vtatur fruatur, minime satisfactionem remitti testamento posse.* Clara sunt huius Alexandrinae constitutionis verba, nec de quasi usufructu intelligenda, cum quasi usufructuarius non caueat se boni viri arbitratu usurum fruiturum esse, sed potius, ferem finito quasi usufructu esse restitutum. Videmus etiam hanc constitutionem libro XLIV. Tit. 31. βασιλικῶν iisdem fere verbis insertam esse. Haec nisi esset lex, certe cum A. FABRO *ad l. 13. pr. D. de usufr.* crederemus, de iure ciuili cautionem in quasi usufructu saltem a testatore non posse remitti. Durum enim atque iniquum videtur, patrifamilias, cui leges duodecim tabularum liberrimam de re sua disponendi concesserunt potestatem, cautionis huius usufructuariae remissionem denegare. Nihilo tamen fecius vti in aliis, ita et in hoc, expressae legislatoris voluntati est feruendum, cum Iurisconsulti officium non in abrogandis mutan-

mutandis legibus, sed potius in interpretandis et conferendis versetur.

§. XXVII.

Sententia eorum, qui cautionem saltem ratione primi membri testamento remitti non posse credunt, admittenda non est.

Attamen negari non potest ALEXANDRUM imperatorem, quod talia contra regulas iuris antiqui constituerit, merito reprehendendum videri, eumque haud facile veteris iuris ignorantiae suspicionem effugere. Plerique iam ante nos Doctores, in invenienda aliqua Alexandrinae huius constitutionis solida ratione frustra allaborarunt. Quam enim in eo inuenisse sibi visi sunt, quod per remissionem hanc usufructuarius ad delinquendum in re aliena inuitaretur, eam supra iam satis superque explorimus. Alii hanc legem ita optime explicari posse crediderunt, si dicerent, cautionem ratione primi membri saltem a testatore remitti non posse. HOPPIVS ad pr. I. de *Vsufuctu.* STRYCK in *Vsu Moderno Lib. VII. Tit. IX. §. ult.* Cuius quidem sententiae, hanc rationem adferunt, quod in dicta l. 7. cautionis *de re boni viri arbitrata* utenda saltem mentio fiat, altera vero cautionis usufructuariae clausula, *de eo quod finito vsufuctu extiterit restituendo*, plane sit omissa. Verum enimvero, cum haec lex Codicis, rescriptum ALEXANDRI ad libellum PROCVLIANI contineat, imperator priora tantum cautionis verba compendii causa adduxisse videtur, nec inusitatum hoc fuisse colligi potest ex l. *ult. D. Vsufuct. quemadm. cau. l. 13. D. de Vsuf. l. 4. C. cod.* NOODT. de *Vsuf. lib. 1. cap. 19.* Caeterum



nulla ratio apparet, quare altera potius, quam prior cautio-
 nis clausula remitti a testatore possit? Maior enim adhuc
 utilitas videtur posterioris cautionis clausulae, cum per eam
 proprietarius securus reddatur, rem finito usufructu ad se
 peruenturam esse, priori vero membro ei saltem caueatur,
 usufructuarium rem deteriore non esse redditurum. Ete-
 nim parum eius interesset, si vel maxime caueret usufructua-
 rius; *se boni arbitratu usurum fruiturum esse*, nisi simul de
 re quandoque recipienda securus esse possit. Praestat enim
 rem, licet paululum deterioratam, habere, quam plane non
 habere.

§. XXVIII.

Optandum esset ut principi placeret hanc legem abrogare.

Itaque cum haec ALEXANDRI Imp. constitutio vix
 vlla ratione defendi possit, nihil superest, quam ut fatea-
 mur, cum ignorantia legum superiorum, neque harum vi
 et potestate satis perspecta, errasse. Nam quod veteres de
 solo quasi usufructu sanxerant, id inepte de omni usufructu,
 adeoque etiam de vero, iustum putavit. Et cum ipse ille
 error, per receptionem iuris Romani, apud nos vim le-
 gis sit consecutus, rationem huius legis inquirentibus,
 haec vna nobis remanet responsio, legislatoris hic volun-
 tatem pro ratione stare, nec omnium, quae a maioribus con-
 stituta sunt, rationem reddi posse. *l. 20. D. de legibus.* In
 legislatoris enim arbitrio positum erat, quaecumque ipsi
 placerent, nobis praecipere, *l. 1. pr. D. de Const. princ.* nec
 quicquam in tota hac re priuato reliquum est, quam dura
 illa

illa obsequii gloria. Attamen, cum legum Romanarum
 aequitas tam constans atque perpetua haud sit, quin con-
 traria auctoritate immutari queat, atque inter omnes con-
 flet, inter principum Imperii eminentiora iura, id infimo
 non esse ponendum loco, quod et novas leges ferre et
 pristinas antiquare possint, maxime esset optandum, vt
 tandem, posita nunc in lucem Alexandrinae huius consti-
 tutionis iniustitia atque iniquitate, princeps hanc Codicis
 legem abrogare, atque ius, quo nunc utimur, hac in parte,
 ad pristinam suam puritatem integritatemque reducere ve-
 lit. Ita enim antiquum illud et primis iam reipublicae ro-
 manae temporibus natum iuris effatum: Paterfamilias vt
 legasset, ita ius esto, mirabili certe ALEXANDRI Imp.
 impostura, iurisque, quo tunc utebantur, ignorantia ma-
 ximopere labefactatum, pristinae integritati restituet. Ita
 denique legum corpus, cuius membra in reliquis fere omni-
 bus, optimo artificio cohaerere videntur, et in hac parte
 vtili remedio sanabitur.

§. XXIX.

*In Gallia cautio usufructuaria testamento remitti potest, atque eodem iure
 utantur etiam Antwerpenses.*

Tandem ad exterarum etiam gentium exempla, in de-
 monstranda huius legis iniustitia atque iniquitate prouo-
 care liceat. Etsi enim nos non fugit, nullam plane exem-
 plis probandi vim inesse, tamen cum probe intelligamus,
 maximi animi viros, aliorum exemplis excitatos, melio-

ra



ra adhuc clarioraque peragendi cupidine inflammari, nulli sane dubitamus Germanos etiam nostros, vicinorum populorum exemplo, ad legum iniquarum emendationem perducere posse. Iam vero ingenue fatendum est, Gallos in ea, de qua nobis sermo est, iuris parte, aequiore longe iustioreque iure, ac nos uti. Testatur sane GROENEWEGEN *ad l. 4. C. de Vsufr.* testatori liberrimam usufructuariam cautionem remittendi facultatem in Galliae regionibus tribui, huiusque rei testem producit MORNACIVM. Attamen in eo Gallorum etiam legumlatores a vero iuris romani sensu aberrasse videntur, quod omnem usufructuariae cautionis remissionem, a testatore factam, validam declarauerint, nulla differentiae habita ratione, quae inter rerum fungibilium et non fungibilium usufructum occurrit. Eo ipso enim Galli effecerunt, ut quod apud Romanos ad quasi usufructus essentiam pertinisset, apud eos ad eiusdem naturalia tantum sit referendum, nec aliud hoc est ac si dicas, eos quasi usufructus essentiam penitus sustulisse, adeoque nouum introduxisse negotium, cuius natura parum a mutuo distare videtur. Bono an malo consilio hoc fecerint? nostrum hic non est disquirere, vnum saltem addimus: res, nulla urgente necessitate, non esse multiplicandas.

Nec vna gallica gens hoc utitur iure, nam et apud Antwerpenses patribusfamilias libere de re sua disponendi facultas est, nec metuunt illi remissionem cautionis usufructuariae testamento factam, inuolidam declaratum iri quemadmodum SCHILTER *exerc. 17. §. pen.* attestatur.

§. XXX.



§. de XXX.

Quare pater neque filii de bonis eorum aduentitiis, nec maritus uxori de paraphernalibus caueat?

Dixerit aliquis: si cautio usufructuaria ita secundum naturam usufructui rerum fungibilium inest, ut remitti non possit, sique, ut demonstrasti, ad eius essentiam pertinet, qui sit, ut pater liberis de aduentitiis non caueat, quorum usufructum habet, cum tamen huic rerum vniuersitati res etiam fungibiles insint; porro quomodo euenit, ut nec maritus, rerum paraphernalium usufructuarius, caueat uxori, licet omnia paraphernalia, aut saltim magna horum pars, ut plurimum in pecunia numerata consistant? Talia vero iactitanti ita in promptu erit responsio: Leges liberis propter peculia aduentitia materna et materni generis, pignus tacitum in bonis patris tribuere, *l. 6. §. 4. C. de bon. quae lib. l. 8. §. 3 et 4. C. de secund. nupt.* LEYSER *Med. ad ff. spec. 226 Med. 4 seqq.* Iam vero, cum ex supra adductis constet fideiussoriam cautionem non expresse ab usufructuario exigi, cum potius certum sit pignoratitiam etiam admittendam esse, patet liberis tacita illa hypotheca satis prospectum esse, nec ullam aliam fideiussoriam cautionem eos exigere posse, ne pater bis eandem securitatem iis praestare teneatur. At quid de reliquis aduentitiis, a matre non profectis, dicendum? Etiam si enim horum usufructus patri quoque competat, nulla tamen ideo ab eo exigi potest cautio. Hic vero existimamus patri, propter reuerentiam his in bonis, quae rarius euenire solent, a IUSTINIANO

E
Imp.



Imp. in l. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. remissam esse cautionem. Nec adeo hanc iustinianeam probamus constitutionem, vt non potius credamus, imperatorem hic a vero iuris antiquioris sensu aberrasse, Sed multa sunt singularia ob paternam reuerentiam introducta. Sic nemo ignorat dolum omnes contractus bonae fidei vitare et nullos reddere, nihilo tamen minus, ob parentum dolum frustra restitutionem in integrum petunt. l. 2. C. qui et aduers. quos restit. Liceat itaque hanc patris immunitatem ab onere cautionis, tanquam singulare quid et παραδοξον retinere, maxime cum haud rara in materia iuris Romani de seruitutibus occurrant παραδοξα, vt videre licet apud LEYSERVM in Med. ad D. sp. 107 Med. 1. Negari tamen haud potest, hac ratione, veram romani quasi vsusfructus notionem paululum immiui, atque irregularem quandam effici quasi vsusfructus speciem.

Quod vero ad bona paraphernalia attinet, horum nullus vsusfructus iure Romano ad maritum pertinet, quem enim habet, is iure saltem Germanico ei competit, adeoque regulae iuris Quiritium hic omnem vim suam perdunt. Iure autem Germanico maritus tutor vxoris legitimus est, ihr ehelicher Vormund, quoniam veto omnes tutelae quondam fructuariae fuerunt, hinc euenit vt nostris moribus demum maritus vsufructuarius factus sit. Etenim de Germanico vsufructu notandum est, eum pinguiorem praestantioremque esse vsufructu romano, imo propemodum in dominium degenerare. Conf. Domini PRAESIDIS Academische Reden über Mafcoui Ius Feud. Dominum vero ne quidem secundum

cundum iuris Romani regulas satisfare, exemplo ipsius mariti probari potest, cui nulla dotis nomine, cuius dominus putatur, satisfandi necessitas imposita est. Haec vera et genuina ratio est, quare maritus de paraphernalium usufructu *Germanico* non caueat, nec adslipulamur STRYKIO, qui in *Vsu Moderno Lib. 7. tit. 5. §. 3.* cautionem a marito exigendam esse contendit.

§. XXXI.

Pactum quo quis alteri rei fungibilis usum absque cautione concedit, valet tanquam mutuum, non vero tanquam quasi usufructus.

Neque quisquam nobis obiiciet, nos, tum cautionem ad quasi usufructus essentiam referamus, ipsi pro pignore, facultatem eandem remittendi adimere, cum tamen constet, cuilibet liberum esse fauori pro se introducto renunciare. *l. 41. D. de minor. 25 an. l. pen. C. de pact. Nou. 136 c. 1.* Sciat vero, qui haec nobis obitare credit, nos negotii, quo quis alteri usum rei fungibilis ad dies vitae vel naturalis vel civilis, absque omni cautione concedit, validitatem minime in dubium vocare. Probe enim intelligimus, omnia esse seruanda pacta, modo honestati sint conuenientia. Hoc saltem contendimus tale negotium non esse quasi usufructum. Neque tamen ideo eiusmodi pactum, in mutuum certe degenerans, infirmandum esse putamus, si vel maxime contrahentes usufructus vocabulo usi sint, denominatio enim huiusmodi falsa non nocebit, dummodo de partium voluntate certi simus, valebit potius tale negotium, quomocunque valere poterit, h. e. valebit atque su-



stinebitur tanquam mutuum, non vero tanquam quasi
 vsufructus.

§. XXXII.

Concluso.

Haec sunt, quae pro instituti ratione dicenda erant.
 Nunc vero cum mihi satis iam beneuoli lectoris patien-
 tiam exercuisse videar, nihil restat, quam vt, quod initio
 rogauī, boni atque aequi mihi adsint censores. Tantum
 enim mihi non tribuo, vt me in nullo penitus errasse
 existimem. Vt igitur aequi rerum aestimatores, quae-
 dam iuuentuti meae vsu legendi iudicandique nondum sa-
 tis exercitatae condonare velint, etiam atque etiam rogo.



DO-

DOCTISSIMO HVIVS DISPVTATIONIS

A V C T O R I

S. P. D.

P R A E S E S.

Hoc ipso tempore, quo de mutandis legibus et nouo codice faciendo Saxonia cogitat, non intempestiue videris, NOBILISSIME FIZEAUX, aequitatem legum Romanarum, Remissionem cautionis usufructuariae testatori deneantium, in dubitationem adduxisse. Itaque mihi eo magis placuerunt, quae de ea re salutariter proposuisti. Nihil in his delere, nihil addere, negotiis undique circumuallatus potui nec, si potuissem, opus erat. Adeo omnia ad un-

quem elaboraueras. Rarum profecto, ex Franco Gallorum,
qui sedes in hac vrbe suas posuerunt, colonia quemquam litte-
ris operam dare; rarior, qui iurisprudentiae se consecrare ve-
lit; sed tales in litteris progressus quemquam ex nostris Fran-
cis, quam Tu VIR NOBILISSIME fecisse, hoc plane
inauditum, hoc futuris credo seculis vix iterum continget.
Nam Tuum nomen, ob singularem eruditionem pleno ore lit-
teratis commendare possum. Incertum cui maiorem inde glo-
riam pepereris, Lipsiae an Goettingae? Nam in utraque
schola Te saturasti optimis rerum forensium disciplinis.
Iam fere inuitus Te desino laudare. Vale, RESPON-
DENS DOCTISSIME, atque si, quod facere studeo,
fide immobili et intemerata amicitia aliquando bene de Tuis
studiis merebor, age vicissim aequa proportione beneuole mihi
et peramanter faueas.



AVCTORI
HVIUS DISPUTATIONIS DOCTISSIMO

S. D.

CHRISTIANVS SCHMIDELIVS

OPPONENS.

Quod Tu, per opportunitatem huius disputationis, demandata mihi dissentientis prouincia, quem socium studiorum et commilitonem habuisti, spectatorem me nunc laudis Tuae, et quasi socium esse cupis, id quidem, uti est certissimum voluntatis Tuae erga me indicium, ita mihi iucundissimam opportunissimamque praebet occasionem, Tibi et gratulandi specimen diligentiae et doctrinae, quam, edito hoc libello, in lucem aspectumque protulisti, et pro felici studiorum Tuorum euentu vota facienti.

di. Ea vero, rogo, ut non tam ex urbanitate quadam verborum, et tralatitio honoris habendi genere, quam ex amicitiae sensu iudices. Perspectum enim habes, nostram amicitiam, quippe in academia Göttingensi, cuius me alumnium aliquando fuisse non sine magna laetitia recordor, contractam studiorumque communium caritate nutritam, plane esse ex eo genere, ut non possit non alter in societatem eorum venire, quae alteri laeta atque ex sententia ceciderint. Itaque paucis, quae ex hoc veluti fonte profecta, ego Tibi hic nuncupo, vota accipe: Macte esto virtute Tua, et animi dotibus, et doctrina, et, quae strenuos litterarum cultores certissime manent, diligentia. praemia propediem accipe. Ego vero rebus Tuis secundis ita omni tempore gaudebo, uti Tibi amicitiam meam probari semper cupiam. Vale.



Leipzig, Diss., 1764

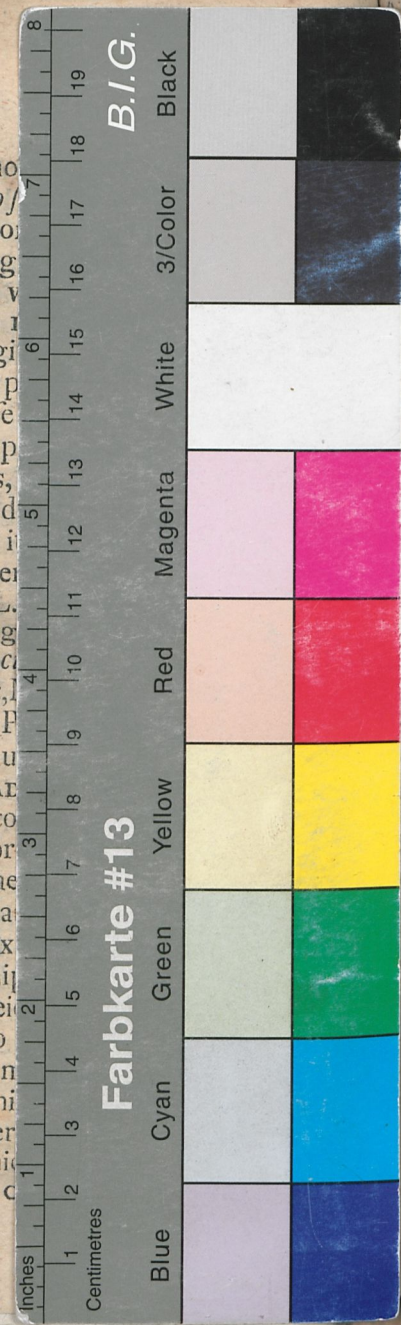


f
TA 30L

nur 31. Stück bisher verknüpft

VD 18





40.

1764, 26.

DISSERTATIO IVRIDICA
DE
INIQVITATE LEGVM
ROMANARVM
REMISSIONEM CAVTIONIS VSVFRVCTVARIAE
TESTATORI DENEGANTIVM.
QVAM
ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM ORDINIS
AVCTORITATE
D. XII. APRILIS MDCCCLXIV.
PRAESIDE
CAROLO FERDINANDO
HOMMELIO
FACVLTATIS IVRIDICAE ORDINARIO ET ACADEMIAE
LIPSIENSIS H. T. RECTORE
H. L. Q. C.
DEFENDET
AVCTOR ATQVE RESPONDENS
DAVIDES FIZEAUX
LIPSIENSIS.

LIPSIAE
EX OFFICINA LANGENHEMIA.

