

DISSERTATIONEM IVRIDICAM TERTIAM
 OVA DEMONSTRATVR
**CAUTIONEM VSV-
 FRVCTVARIAM**
 NEC VERI NEC QVASI VSVSFRVCTVS
 SVBSTANTIAM INGREDI SED SOLVM NATVRALE
 EXTERNVM ATTRIBVTVM ESSE

ANNVENTE CLEMENTER DIVINO NVMINE
 AVCTORITATE ET IVSSV
 RECTORIS MAGNIFICENTISSIMI
 SERENISSIMI ET CELSISSIMI PRINCIPIS
 AC DOMINI
DOMINI
GVILIELMI V.
 AVRIACI ET NASSAVICI PRINCIPIS
 RELIQ.

PRAESIDE
WOLRADO BURCHARDI
 I. V. L. ET PROF. P. O.
 FACVLT. IVRID. H. T. DECANO
 DIE VIII. MARTII. A. R. S. cl. Is cc LVIII.
 H. L. Q. S.
 PVBLICAE COMMILITONVM DISQVISIONI
 EXHIBEBIT
PHILIPPVS CHRISTIANVS IECKELN
 HERBORNA-NASSAVICVS.

HERBORNAE,
 LITTERIS REGELINIANIS.

CAUTIONEM VSV
FRUCTUARIAM

GALLIEM V.
WOLRADO BARCHARDI

LETTERIS REVERENDISS.





DISSERTATIO IVRIDICA TERTIA.
DE
CAVTIONE VSVFRVCTVARIA
RELIQVA.

CAPVT III.

NVM QVASIVSVFRVCTVS SVB
STANTIAM ATTINGAT CAVTIO?

§. XXIX.

Q Vum in praecedente cap. II demonstratum fuerit, v-
sufufruariam cautionem ad essentiam veri vfu-
fructus minime requiri; sed naturale attributum
esse: iam de quasiusufructu idem sumus ostensuri
hoc III capite, ac postrema dissertationis huius
parte. Id saltem in limine adhuc tribus monere
licebit verbis, de cautione quasiusufructuaria seu civili pe-
culiarem Disputationem publici fecisse iuris IOANNEM
REBHAN, Argentorati anno 1659.

Argu-
mentum
huius ca-
pituli.

§. XXX.

Romani in explicandis negotiis acuti nimis et subtri-
les vsumfructum ad solas res non fungibiles, i. e. quae
vfu non consumuntur, restringere haud dubitarunt; ita
vt, nec naturali nec civili ratione fungibilium rerum v-
sumfructum consistere posse, defenderent, §. 2 I. de v-
sumfructu. Naturalem rationem non quidem deriuabant
ex iure naturae; nec ex legum civilium dispositione:

Cur Ro-
mani non
permite-
runt vsum-
fructum
in rebus
fungibili-
bus?

E

sed

sed ex ipsa rerum fungibilium et usufructus natura seu qualitate. Huic scilicet abutsum, sine quo rerum fungibilium nulla concipi utilitas potest, e diametro aiebant oppositum: remque adeo ipsam exigere, ut salua rei substantia seruarietur. Porro *ciuili* etiam *ratione* eiusmodi prohiberi usufructum ideo credebant Romani: quod leges ciuiles, dum iure dominii quisque de re sua disponere fructusque sibi seruare queat, expresse innuerent, seruitutem in re propria absonam esse; nec tamen, cum nemo nisi dominus rem consumere illaque abuti possit, *arg. L. 2 §. 2, et L. 16 D. de rebus creditis, §. 2 l. quibus alienare licet vel non*, fungibilium rerum usufructum cum effectu constitui posse, nisi dominium in usufructuarium transferatur, *L. 7 D. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur*. Quae quidem notiones usufructui prorsus repugnant. Confer. HVBERTVS GIPHANIVS in *Commentario ad §. 2 l. de usufructu p. 134.*

§. XXXI.

Qua ratione introductus fuit quasi usufructus?

Quum tamen maximus legatorum apud Romanos esset fauor; et Reipublicae interesse videretur, ut vltimae defunctorum voluntates exitum fortirentur: de non inepto, usufructum rerum fungibilium vltimo testatoris iudicio relictum inuehendi, medio cogitarunt. Historiam dat VLPIANVS in *fragmentis tit. XXIV §. 26 et 27*, apud ANTONIVM SCHVLTINGIVM in *Iurisprudencia veteri ante Iustinianea p. 698*. *Utilitatis enim causa*, prouti verba *§. 2 l. de usufructu* exhibent, h. e., pro conseruandis vltimis voluntatibus, *Senatum* introduxisse, ut earum quoque rerum, quae usu consumuntur, usufructus valide queat constitui. Nec verba omnia, nec diem aut Consullem huius Scti, cuius frequens in *L. 1, L. 2, L. 5, L. 8, L. 11 D. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur, L. 24 D. de usu et usufructu, vet. legatis, L. vlt. D. usufructuarium quemadmodum caueat, L. 1 C. de usufructu*, et alibi occurrat mentio, nobis fata concesserunt; quantum autem ex aetate ICORUM, NERVAE, CASSII, PROCULI ET

MAS-

MASSVRII SABINI in *L. 3 et L. 5 §. 1 D. vsumfructu earum rerum, quae usu consumuntur* nominatorum, qui scriptis suis atque interpretationibus hoc illustrarunt SCtum, coniciere licet, AVGVSTI vel TIBERII Imperatorum acuum spirare videtur, cum CICERONI nondum innotuerit. Nam hic in suis *Topicis cap. III* dicit: *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum vsumfructum legaverit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere. Vfus enim; non abusus relictus est.* Hinc ipsi rerum fungibilium vsumfructus necdum fuit cognitus, sed actate exitit posterior, SCHVLTING. *l. c. p. 658.* Conditio, siue causa sine qua non, erat cautio proprietatis domino a quasiusufructuario praestanda. Iccirco in §. 2 *l. de vsumfructu* expresse adiicitur, *ut eo nomine heredi utiliter caueatur*; et in fine §. citati, *per cautionem quasiusufructum constituit.*

§. XXXII.

Dubitat equidem GALVANVS in suis Disputationibus *de vsumfructu cap. III n. 3 p. 15 seq.*, num Senatus Romanus quasiusufructum expresse introduxerit, adeoque eius auctor fuerit, nec ne? Ansam sumit ex *L. 2 D. de vsumfructu earum rerum quae usu consumuntur*, et quae exinde petita est, §. 2 *l. de vsumfructu*; vbi expresse legitur: *SCto non fuisse effectum, ut pecuniae vsumfructus proprie esset; Senatam enim non potuisse mutare naturalem rationem vsumfructus, adeoque nec facere rerum fungibilium vsumfructum: sed REMEDIO INTRODVCTO quasiusufructum haberi coepisse.* Hinc argumentatur GALVANVS: quoniam Senatus non potuit efficere vsumfructum rerum fungibilium: nec quasiusufructus Senatui Romano adscribi potest, sed alio accedente remedio hic fuit introductus. Cuius remedii explicationem sequenti dedit modo: *Senatum Romanum, utpote qui, tanquam legum minister, directe contra leges ciuiles et substantiam vsumfructus agere non potuerit, obliqua vsum fuisse via, disponendo in generali decreto: ut omnium rerum, quae in patrimonio*

Galvani
erroneo o-
pinio.

constant, legato relinqui queat *vsufructus*; quae verba fere eadem leguntur in *L. 1. D. de vsufructu earum rerum, quae vsu consumuntur*. Ex hisce autem amplioris sensus Senatus Romani iussis pergit GALVANVS, ICROS, qui prificas iuris ciuilibus subtilitates maxime curabant, mediante benigna interpretatione, distinctionem vsufructus veri et quasi vsufructus inuenisse, ita vt in rebus non fungibilibus substantia vsufructus salua consisteret: in rebus vero fungibilibus, quae, vtendo iis, saluam non relinquerent substantiam, sed consumerentur, quasi, seu *improprius*, locum haberet vsufructus; quo discrimine seruato & generale consultum Senatus Romani et iuris veteris principia salua fuisse existimat GALVANVS *l. d. p. 16 et 17.*

§. XXXIII.

Secularis
Nooodtii
doctrina.

Aliam plane viam sectatur acutissimus in explicando iure Romano GERARDVS NOODT. in tractat. *de vsufructu lib. 1 cap. 20 p. 381*, qui vt hanc GALVANI a recto desectentem corrigeret opinionem, simulque appars fundamentum euerteter, defendit, duplex Scti de quasi vsufructu disponentis fuisse caput. Priore nimirum dispositum fuisse generatim: *vt omnium rerum, quae in bonis sunt, vsufructus legari possit*, per *L. 1. D. de vsufructu earum rerum, quae vsu consumuntur*, inde autem manasse vsufructum rerum fungibilium, per *cit. l.* Secundo autem capite iussisse Senatum: *vt legato rerum fungibilium vsufructu earum dominium sub cautionis REMEDIO transferret*. Hinc apparet ipsi vocabulo *remedii* non forte interpretationem ICtorum, sed cautionem ab ipso Senatu, in secundo Consulti eius capite, introductam, venisse. Verum quidquid huius rei sit, nos equidem huic sententiae in totum subscribere non ausimus. Nam quamuis hac in parte cum NOODTIO faciamus, quod ipse *remedium*, quo in introducendo rerum fungibilium vsufructu vsi fuerant Romani, non ICtis, sed ipsi Senatui Romano adscribat, vt ex seq. §. apparebit; tamen ex altera par-

Nostrum
de hac
Nooodtii
doctrina
iudicium.

parte, qua vir perspicacissimus duo capita SCri fuisse acute nimis conicit, nos quidem remoratur summi ponderis argumentum, quod nec in legibus, nec in historia iuris, nec apud VLPIANVM in *fragmentis iur. XXIV §. 27*, quem NOODRIVS auxilii praesidiique causa nominat, duo a se inuicem capita secernantur. Quare enim non tribus aut pluribus capitibus haec omnia disposuit SCrum? Aut, quare non pluribus diuerso tempore latis SCris, partim in genere de usufructu omnium rerum quae in bonis sunt, partim de usufructu rerum fungibilium in specie, partim de cautionis remedio, decisiones datae fuerunt? Hinc, quamdiu ex legibus aut antiquitatibus potiora non afferuntur monumenta, nos non decidimus, num vno, an pluribus, aut quot capitibus absolutum fuerit SCrum? Suffecerit enim nobis in hac incertitudine saltem cognosce, quod Senatus Romanus et ipsum rerum fungibilium usufructum, et cautionis remedium, suo, et quidem, vti probabile est, vno eodemque introduxerit decreto.

§. XXXIV.

GALVANI autem, *remedium* introducti quasi usufructus ICTis tribuentis, opinionem, (§. 32) amplecti multo minus possumus. Nam I) verba §. 2 I. de usufructu, et L. 2 D. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur, quae declarant, non potuisse Senatam rerum, quae usu consumuntur, facere usufructum, minime indicant: Senatam Romanum non habuisse ius seu potestatem stabilendi legatum aut conventionem, quae rebus alienis fungibilibus abutendi facultatem permitteret, dum iam AVGVSTO Romani imperii gubernacula tenente Senatus auctoritas maxima sentiret incrementa, vt vel successore ipsius TIBERIO imperante, omnis legum ferendarum, quae hucusque penes populum in comitiis fuerat, potestas in curiam transfere, teste CORNELIO TACITO lib. I *Annalium* cap. 15. Contrarium potius ex ipsa cit. l. 2 diferte potest deduci. Haec enim docet, propterea Senatui Romano haud licuisse rerum fungibilium introduce

Galvanus
refutatur.

cere vsumfructum, quod *naturalem rationem mutare non potuerit*, h. e. quia Senatus non poterat efficere, vt res fungibiles vsu haud consumerentur; vel quia essentiam vsufructus tollere et contradictoria, nempe in vsufructu abusum rerum fungibilium, inuehere, moraliter impossibile videbatur, nisi vniuersum corrumpere negotium et nouum, praeter receptam vocis significationem contra sancta Iurisprudendiae praecipua, fingere placuisset. Quod tamen cane peius et angue fugiebant detestabanturque profecto Romani. Cuius rei vel vnicum vsucapionis seruitutum allegare exemplum liceat. Quis ICTorum nescit in interpretandis legibus et inueniendis nouis scientiae legitimae capitibus maximam curam atque auctoritatem: vt sententiae etiam eorum iuris scripti annumerarentur speciebus? Quum autem hi contra ius ciuile, quod in rerum vsucapione et possessionem, et domini acquisitionem, necessario exigebat, seruitutum vsucapionem interpretando permittere non dubitarent, CICERO *pro Caecina cap. XXVI*; lege Scribonia haec expresse fuit abolita, *L. 4 §. ult. D. de vsucapionibus*. Praetor deinde primam originem praescriptioni seruitutum longo tempore absoluendae dedit, *L. 10 D. si seruitus vindicetur*, Iustinianus autem peculiarem formam et valorem ei attribuit, *L. ult. C. de longi temporis praescriptione*. Hinc sane liquidum est, Romanos subtiliora iuris principia sancta et intacta seruasse, quod vel ex plurimis fictionibus et nouis praeter dispositionem legum inuentis scientiae legitimae praecipuis perspici poterit: siquidem harum innovationum causa erat vt iuris stricti themata violarentur minime. Ideo contra legum sanctiones Senatus Romanus rerum quae vsu consumuntur vsumfructum efficere nequibat. Nec II) *medium*, quod in constituendo rerum fungibilium quasiufructu adhibuisse dicitur Senatus in §. 2 1. *de vsufructu*, ICTos eiusdem auctores fuisse vel minimo probabilitatis gradu euincit. Nam a) nulla plane lex omnium huius

huius argumenti titulorum in collectione iuris Romani Iustiniana, *corpus iuris* vocant, mentionem facit ICtorum, qui conficiendo quasiusufructui adhibuerint manum. Nec b) ullus scriptorum, qui historiam iuris illorum temporum nostrae prodiderunt memoriae, vel littera quadam tradidit ICris debere originem quasiusufructus; quamvis explicationem formati quasiusufructus deinceps pro more suo dederint. c) Contrarium potius ex *VLPIANO in fragmentis tit. XXIV §. 27.* teste hac in causa fide digno elucet. *Senatusconsulto*, verba ipsius *VLPIANI* sunt, *cantum est, ut etiam, si earum rerum, quae in abusu continentur, ut puta vini, olei, tritici, usufructus legatus sit, legatario res tradantur, reliq.* Haec enim profecto, non ICtos, sed Senatum Romanum, quasiusufructus auctorem fuisse, aperte demonstrant, *ANTON. SCHVLTING in Iurisprudencia ante Iustiniana p. 658.* d) *Medium* constituti in fungibilibus rebus quasiusufructus ex *vlrimis §. 2 l. de usufructu* verbis statim luce meridiana clarius apparet, nimirum: *per cautionem quasiusufructum haberi coepisse.* Duplex inde colligi potest videtur medium. Primum medium erat *quasiusufructus*; hoc nempe indicat, Senatum Romanum, quia cum qualitate naturali usufructus et cum legum ciuilibus dispositione pugnare visum fuerit, in rebus fungibilibus non verum, sed quasiusufructum constituisse. Cuius argumenti explicatio sequenti instituenda est modo. Nempe Romani, ubi negotium aliquod, praeter causam et formam legibus determinatam, alteri cuidam in quibusdam capitibus simile, in aliis tamen dissimile occurrebat, negotii proprii, cui alterum simile sed quodammodo dissimile comparabatur, nomen non simpliciter adhibebant; quia discrimen et diuersitas vtriusque euidentis erat: verumtamen ob similitudinem, vocabulum eius negotii cui alterum assimilatum respondebat, adhibebant, adiecta ei particula *quasi*, improprietas et dissimilitudinis sat manifestae nota. *Exemplo sint quasi-*

tractus. In his enim Romani deprehendebant, quod non sint contractus; nec vlla conuentio, nec vllum negotium intercedat eos, qui *quasi ex contractu* sibi obligantur inuicem; nec consensus interueniat, quibus tamen requisitis contractus, tanquam conuentionum species, iniuebantur, *L. 5. D. de obligationibus et actionibus*. Interim quum non minus aduerterent eos tamen esse facta licita, e quibus obligationem descendere summa exposceret aequitas; quumque hinc deprehenderent eosdem in classe delictorum poni non posse; pronuntiabant negotia siue facta eiusmodi licita producere debere obligationem *quasi ex contractu*; h. e. aeque ac si contractus, qui tamen non erat, fuisset celebratus. Adhibebatur iccirco nomen *contractus*, superaddita tamen voce *quasi*. Alia exempla per vniuersam fere Iurisprudentiam Romanam sparsa leguntur, vti sunt, *quasi publica accusatio suspecti tutoris, quasidominium, quasipossessio, quasitraditio, quasiusucapio, quasicastrense peculium, quasitestamentum, quasiposthumus, quasipupillaris substitutio, quasidelictum, quasiferuiana actio, quasifalnianum interdictum*, et alia. His casibus simili ratione non publicam accusationem suspecti tutoris, non dominium, nec possessionem, nec traditionem, aut usucapionem, nec castrense peculium, nec testamentum, nec posthumum, cet., existere defendebant Romani; quippe maximum haec et illa negotia intercederet discrimen: quum tamen magna conuenientia et similitudo suppeteret, nomina negotiorum ordinaria retinuerunt apposita vocula, *quasi*, quae luculenter demonstraret, improprie tantum et analogice hanc adhiberi appellationem. Ita et similitudo quaedam ex vno, disparitas autem ex altero latere, inter usufructum, qui in rebus non fungibilibus ab antiquo erat lege firmatus, et nouam eius in rebus fungibilibus speciem a Senatu Romano propositam, apparebat. Ideo solum usufructus nomen posteriori speciei applicare minime erat conueniens; at tamen *quasi usufructus* vocabulum

bulum congruum satis videbatur. Hinc quum in rebus fungibilibus relictum siue concessum vsumfructum hoc nomine simplici insignire non liceret, Senatus inuenit aptum medium primum, quo disponebatur vt appellaretur *quasiusufructus*. Alterum medium, quod Senatus Romanus stabiliendi quasiusufructus causa adhibuit, *cautio* fuisse declaratur in *d. §. 2.* quae, cum plenum rerum fungibilium in usufructuarium transferebat dominium, et obligatio tantumdem eiusue aestimationem restituendi saltem superesset proprietario seu constituenti, cum, de rebus eiusdem qualitatis et quantitatis, earumue aestimatione, finito quasiusufructu recipiendis, reddere deberet securum.

§. XXXV.

Cautio haec, quamuis non a Praetore, sed per SCtum, inuenta sit; et capropter *Senatoria* seu *civilis* audiatur, (cap. II §. 23): tamen quia ad exemplum praetoriae cautionis in usufructu constituta fuit, non minus satisfactio siue datis fideiussoribus praestanda est, quod expressa §. 2 l. *de usufructu* verba, et *legatarius satisfidet*, sufficienter demonstrant. In subsidium tamen, vti in praxi obseruatur, pignoratitiam, aliasque cautionis species iudicis arbitrio admittendas esse, iubet aequitas, arg. *L. 15 pr. D. qui satisfidare coguntur*, et *L. 28 D. de regulis iuris*. Confer quoque supra cap. II §. 22.

Cautio fideiussoria in quasiusufructu requiritur.

§. XXXVI.

Forma tamen cautionis huius in quasiusufructu praestandae a veri usufructus satisfactioe differt quam maxime. Quum enim quasiusufructus dominium et abutendi alienis rebus fungibilibus in usufructuarium transferat mediante traditione: in eodem, *de utendo fruendo boni viri arbitratu et restituendo quod inde extrahit*, securitas exigi profecto non potest; siquidem quasiusufructuaris tanquam dominus liberam abutendi facultatem habet, et hac ex causa ad regulas boni viri et patrifamilias in abusu sibi competente obseruandas cogi nequit; deinde

Forma cautionis in quasiusufructu praestandae.

F

all

autem absoluto quasiusufructu, si modo plene ad effectum fuerit deductus, e rebus fungibilibus usufructuario traditis certe nihil exstabit, quod restitui in specie queat. Aliis igitur duobus cautio quasiusufructuaria absolvitur capitibus, quorum occasione iure Romano stipulando promittere debet usufructuarius: *finito quasiusufructu per mortem aut capitis deminutionem, se aut I) tantundem eius generis et qualitatis restitutum, aut II) aestimationem praestitutum esse, L. 7 D. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur.*

§. XXXVII.

Quasiusufructus etiam inter vivos potest constitui.

Quemadmodum in vero usufructu verba legum de sola ultima voluntate, in qua ille relictus erat, loquentia, ob aequitatem ad usufructum inter vivos concessum fuerant ampliata (cap. II §. 17); ita et contingit, ut verba Scti solum usufructum rerum fungibilium legato relictum ratum habentia, ex fauore ultimae voluntatum, postea ob aequitatem extenderentur quoque ad eum casum ubi inter vivos per conventionem mediante traditione ius abutendi rebus fungibilibus erat constitutum, 10. VOET. in *Commentario ad Digesta lib. VII tit. 5 §. 2 p. 385*, WOLEGANG. ADAM. LAVTERBACH in *collectio theoretico-practico lib. VII tit. V §. 4 p. 514 seq.*

§. XXXVIII.

Num cautio sit de substantia quasiusufructus?

Virum vero cautio ad substantiam quasiusufructus requiratur, nec ne? maioris, quam in vero usufructu, momenti quaestio est; quia optima notae Icti et prisca aetate et recentioribus nostri aevi temporibus in utramque partem hanc ventilantur disquisitionem. Affirmativum prius, deinde et negantium argumenta proponenda et sub incudem vocanda erunt.

§. XXXIX.

Rationes affirmativum.

Affirmativam opinionem, nempe, quod cautio quasiusufructus substantiam ingrediatur, defendunt HERMANNVS VVLTEIVS in *Iurisprudencia Romana §. 3483 p. 564 seq.*, ANDREAS GAILL in *observationibus practicis lib. II obs.*

obs. 46 num. 3 p. 371, HILLIGER *ad Donellum lib. X cap. 4 lit. E*, VLRICVS HVBER. *in praelectionibus ad Institutiones lib. II tit. 4 §. 9 p. 148 seq.*, IO. GOTTFRIED. SCHAUMBURG. *in compendio iuris Digestorum lib. VII tit. 6 §. 2 p. 276*, vt et in *annocationibus ad Struuii Iurisprudentiam forensens lib. II tit. VIII aphor. XII p. 244 seq.*, nec non fidus ceteroquin noster in erudiendis scientiae legitimae Tironibus dux, IO. GOTTLIEB. HEINECCIUS *in compendio iuris Digestorum lib. VII tit. V §. 124 num. 3 p. 232*. et alii. Sequentibus praecleari hi Viri moti fuerunt rationibus. I) Quia expressa §. 2 *l. de usufructu* verba indicant, cautione mediante quasiusufructum fuisse introductum, cum alia ratione non potuerit habere locum. Inde colligi posse sibi persuadent, ipsas leges hanc securitatem tanquam quasiusufructus fundamentum essentiamque possuisse; qua deficiente nullitas emergat. II) Quia plenum in quasiusufructu transit rei fungibilis dominium, nulla alias conferuari potest, nisi per fictionem in praestita constituti eiusue heredi satisfactione, proprietate. III) Quia testatori, qui in vltima voluntate quasiusufructum constituit, cautionem eiusmodi ex legis dispositione necessariam remittere aut tollere non est integrum, *L. 1 C. de usufructu*. IV) Quoniam praestita nondum cautione agere non potest is, cui quasiusufructus ex conuentione aut vltima voluntate competit, *L. 8 D. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur*, *L. 6 D. vt in possessione legatorum seruandorum causa esse liceat*, *L. 1 C. de usufructu*, nec fructus capere ei licet, *L. 24 D. de usu et usufructu legatis*. V) Quia remota satisfactione, non quasiusufructus manere, sed in mutui contractum transire videtur.

§. XL.

Qui e contrario negantem tventur sententiam, Negantem cautionem hanc non essentiam quasiusufructus artingentium ar-
 tes, sed ad naturalia externa attributa pertinere existiman-
 tes, vti sunt MARCVS AVRELIVS GALVANVS in Disserta-
 tionibus

tionibus de usufructu cap. XIX num. 9 et 13 p. 210 seq.; IOANNES VOET. l. c. lib. VII tit. 9 §. 11 p. 394, LAVTERBACH d. l. lib. VIII tit. 9 §. 14 p. 517, ARNOLDVS VINNIVS in Commentario ad §. 2 l. de usufructu num. 4 p. 246, IACOBVS FRIDERICVS LVDOVICI in doctrina Pandectarum lib. VII tit. 5 §. 2 p. 166, HVBERTVS GIPHANIVS in Commentario ad §. 2 l. de usufructu p. 135 voce: *utiliter cauetur*, IOANNES BORCHOLTEN in Commentario ad §. 2 l. de usufructu n. 4 p. 176, HENRICVS ZOESIVS in Commentario ad Digesta lib. VII tit. IX num. 8 p. 281, CORNELIVS VAN ECK in principiis iuris Digestorum lib. VI tit. 9 §. 9 p. 272, LVDER. MENCKEN. in Systemate iuris civilis secundum ordinem Digestorum lib. VII tit. 9 §. 1 p. 160, PETRVS MULLER. in annotationibus ad Struuii Syntagma iuris civilis Exercit. XII thes. 39 p. 770, IOANNES HARPPRECHT in Commentario ad §. 2 l. de usufructu n. 10 et 20 p. 424, argumenta aduersariorum affirmantium sequenti ratione soluere aperiuntur. 1) Verba d. §. 2 l. de usufructu quidem aperte satis cautionis necessitatem in constituendo quasiusufructu innuere, et exinde non negari, quod, si ad originem quasiusufructus aduertere velimus animum, tunc temporis ad formam eiusdem necessario pertinuerit, quamuis securitatis hocce momentum essentiam proprie sic dictam, quae saluo negotio immutabilis est, (cap. I §. 3), attigisse demonstrari nequeat. Quemadmodum autem et ipsa verba dicti §. ad eam solum se referant facti speciem, si rerum quae in abusu continentur quasiusufructus fuerit LEGATVS, vsu tamen et acquisitionis ratione spectata inualuerit, vt idem conuentione quoque seu negotio inter viuos celebrato constitui poterit, (§. 37); ita et a prima quidem origine cautionem istam, tanquam formam necessariam seu medium essentiae quasiusufructus prope accedens, a Senatu Romano fuisse praescriptam: ex postfacto autem, quum introductus iam esset quasiusufructus, (vt pote quia d. §. 2 l. de usufructu de cautione loquens, tantum declaratiue; non

non autem prohibitive ad excludendas omnes species ubi non praestatur cautio, capiendus sit) vfu inualuisse, vt et sine cautione subsistere queat, arg. L. 5 §. 1 D. de v^sufructu earum rerum, quae vfu consumuntur; quamuis, si heres siue proprietarius eam desideret, leges hanc praestari diserte iubeant, L. 7 D. eod., L. 1 C. de v^sufructu, ARNOLDVS VINNIVS in Commentario ad §. 2 I. de v^sufructu p. 246, PETRVS MVLLER. l. c. Exercit. XII ibes. 38 nor. Tom. I p. 771. II) Proprietatem in quasiusufructu nunquam, nequidem praestita cautione, vere feruari posse, sed sola iuris fictione constituenti saluam esse; quum autem nullae, vt proprietatis per cautionem in constituentis potestate maneat, expressae requirant leges: nil obitare, quominus obligatio quasiusufructuaria, res eiusdem generis et quantitatis, earumque aestimationem, praestandi finito quasiusufructu, proprietatis mediante fictione iuris subeat vices, MENCKEN. l. c. §. 1 p. 160. III) Quamuis testator quasiusufructum constituens (vti et in vero usufructu, cap. praeced. §. 25 num. III) in praedictum proprietarii heredis cautionem remittere nequeat, quod late deduxit IO. HARP-RECHT l. c. n. 183 seqq. Tom. I p. 440 seqq.; non tamen inde argui posse, quod ipse proprietarius heres, vel qui inter vivos quasiusufructum constituit, illi in sui fauorem a legibus introductae pacto speciali renunciare non valeat, quippe ex L. 5 §. 1 D. de v^sufructu earum rerum, quae vfu consumuntur facti species eluceat, ubi nulla praestita fuerit cautio, et L. 7 D. eod. expresse dicat: DESIDERANDAM a legatario cautionem esse; ideo, si nolit eam, nec desideret heres vel alius proprietarius, qua ratione ad illius praestationem cogi possit fructuarius, nullam apparere rationem nec legis praescriptum. IV) Usufructuarium ante praestitam cautionem non prorsus excludi a petitione usufructus rerum fungibilium earumque consumptione: sed eo demum casu, quo exactam a se cautionem fructuariam praestare, contra legum

scita, recuset, (§. 25 num. II cap. praed., vbi leges a dis-
sentientibus in vtroque tum vero, tum quasiusufructu
allegari solitas explicuimus), IVSTI HENNIGH BÖHMERI
introductio in ius Digestorum lib. VII tit. 9 §. I p. 245,
GIPHANIVS l. c. ad §. 2 l. de usufructu p. 135. V) Cau-
tione omissa quasiusufructum in mutuum transformari
minime. Licet enim vtrumque hoc negotium in eo
conueniat, quod a) obiectum sint res quae in abusu con-
tinentur, b) dominium ex vtroque per traditionem
transeat in accipientem, et c) traditae res, non in spe-
cie, sed in genere eodem, eadem quantitate et qualita-
te, sint restituendae: in reliquis tamen capitibus eadem
quam longissime inter se distare. Nam 1) quasiusufructu-
m, tum inter viuos per pacta et stipulationes, accedente
traditione, tum mortis causa constitui et adquiri posse: mu-
tuum vero non nisi inter viuos per contractum realem ce-
lebrari, et si forte contigerit, vt testator in vltima volun-
tate, nihilominus mutui negotium, non ex vltima vo-
luntate, verum ex contractu heredis substantiam capere.
2) Illum, tanquam speciem seruitutis, ad ius in re per-
tinere: hoc autem contractibus accenseri, adeoque in
classen iuris ad rem esse referendum. 3) Illum non ad-
mittere vsuras: mutuum vero, licet iure Romano per se
gratuitum fuerit, vsurarum stipulationem ex eodem iu-
re nullatenus prohibere, et hodie tum ex pacto, tum
ex mora vsuras esse praestandas. 4) Illum non finiri
nisi ob mortem, capitis deminutionem, et praeterlapsum
tempus in constituendo quasiusufructu per conuentio-
nem definitum: hoc autem morte vel capitis deminu-
tione per se non tolli, (quippe ex mutuo ius et obliga-
tio transeat ad heredes et creditoris et debitoris), et
quandocunque reuocari posse per renunciationem aut re-
pentionem sortis (*aufkündigung des capitals*) legitime fa-
ctam; nisi certus per pactum adiectum praefinitus sit ter-
minus. 5) Illo finito, usufructuarii esse electionem.
vtrum

vrum eiusdem generis, quantitatis et qualitatis res restituere, an earum aestimationem praestare malit proprietario: hoc cessante, creditori inuito a debitore aestimationem rerum ex hoc contractu debitarum obrudi non posse, sed eum ad tantundem in eodem genere, quantitate et qualitate restituendum simpliciter obligari. 6) In illo securitatem esse attributum naturale, quod proprietarius ab usufructuario petere possit permittente lege, licet nulla hoc de argumento inita fuerit conuentio, (§. seq.): in hoc cautionem esse attributum accidens, quod non praestetur, nec exigi queat a debitore, nisi hic eam pacto promiserit creditori.

§. XLI.

Negantium nos probamus sententiam, nempe, quae cautionem non essentiale, sed naturale potius attributum externum quasiusufructus esse asserit, sequentibus moti argumentis. I) quia, si quasiusufructum, vt in se est, quatenus constituitur et exercetur, consideremus, cautio illum nulla tangit ratione, sed praeter essentiam securitatis tantum causa accedit. Quantum ergo ipsum negotium et securitas in eodem praestari solita differunt, tantum et quasiusufructus per se consideratus a cautione in eo praestanda distat: adeoque haec illius substantiam minime ingreditur. Sicuti enim tutor legibus iubentibus satisficere ordinarie tenetur: ita tamen nemo vnquam dixerit cautionem hanc tutelae attingere substantiam. Pari ratione, vbi in mutuo ex conuentione cautio praestatur per fideiussores, pignora, hypothecas, haec profecto securitas ob pactum speciale illi contractui accedens cum eo non commiscetur, nec ipsum debitum afficit, aut per se cum eo coniuncta est; sed tanquam qualitas alioqui non cohaerens sponte adiicitur. Ita cautio fructuaria quasiusufructum per se non ingreditur, nec cum rebus hac ex causa traditis, aut facultate iis abutendi concessa, commune quidquam habet; verum eodem modo, quo securitas negotio alteri
per

Negantium no-
stram faci-
mus sen-
tentiam.

per se non coniuncto additur, accessionis in vicem, leges in quasiusufructu pro speciali favore proprietarii praescribere satisfactionem. II) Quasiusufructus, veri usufructus ad exemplum, in iis rebus quae utendo consumuntur, fuit introductus. Quae igitur attributa (exceptis solum iis, quae ex rerum fungibilium notione necessario fluunt, aut legibus speciatim ad verum restringuntur usufructum), in vero obtinent usufructu, ea et quasiusufructui adscribere nulli dubitamus. Quum autem veri usufructus ad substantiam non requiratur, (cap. II §. 26 et 27); nec quasiusufructus essentiam constituet cautio. III) Quasiusufructus et sine praestita cautione subsistit, et omnes in suum commodum vertit utilitates fructuarius ac res iuste consumit, si non invito proprietario eadem ad ipsum pervenerint, *L. 5 §. 1 D. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur.* In hac enim lege disquiritur, quaeenam proprietario, si non praestita sit securitas, actio competat finito quasiusufructu ad repetendas res sibi debitas. Hinc quia ibi non declaratur, fructuarium rebus sibi traditis male et iniuste fuisse abusum, atque omne id quod interest heredis seu proprietarii praestare teneri; validum profecto eiusmodi fuisse quasiusufructum absque cautione, perspicit quilibet. IV) Quia et ante transfatum quasiusufructum, et postea satisfdari potest, *L. 10 D. eod.* V) Heres aut proprietarius inter vivos constituens quasiusufructum cautionem remittere omnino potest, quamvis testator eam heredis in praeiudicium prohibere non poruit, *L. 6 D. ut in possessione legatorum servandorum causa esse liceat, L. 1 C. de usufructu.* Nam 1) in solius heredis favorem introducta est haec cautio: hinc et ei renunciare licet, *L. 46 D. de pactis*; 2) *d. l. 5 §. 1 D. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur* praebet exemplum quasiusufructus ex consensu vel factum tacito heredis sine cautione validi; 3) *L. 7*

L. 7 D. eod. expresse constituit, cautionem esse desiderandam a legatario. Si ergo non petat eam aut per pactum remittat proprietarius heres, omitti potest, PETRVS MULLER l. c. Ex. XII Ches. 38 not. § p. 772. VI) In legitimo patris, tum vero, tum quasiusufructu (cap. II §. 26 num. II), vt et aliis quibusdam causis per ipsam legis dispositionem securitatis praestatio remissa est fructuario: ergo non est de substantia. VII) d. l. §. 1, expresse pronunciat: si pecuniae vsuusufructus legatus, vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, NEC CAVTIO INTERVENIAT: videndum finito vsufructu, cer. Ex his igitur verbis manifesto apparet quasiusufructus sine cautione validus.

§. XLII.

Naturale tamen externum quasiusufructus attributum cautio esse videtur. Nam I) ex legis praescripto, non ex conuentione, fructuarius ad eam praestandam cogitur, §. 2 l. de vsufructu, L. 2, L. 7, L. 10 D. de vsufructu earum rerum, quae usu consumuntur, L. 6 D. vt in possessione legatorum seruandorum causa esse liceat, L. 1 C. de vsufructu. II) Illic fructuarius, quamuis nihil quidem ea de re fuerit conuentum, cautionem praestare tenetur, nec inuito proprietario hoc onus, ea sub specie, quod de cautione praestanda inter ipsos nihil sit actum, recusare potest: quia ante actio non competit cum effectu ad petendum quasiusufructum, quam exactam a se praestiterit securitatem, d. l. 6 D. vt in possess. legatorum. III) Durante adhuc quasiusufructu cautio ante non desiderata postea peti nihilominus potest conditione incerti, d. l. §. 1 D. de vsufructu earum rerum. IV) Omitti tamen eadem potest salua quasiusufructus substantia, iubente aut lege aut pacto eorum ad quod haec res pertinet. Consentiunt omnes in limine §. 40 allegari maximi nominis ICri.

Cautio est naturale externum quasiusufructus.

G

Quae

Quae de praxi observanda erant, §. 27 cap. II docet, ubi et usu fori hanc nostram sententiam esse receptam fuit demonstratum.

§. XLIII.

ACTIONES
proprieta-
rio com-
petentes
durante et
finito qua-
lusufru-
ctu.

ACTIONES, quae proprietario ex causa quali-
usufructus competunt, facili discernere possumus ne-
gotio. Ad cautionem exigendam re iam tradita
competit condictio incerti ex *L. 5 §. 1 D. de usufru-
ctu earum rerum, quae usu consumuntur.* Finito quali-
usufructu per mortem, capitis deminutionem aut
praeterlapsum terminum conventionem definitum, di-
stinguendum est, verum satisfactum fuerit, nec ne?
Priori in casu competit actio ex stipulatu ad repeten-
das res in eodem genere, earumque aestimationem.
Posteriori autem, condictio ex *d. l. 5 §. 1.* cum
qua, si ius pignoris aut hypothecae constitutum fu-
erit, actio hypothecaria concurrere videtur.

COROLLARIA.

- I) In mutuo sit alienatio.
- II) Hodie actio legis Aquiliae ad heredes transit.
- III) Princeps S. R. I. puriori ecclesiae evangelicae addictus al-
ias quoque, praeter adulterium et malignam desertio-
nem, iustas divortii causas in suo territorio praescribere
posse videtur.
- IV) Poenam *L. 13 D. quod metus causa gestum erit*, et *L. 7 C. unde vi*, ad viam facti iure Romano statutam hodie ad-
huc applicari posse credimus.
- V) Iure Germanico genuino patrem liberis suis, per separatae
oeconomiae institutionem aut per nuptias a patria pote-
state liberatis, ad bona adventitia omnia exhibenda ob-
ligari censemus.
- VI) Homicidae dolo suo minus recte tribuitur ius asyli.
- VII) In vestimentis et veris et qualiusufructus continui potest



ULB Halle 3
006 398 758

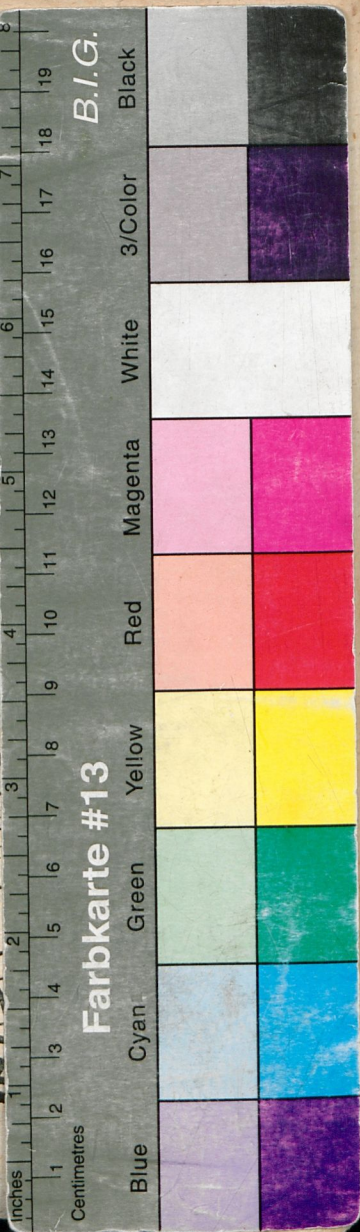

X 2203495

Sb.

V017
VD 18







DISSERTATIONEM IVRIDICAM TERTIAM
OVA DEMONSTRATVR
**CAUTIONEM VSV-
FRVCTVARIAM**
NEC VERI NEC QVASI VSVSFRVCTVS
SVBSTANTIAM INGREDI SED SOLVM NATVRALE
EXTERNVM ATTRIBVTVM ESSE

ANNVENTE CLEMENTER DIVINO NVMINE
AVCTORITATE ET IVSSV
RECTORIS MAGNIFICENTISSIMI
SERENISSIMI ET CELSISSIMI PRINCIPIS
AC DOMINI
DOMINI
GVILIELMI V.
AVRIACI ET NASSAVICI PRINCIPIS
RELIQ.

PRAESIDE
WOLRADO BURCHARDI
I. V. L. ET PROF. P. O.
FACVLT. IVRID. H. T. DECANO
DIE VIII. MARTII. A. R. S. clō Is cc LVIII.
H. L. Q. S.
PVBLICAE COMMILITONVM DISQVISITIONI
EXHIBEBIT
PHILIPPVS CHRISTIANVS IECKELN
HERBORNA-NASSAVICVS.

HERBORNAE,
LITTERIS REGELINIANIS.

