

15
DISSERTATIONEM IVRIDICAM SECYNDAM
QVA DEMONSTRATVR
CAVTIONEM VSV-
FRVCTVARIAM
NEC VERI NEC QVASI VSVSFRVCTVS
SVBSTANTIAM INGREDI SED SOLVM NATVRALE
EXTERNVM ATTRIBVTVM ESSE

AVSPICIIIS DIVINI NVMINIS
AVCTORITATE ET LEGE
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.
DIE NOVEMBR. A. R. S. cl^o Is cc LVII.
H. L. Q. S.

PVBlicAE COMMILITONVM IMPVGNATIONI
SVBIIICIET
PHILIPPVS DANIEL NICOLAI
DILLAEBVRGO - NASSAVICVS.

HERBORNÆ
LITTERIS REGELINIANIS.

DISCRETIONEM VESTRAM SEQUENDAM

CAUTIONEM VSV

FRUCTUARIAM

CAUTIONEM VSV

CAUTIONEM VSV

FRUCTUARIAM

CAUTIONEM VSV

FRUCTUARIAM

CAUTIONEM VSV

FRUCTUARIAM

CAUTIONEM VSV





DISSERTATIO IVRIDICA SECVNDA.
 DE
 CAVTIONE VSVFRVCTVARIA.

CAPVT II.
 DE
 CAVTIONE VSVFRVCTVARIA VERI
 VSVFRVCTVS SVBSTANTIAM NON
 INGREDIENTE.

§. XVI.

Qum vsufructus, utpote in re aliena competens, inuoluebat necessitatem vtendi dumtaxat et fruendi salua rei fructuariae substantia, ita, vt nec deterior res fieri deberet, nec vsufructuarius formam ipsius nouam, licet meliorem, efficere, nec ultra fructuum ordinariorum limites progredi posset, res ipsa tamen fructuarii curae ac manibus permittenda erat; varia hinc oriebantur impedimenta, periculum nempe de ipsa re eiusque substantia salua restituenda, de modo vsufructus, et quae sunt eius generis alia. Multos enim forsitan, vtilitates facultatum furarum caeteroquin aliis concessuros, dubium hoc remorabatur: vtrum et fidem fructuarii secure et sine periculo grauiore sequi liceret, nec ne? an timendum esset, ne fructuarius limites sibi tum per leges, tum per conuentionem, praescriptos sit transgressurus? Anne rei substantia, vel forma, finito vsufructu ad proprietarium salua sit reditura? An denique fructuarius plane denegaturus restitutionem, vel molestam, possessione
 C rei

Cautionis vsufructuariae natiuae.

rei fructuariae in tertium translata, proprietario rei vindicationis litem esset creaturus? Haec demum impedimenta fausto omine sustulit Praetor singulari, uti in omnibus fere institutis suis, aequitate motus, in edicto promulgato praescribens: *Si cuius rei usufructus legatus esse diceretur; inbebo, legatarium satisfacere, usurum fructurum se boni viri arbitrato; Et cum usufructus ad eum pertinere desinet, quod inde extabit, restitutum ei, ad quem pertinebit. Si usus sine fructu legatus erit, adempta fructus causa, satisfacere inbebo. Si non satisfacit: actionem non dabo.* Prouti hoc eleganter et curate perfecteque restituere allaboravit GERARD. NOODT. *lib. I de usufructu cap. 18 p. 375.* Quo autem tempore edictum hoc publici factum fuerit iuris? non constat. Cautionis usufructuariae argumentum ex instituto tractarunt ALBERTVS A LINE, Basileae 1665; IO. CHRISTOPH. HARTVNG, Ienae 1681; IO. HENR. FELZ, Argentorati 1715; IO. BARTOL. HVGVINVS *ibid.* 1718. Vniuersum illud recoquere, nostri non fert ratio instituti. Ea proinde, quae ad illustrandam nostram thesin; quod cautio fructuaria usufructus substantiam minime ingrediatur, collustrandam pertinebunt, capita huc retulisse sufficiet.

§. XVII.

Cautionis
usufructu-
ariae capi-
ta.

Duplex igitur apparet argumentum cautionis: I) Proprietarius redditur securus de exercitio usufructus secundum boni viri et patrifamilias officium. II) Promittitur restitutio rei fructuariae, *quod inde extabit*, finito usufructu. Verba edicti Praetorii quidem solum usufructum legato relictum exhibent; nec origo huius cautionis, nisi ex favore vltimarum voluntatum, quas conferuari intererat reipublicae, descendere videntur: verum ob paritatem rationis et alius usufructus generibus (si excipias usufructum legitimum, *L. 4 C. de bonis quae liberis*) communicata fuit, *L. 4 C. de usufructu, L. 1 §. 2 D. usufructuar. quemadmodum causas.* Non incongrue Praetor usufructus exercitium boni viri arbi-

rratu terminari voluit, quia contingere potest durante usufructu, ut res fructuaria casu fortuito sine dolo malo deterior existat, nec tamen ideo fructuarium contra leges de salua rei fructuariae substantia seruanda peccasse, iure quis valebit asserere. Sufficit enim nec dolo, nec culpa, substantiam corrupisse; quippe casus fortuitus in proprietarium qua dominum redundat. Nec litem quis moueat eo ex capite, quod restituendum sit solum id, *quod finito usufructu extat*, putans ideo substantiam saluam restitui non esse necessarium. Nam haec verba aliud plane innuunt, nempe, non requiri in usufructu, ut res fructuaria attritioni obnoxia vgr. vestis, non attrita, nec minimum quidem usu deterior reddita, vel quodammodo corrupta restituatur, L. 9 §. 3 D. *usufructuar. quemadm. caueat*; alias enim nullam praestaret utilitatem fructuario, qui eam non suis vibus, quamuis boni viri arbitrio, applicare posset, sed curate saltem custodire et finito usufructu incorruptam et in omnibus vel minutissimis qualitatibus saluam proprietario reddere deberet. Verum sufficit, si fructuarius, qui omnia commoda ordinaria, fructus et utilitates rei pro arbitrio boni patrisfamilias percepit, et nullum nec dolo, nec culpa aut negligentia intulit damnum, id quod finiti usufructus tempore superest, proprietario restituat, non autem detrimentum ex usu rei per se contingens aut casu fortuito illatum, quippe quod proprietarius tanquam dominus renetur sentire, praestat.

§. XVIII.

Quaerentibus: quale cautionis genus proprietarium de utroque hoc capite securum praestare debeat? ipse Praetor disertis responder verbis: *sanisdari inbebo*. Quippe igitur 1) sanisdatio fideiussoriam cautionem denotat, & 2) omnis cautio praetoria datis fideiussoribus praestanda est: hinc quoque fideiussoriam praescriptam fuisse iure Romano quiuis intelligit.

Cautionis
praestanda
genus.

C 2

§. XIX.

§. XIX.

Cui cautio
sit praestanda?

De personis, quibus securitas sit praestanda, apprime satis Praetor in edicto generatim disposuit: *ei, ad quem pertinebit.* Quae verba mentem ipsius sufficienter declarant, indicantque, omnes quorum interest, vel quia usufructus ad ipsos tandem reuertetur finitus, vel quia periculum quoddam ratione usufructus alteri competentis sustinent. Huc respiciunt: I) Proprietarius, vnus, vel plures, horumque heredes, *L. 9 §. 4 D. usufr. quemadm. caueat.* II) Heres proprietarii et is cui proprietates rei fructuariae ex die vel sub conditione est relicta; incertus hoc iubet euentus; quia si usufructus finiatur ante existentem conditionem et venientem diem, ad heredem; sin veniente die et existente conditione tollatur, ad legatarium proprietatis eiusque heredes redit; sin denique deficiente conditione extinguetur, ad heredem solum reuertitur usufructus, et ad legatarium nihil peruenit, *L. 8 D. usufructuar. quemadm. caueat.* III) Legatarius proprietatis pure nominatus, cui soli, non etiam heredi testatoris, quippe cuius ne larum quidem vnquem interest, cautionem praestari conuenit, *d. l. 8 D. usufruct. quemadm. caueat.* IV) Legatarius proprietatis & is, cui res fructuaria ex vltima voluntate postea ab eodem legatario est restituenda, cum vtriusque interfit, *d. l. 8.* V) Heres testatoris & socius usufructus, quando pluribus simul ius usufructus eiusdem rei constitutum fuit. Nam vtrumque manet periculum damni, heredem seu proprietarium, ob reuersionem usufructus aliquando cessantis; socium autem ob ius accrescendi, quod extincta socii sui usufructus portione, hanc ad ipsum transfert, et ex causa totius usufructus, tempore restitutionis, obligat eundem: propterea & illi securitatem praestari, et hos sibi inuicem cauere est necesse, *d. l. 8.* IOANNES VOETIVS in *Commentar. ad Digesta lib. VII tit. 9 §. 5 p. 392.* VI) Qui, facta a proprietario eiusue herede alienatione rei

22 DISSERTAT. IVRIDICA SECVNDA. C. II. §. 21.

L. 5 §. 3, L. 6, L. 11 D. eod. IVDER. MENCKEN. in *Sy-
stemate iur. civilis secundum ordinem Digestorum lib. VII tit. 9*
§. 8 p. 162.

§. XXI.

Confe-
quend. e
cautionis
medium.

Sed et praetor pro suo more cogendi medium
adiecit, dicens: *si non satisfeceris, actionem non dabo.*
Sequens hic supponitur factum: Titio vel ex conuen-
tione vel vltima voluntate debetur usufructus, vsus,
cet., sed rei possessio, exercendo huic iuri necessaria,
nondum fuit translata; fructuarius exactam a se cautio-
nem denegans agit contra proprietarium eiusque here-
dem, petens vt per traditionem rei exercendi iuris
sui potestatem adipiscatur. Verum quia cautio per le-
ges in proprietarii fauorem praescripta abnuitur, op-
posita exceptione nondum praestitae cautionis, MULLER
ad Serruii syntagma iur. civilis Exercit. XII thes. 68 p.
794 Tom. I, praetor pronunciat, actionem hanc stricto
iure competentem ob denegatam cautionem effectum
destitui. Adeoque verbis huic edicti non indicatur,
nullam a Praetore dari actionem, sed actionem pro-
petendo usufructu institutam non prodesse ad con-
demnandum reum, nisi praestita iamdum cautione.
Nam 1) promiscue interdum in iure occurrunt verba:
ipso iure non habere actionem, et infirmare actionem ope
exceptionis; quippe in effectum extremo nullum agno-
scunt discrimen, *arg. L. 112 D. de regulis iuris.* 2)
Praetor non fuit auctor actionum ex testamento, aut
ex stipulatu quae ad petendum usumfructum in vlti-
ma voluntate relictum aut stipulatione promissum, ex
legibus ciuilibus competebant; hinc proprie dicendo,
actionem eiusmodi se *non dare,* i. e. denegare velle,
ipsi haud conueniebat, quia expressas leges ciuiles di-
recte tollere, aut eam actionem, quam ius ciuile da-
bat, denegare aperte non poterat. Pariter 3) hoc in
argumento exceptio nondum praestitae cautionis diser-
tis verbis opponenda erat, et tunc aliquanta causae
cogni-

cognitione vel ideo opus esse videbatur, quia Praetor ignorabat, vtrum proprietarius, ab usufructuario pro transferendo usufructu conuentus, cautionem remittere velit, an nolit? Cui suae intentioni, denegandas nimirum ante cautionem praestitam actionis, nimis stricte inhaesit, ita, vt, si fructuarius possessionem rei nactus, proprietario statim a traditionis tempore cautionem vrgenti, hanc praestare nolit, omnes a suae possessionis tempore vsque ad praestitae securitatis momentum percepti fructus, non usufructuario, qui ob denegatam cautionem in vitiosa constitutus possessione, nullo iure hos percipiendi gaudet, sed proprietario de cautione nondum praestita querelas mouenti, iure dominiū acquirantur, et partem ipsius rei fructuariae seu fortis constituunt, MULLER. *ad Sernuii Synagma iur. civilis l. cit. thes. 68 p. 794 seq.*, VOET *l. cit. lib. VII tit. 9 §. 3 p. 391.* Secus tamen se habet in fructibus, quos fructuarius, ante peritam cautionem, tacente antea proprietario, percepit. Hos enim, praestita licet necdum cautione, iure dominiū accepit, quia proprietarius, fauori suo renunciare non prohibitus, haud contradixit, VOET. *l. cit.* Hoc superest vt in altero argumento, si nempe res fructuaria penes usufructuarium iam deprehendatur, sub verbis edicti praetorii expresse quidem non comprehenso disquiramus, quanam media competant proprietario, cui usufructuarius in ipso iuris illius exercitio deprehensus cautionem denegar? Duae hanc in causam proditae sunt actiones. Altera vocatur *conditio ex lege L. 7 pr. D. usufructuar. quemadmod. caueat*, petendae ab usufructuario cautioni, immediate ex lege, inferuiens; vt cogi nimirum queat ad praestandam securitatem, a iudice, implorato eius hac de causa officio, MENCKEN. *l. c. §. 2 p. 160.* Altera est *rei vindicatio*, qua mediante proprietarius, vsumfructum nullo iure ad fructuarium spectare asserens, vi dominiū rem reperit, et altero exceptionem

vfu-

vsufructus sibi constituti obiciente, cautionem nondum praestitam esse, adeoque nihil iuris in re possessa vsufructuario competere, replicat, *d. L. 7 pr.* Nec minus implorationem officii iudicis in suos vsus conuertere potest propriarius, *L. 13 pr. D. de vsufructu*, ANDREAS GAILL. *lib. II obs. 46 n. 5.*

Quo medio opus sit, si securitatem per fideiussores aut pignora praestare nequeat vsufructuarius?

§. XXII.

Difficilis et inter JCTos agitata quaestio occurrit: quale remedium suppetat, si vsufructarius securitati praestandae paratus nullam nec per fideiussores, nec per pignora, inuenire possit? Ex rigore iuris, vti supra monuimus, fideiussores mediante stipulatione erant dandi, *arg. L. 1 pr. D. vsufructuar. quemadm. cau.*, iunct. *L. 7 D. de praetor. stipulation.*; deficientibus tamen fideiussoribus ex aequitate in subsidium admittebatur pignorum constitutio, quippe fauor vltimarum voluntatum ad vsufructum inter viuos concessum amplius id requirere videbatur. Sed si et haec securitatis genera aut media deficient, idem ille fauor, qui non permittit, vt quis infortunio depressus et amicis destitutus, ob hanc inopiam, a liberalitate testatoris, quae forte res familiares minus ordinatas pristino vigori restituere valet, penitus excludatur, iuber, vt iudex pro suo officio arbitrioque aestimet, quale consultius medium; vtrum fidem fructuarii iuratum, an nudam eius promissionem tuto sequi liceat, nec ne? Num administratio rei et fructuum vsufructuario praestandorum ipsi proprietario, an tertio, sit committenda? an pro certa mercede fructuario quotannis praestanda elocari debeat? IO. VOET. *l. cit. §. 9. p. 391.* PETRVS MVLLERVS *l. d. thes. 65 p. 789 sqq.*

§. XXIII.

Cautio in vtro vsufructu praestanda vocatur praetoria.

Cautio haec igitur in vsufructu praestanda a Praetore descendit, adeoque praetoria non male vocatur, ab ea, quae in quasiusufructu ex SCTo specialiter introducta est, quam longissime distans; siquidem haec

haec aliud plane obligationis genus pro obiecto agnoscit, et aliam complectitur formam, atque ideo, quia ex SCto descendit, *Senatoria*, vel etiam *ciuilis*, quoniam ex vna specierum quinque iuris scripti ciuilis, praetoriis edictis oppositarum, nata est, audit, HERMANNVS VVLTEIVS in *Iurisprudencia Romana* §. 3482 seq. p. 564, praesertim MULLER. ad *Seruum. Ex. XII* §. 73 n. 7 p. 787, IACOB. FRID. LVDOVICI in *usu pract. distinct. iuridicar. lib. VII tit. V dist. I p. 165.*

§. XXIV.

Num cautio fructuaria in usufructu praestanda sit attributum essentiale? iam erit disquirendum. Diffensus emergit inter JCtos. Alii affirmant; alii contra negant. Affirmantes sequentibus nituntur argumentis; I) usufructuarium non posse cum effectu agere, seu, uti *L. 13 pr. D. de usufructu* exhibet, non esse prius dandam usufructuario actionem, quam satisfecerit. II) Usufructuarium, re iam possessa, si cautionem a se exactam praestare recuset, post petitam cautionem, nullo iure fructus rei sibi acquirere posse sed proprietario ad illos restituendos obligari cum forte seu re fructuaria, *arg. L. 24 D. de usu et usufr. legat.*, iuncta *L. 46 D. de pactis*; quippe habeatur malae fidei possessor, qui ne percipiendò quidem fructuum dominium acquirat, *arg. §. 33 l. de A. R. D.* III) Testatorem, cuius voluntatem, ex legibus XII Tabb. liberrimam, legis instar alioquin venerari et sequi oporteret heredem, quamuis in eius praeiudicium quodammodo tendere videatur, *arg. Nou. l. cap. II §. 2.* hanc cautionem non posse remittere cum effectu, *L. 1 C. de usufr.*, *L. 7 C. de in possession. legator. seruandor. causa mittatur*; adeoque hanc usufructus ingredi substantiam. IV) Quodli usufructuario prius cautionis caput, nempe *de vrendo boni viri arbitrari*, vel a testatore, vel ab heredem, seu alio proprietario, remitteretur, abutendi facultas concessa videretur; quae pactio tamen tanquam

D
turpis

Num sit
de sub-
stantia v-
usufructus
Affirman-
cium ratio-
nes.

turpis non sit toleranda, SAMVEL de COCCHEI *in iure civili controverso lib. VII tit. 9 quaest. 5 p. 515 seq.*

§. XXV.

Negantium argumenta affirmantibus opposita.

Negantes contra respondent: I) cautionem usufructuariam nondum praestitam per se non adimere legatario actionem, sed eo casu, quo heres vel proprietarius exceptionem nondum praestitae cautionis opponat, ideoque cautionem expressis petat verbis, usufructuarius autem tergiueretur; quippe si usufructuario rem fructuariam sponre praestare velit proprietarius, nec cautionem expresse petat, ius usufructus omnino transeat, et fructus ad ipsum domini iure spectent; usufructuarium enim securitatem offerre non teneri, nisi petatur seu exigatur, *arg. L. 2 §. 1 D quod legatorum*; quod multis confirmat argumentis MVLLER. *ad Serrus. l. c. thes. 68 n. § p. 792 seq.* II) Usufructuarium, qui non praestita cautione exercet usufructum sibi concessum, non simpliciter, nec ob exercitium usufructus, antequam satisfecerit susceptum, ipso iure et per se priuari commodis ac dominio fructuum perceptorum, horumque fructuum causa proprietario ad restitutionem agendi ius atque media competere; siquidem rigoris huius, ut usufructuarius, si hanc causam speciatim consideremus, nullos fructus iure domini capere queat, ratio in eo posita videatur, quod dolo malo cautionem lege permittente exactam, (quo in casu necessaria est) praestare nolit, PETR. MVLLER. *thes. 68 p. 692.* Usufructum enim et ante exactam cautionem eiusque praestationem subsistere posse, vberius declarat *L. 7 pr. D. usufructuar. quemadm. caueat*, quae de fructibus perceptis proprietario, cautionem vrgenti, cum ipsa re fructuaria restituendis disponens, ne vno quidem vocabulo quidquam huius commatis refert, nec ius usufructus iniuste apud usufructuarium fuisse pronunciat, electionem potius proprietario concedit, vtrum rem suam vindicando reperere, an conditione ex lege ad praestandam cautionem cogere malit usufructuarium? Frustra enim praec-

praestandae cautionis gratia actio contra fructuarium institueretur, nisi usufructus, quo iam gaudisus fuit, et antea validus fuisset, et efficax in posterum maneret. III) Cautionem hanc non propterea, quod substantiam usufructus constituat, a testatore remitti non posse; sed quia in specialem heredis fauorem, ex lege introductum, tendat, quem priuatorum dispositionibus, herede inuito, lege non permittente, tollere absonum et iniquum foret, WOLFG. AD. LAVTERBACH. *in colleg. theor. pract. lib. VII tit. 9 §. 13 p. 525.* Exemplo res fiet clarior. Iure Digestorum restator quartam Falcidiam in fauorem heredis praesertim introductam, L. 71 D. ad L. Falcidiam, ne detraheretur, prohibere nullo modo poterat, L. 15 §. ult. D. eod., donec Nou. I cap. II §. 2 expressam hanc largiretur facultatem; quis autem hac ex causa dixerit, detractionem quartae Falcidiae ad essentiam hereditatis, quae ultra dodrantem legatis et eius generis oneribus grauata erat, antea pertinuisse, et ea propter prohiberi a testatore non potuisse? quum multi alii, qui Falcidiae non darent locum, et tunc temporis iam existerent modi. IV) Remissionem, quae ab herede seu proprietario pro sua voluntate suscipitur, non concedere facultatem abutendi, sed niti tantum in fide, quam ille in usufructuario positam habet, quippe et emergente postea abusu non obstare videatur, quo minus cautionem antea remissam exigere mutatis rerum qualitatibus optimo iure possit.

§. XXVI.

Negantem nos probamus sententiam, dicentes: *Negans cautio usufructuaria non ad essentiam usufructus spectat, sed est attributum naturale externum.* ^{sententia probatur,} Conf. MAR. AVREL. GALVANI *Dissertationes de usufructu cap. XIX n. VI p. 207 seq. et n. 9 p. 210,* primae edit. in fol. Parauii 1650. Substantiam non pendere ex usufructuaria cautione, sequentibus demonstro argumentis. 1) Nullibi in legibus vocatur attributum substantiale, et nec in defini-

rione usufructus, *L. 1 D. de usufr. et pr. l. cod.*, nec in *d. tit. Inst.* cautionis fructuariae vel vlla legitur littera. II) Quod salvo negotio abesse potest, certe non est essentialiale, (§. 3 cap. 1); cum autem 1) in usufructu patris legitimo, *L. 8 §. 4 C. de bonis quae liberis*; 2) si fisco relictus sit usufructus, *L. 1 §. 18 D. de legat. vel fideicom. seruand. causa*, *L. 2 §. 1 D. de fundo dotali*; 3) in usufructu, quem omnium bonorum donator sibi referuauit, *arg. L. 62 D. de aedilitio edicto*, *L. 28 D. de regulis iuris*, et similibus causis, abesse possit cautionis praestandae hoc onus: neminem fore, qui ad essentiam illud requiri putet, credimus. III) Quia iure Romano veteri prius quam Praetor cautionem hanc suo introduxerat edicto, usufructum cum effectu constitui ponuisse, eo minus dubitandum censemus, quod ne Senatus quidem Romanus essentiam usufructus mutare potuit, §. 2 *I. de usufructu*, nedum praetor, GALVANVS *l. c. p. 208*; iure autem recentiore ante praestitam securitatem usufructus subsistit validus, donec hanc petat proprietarius eiusue heres, *L. 2 §. 1 D. quod legatorum*, MULLER ad *Stru. l. cit. thes. 69 p. 759 Tom. I.* Nam ubi in *L. 7 pr. D. usufr. quemadm. caneat* proprietario duplex actio, cum facultate alterutram eligendi, aduersus usufructuarium ad exigendam securitatis praestationem, possidente iam ipso usufructum, permittitur, nec 1) vsquam in ea legitur, nullo iure usufructum huc vsque ad usufructuarium pertinuisse, nec 2) ab ipso et fructus perceptos, quos tamen, si ob defectum attributi essentialis negotium foret nullum, restitui oporteret, repetit proprietarius. IV) Quia heres in usufructu mortis causa constituto, siue proprietarius quilibet in usufructu inter viuos translato, hanc cautionem recte remittit, *L. 46 D. de patris*; quippe a) in solius heredis seu proprietarii fauorem est praescripta, cui quisque libere renunciare potest, *L. pen. C. de patris*, et *arg. L. 21 D. ad L. Falcidiam*, b) nec iuri publico derogatur, vnde prohiben-

bendi rationem desumere intenderet aliquis, sed priuatam simpliciter respicit vilitatem, GALVANVS *l. c. cap. XX n. IX p. 223*, cum et vsufructus non publici, sed mere priuari, est iuris, GALVANVS *cap. V n. 1 p. 28*. Nec obstat, quod eiusmodi pactum remissae vsufructuario cautionis, saltim quod ad primum caput, *de vrendo nempe boni viri arbitrato*, attinet, inuitaret ad delinquendum, dum libere permitteret, et fines vsufructus transgrediendo, abusum rei fructuariae inuehere; siquidem pactum eiusmodi 1) nititur fide ac spe, vsufructuarium non male vsurum, 2) non concedit abutendi facultatem, et 3) supponit clausulam, *rebus sic stantibus*, vi cuius, emergente citra opinionem abusu, cautio antea vel expresse vel tacite remissa, postea peti seu exigi iure potest, IOANNES GOTTF. SCHAVMBURG. *in annotationibus ad Seruuii iurisprudentiam forenses lib. II tit. 8 aphor. 10. p. 243*, ARNOLDVS VINNIUS *in Commentar. ad Instit. lib. II tit. 4 ad pr. n. 4 p. 241*, IVST. HENNING. BOEHMERI *Doctrina Pandectarum lib. VII tit. 9 §. 1 p. 245*. Omnia enim pacta, renunciationes, similiaque negotia, latius minime sunt explicanda, quam de quo cogitare potuerunt, et in quod consenserunt, partes paciscentes, quod in praesenti causa de dilapidatione et abusu rerum in vsufructum, remissa eius cautione, concessarum dici sane nequit. De hac enim saluo negotio cogitari nullatenus potuit. Dissidentes ad solidam CAROLI PHILIPPI KOPPII (IOANNIS ADAMI filii tanto patre, quem viuum aliquando tota venerabatur Hassia, digni) Dissertationem Marburgi anno 1750 pro gradu Doctoris in vtroque iure defensam, *de Clausula rebus sic stantibus cap. II §. 11 p. 56 seq. §. 14 p. 59 et alibi passim per tot.* remittere licebit.

§. XXVII.

Naturale potius externum attributum esse videtur Cautio
cautio vsufructuaria, (§. ant.) h. e. praeter essentiam veri vsuf-
ad negotium ex legis praescripto necessaria est cautio, fructus est
ita,

naturale
attribu-
tum.

ita, vt, quamuis nulla hac de re pactio fuerit inita, nihilofecius petente proprietario praestanda fit, nec liberare se queat fructuarius ab hoc onere, invito proprietario, nisi casibus lege speciatim exemptis; interim speciali remissione heredis seu proprietarii mutationem pati et abesse possit, (§. 8 cap. I). Nam 1) ad essentiam non requiri hanc securitatem plenius demonstrat §. *ant.* 2) Ex legis praescripto eam introductam fuisse, non ex pacto, comprobatur *L. 7 pr. D. usufructuar. quemadm. cautat.* 3) Nulla pactione ad petendam securitatem opus esse vel exinde apparere, quia ex lege ortum trahit, et in *L. 7 pr. D. eod.*, vbi de coactione usufructuarii ad securitatis praestationem est sermo, vel alibi, nec ex pacto nec ex stipulatu actio, sed rei vindicatio vel condictio ex lege tribuuntur; praeterea quoque quod emergente abusu, remissa quamuis ab initio per conventionem, postea iure exigitur cautio, (§. *ant.*). 4) Hoc incommodo non liberari usufructuarium invito proprietario, conuincimur, quia usufructuarius ante praestitam cautionem cum effectu contra proprietarium agere non potest ad rem fructuariam tradendam, *L. 1 C. de usufr.*, *L. 13 D. eod.*, nec re iam tradita, si proprietario petenti satisfacere nolit, fructuum dominium, ab exactae usque ad praestitae cautionis momentum, sibi arrogare potest, sed hos tanquam accessionem rei fructuariae, quippe quam mala fide et iniuste detinere videtur, finito restituere tenetur usufructu, (§. 25 n. II). 5) Pacto speciali heredis seu proprietarii remitti posse cautionem, §. *ant. n. IV* ad oculum demonstrat. Naturalis illius requisiti haec est qualitas, vt quamuis pacto remissum fuerit, tamen si in eum incidat casum, in quem contrahentes non consenserunt, nec saluo consentire poterunt negotio, nimirum si re abutatur usufructuarius, peti nihilominus securitatis causa, tum pro salua substantia, tum pro restitutione rei, queat, *cons. §. ant. ad finem*; cum alias ad renunciata non com-

C. II. §. 27, 28. DE CAUTIONE VSVFRUCTUARIA. 31

competat regressus. Et in foro naturale tantum haberi requisitum, non essentiale, quamvis testator illud cautionis onus heredi, in cuius favorem introductum fuit, auferre nequeat, probant 10. SCHILTER. in *Praxi iuris Romani Exerc. XVII* §. 65 p. 89 Tom. II, GAILL. *lib. II obs.* 45 n. 1 p. 504 seq., BENED. CARPZOV. *Parte III conf. XII def.* 12. p. 798, LAVTERBACH. *l. cit.* §. 13 p. 525, 10. VOET. *l. c. lib. VII tit. 9 §. 9 ad fin.* p. 393.

§. XXVIII.

Dubium si quis denique moueat, dicendo, remissionem satisfactionis sicuti a testatore, ita et ab heredem seu proprietario, fieri non posse; quoniam, si cautio deesset, nulla proprietario legitima, tum pro re fructuaria restituenda, tum pro damno forte illato refarciundo, superesset media, respondendum est, actiones tum praestita, tum exclusa vel remissa per pactum cautione, competere plures. Priori enim casu nascitur actio ex stipulatu, et hodie ubi pactum intercessit conditio ex moribus cum pro re restituenda, *L. I §. 6 D. usufr. quemadmod. caueat*, (ubi simul proprietario saluum est eligere, an potius rei vindicatione vri malit? *arg. L. fin. D. usufructuar. quemadmod. caueat*) tum pro damno, quod in re fructuaria illatum fuit, reparando, WOLFG. ADAM. LAVTERBACH. in *colleg. theor. practico lib. VII tit. 9 §. 11 et 12 p. 524*. Posteriori autem, ubi excluditur aut remissa fuit cautio, de damno illato agitur vel ex lege Aquilia, vel furti, vel interdicto quod vi aut clam, *L. 13 §. 2 D. de usufructu*; res ipsa rei vindicatione repetitur, *d. l. fin. D. usufructuar. quemadmod.*, 10. HENR. de BERGER in *oeconom. iuris lib. II tit. 3 §. 24 not.* 3 p. 336, MULLER. *ad Stru. l. cit. thes.* 66 p. 790 seq. et *thes.* 69 p. 793, LYDER. MENCEN. in *systemate iur. civil. secundum Digesta lib. VIII, tit. 9 §. 8 p. 162*,

WOLFG. ADAM. LAVTERBACH. *l. c.*

§. 14 p. 525.

CO-

Actiones
proprietariae,
remissa
cautione,
contra
usufructu-
arium
competentes.

COROLLARIA.

- I) Liberi a parentibus conuenti, tum ex verbis, tum ex mente legum, beneficio competentiae gaudent.
- II) Nobiles, qua nobiles genuino iure Germanico eodem competentiae iure fruuntur, quamuis ex praxi quarundam Germaniae prouinciarum, nisi militiae nomen dederint, negetur.
- III) Dispositio iuris Pontificii de bona fide continua nec vnquam interrupta in vsucapione, erroneo nititur principio, et quamuis vsu fori sit recepta, tamen ad solam rerum alienarum acquisitionem mediante vsucapione vel praescriptione, pertinet.
- IV) Sine Jctis commode non subsistit respublica.
- V) Lex diuina *Leu. XX v. 11, 12*, incestui in linea recta mortis poenam praescribens, nec caerimonialis, nec forensis, sed moralis esse videtur.
- VI) Apostolus Paulus in Epistola ad Philemonem scripta, pro huius seruo Onesimo, ex principiis iuris Romani, nec fideiussit, nec expromisit, sed dumtaxat constituit.
- VII) Ius Romanum philosophiae morali et rationi status Romanorum optime fuit conueniens.
- VIII) Ius Romanum publicis quidem legibus, in subsidium tamen, saluis nempe moribus et legibus patriis, in Germania est receptum.



ULB Halle

3

006 398 758



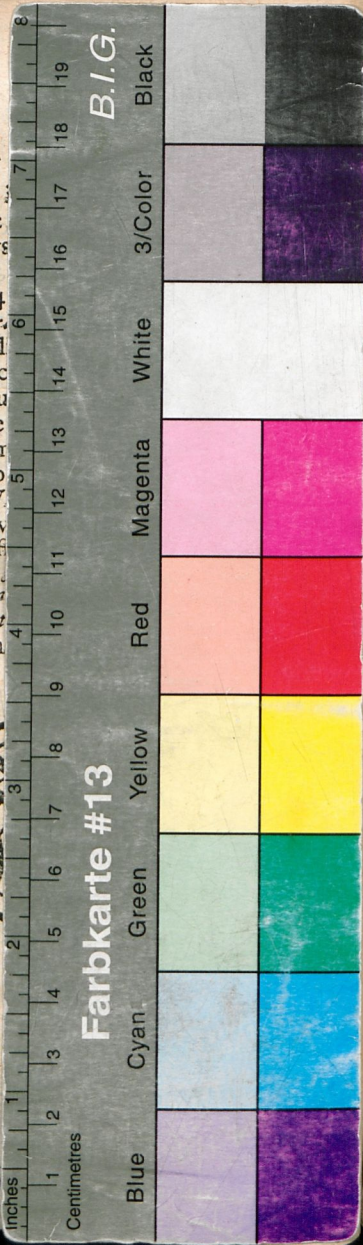
X 2203495

Sb.

V017
VD 18







15

DISSERTATIONEM IVRIDICAM SECYNDAM
QVA DEMONSTRATVR
**CAVTIONEM VSV-
FRVCTVARIAM**
NEC VERI NEC QVASI VSVSFRVCTVS
SVBSTANTIAM INGREDI SED SOLVM NATVRALE
EXTERNVM ATTRIBVTVM ESSE

AVSPICIIS DIVINI NVMINIS
AVCTORITATE ET LEGE
RECTORIS MAGNIFICENTISSIMI
SERENISSIMI ET CELSISSIMI PRINCIPIIS
AC DOMINI
DOMINI
GVILIELMI V.
AVRIACI ET NASSAVICI PRINCIPIIS
RELIQ.

PRAESIDE
WOLRADO BURCHARDI
I. V. L. ET PROF. P. O.
DIE NOVEMBR. A. R. S. cl^o Is cc LVII.
H. L. Q. S.
PVBLICAE COMMILITONVM IMPVGNATIONI
SVBIICIT
PHILIPPVS DANIEL NICOLAI
DILLAEBVRGO - NASSAVICVS.

HERBORNAE
LITTERIS REGELINIANIS.

