



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**D. D. Emanuelis Gonzalez Tellez, In Inclyta Salmanticensi
Academia Collegii Majoris Conchensis Alumni, &
antiquioris vespertinæ Sacrorum Canonum Cathedræ
propriarii Interpretis; in Pinciano Sanctæ ...**

Additis Notis uberioribus ab Historia, & Chorographia

Complectens Librum Tertium

González Téllez, Emanuel

Francofurti Ad Moenum, 1690

Caput VIII. (a) Gregorius IX.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-74526](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-74526)

pignoribus creditor compararet, esset debitoris, ut rectè id docuit Accursius, quem sequitur Leochar-
de usuris quæ est. 69. n. 38. & tunc virtute talis con-
 ventio potest debitor agere ad rem ipsam em-
 ptam ex residuo pretii, quod supererat soluta for-

te principali. Prosequuntur hujusmodi pacti le-
 gis commissoriae in pignoribus exceptiones, & ampli-
 ationes, novissimè Gibalinus *dict. lib. 3. de usur.*
cap. 7. art. 13. per totum, Leocharde de usur. quæ est.
70. per totam.

CAPUT VIII.

(a) Gregorius IX.

Cum constet I. mulierem uxorem Ogerii quoad usumfructum filio suo (b) succes-
 sisse in bonis, quorum proprietas ad M. mulierem uxorem C. dignoscitur per-
 tinere: Mandamus quatenus eam ad cautionem (c) idoneam exhibendam, quod u-
 tatur, & fruatur salva rerum (d) substantiâ rebus immobilibus, quæ usu non consumun-
 tur, ad (e) arbitrium boni viri: (f) pecuniam verò, si quam habuit, vel habebit, ac
 ætimationem bonorum, quæ consumuntur usu, & in hæreditate inventa fuerint, in
 morte sua dictæ mulieri, vel hæredibus ejus restituat, per censuram ecclesiasticam
 compellatis.

NOTÆ.

(a) Gregorius.] Non exprimitur cui rescribat Pontifex; illud credo, rescribere aliquibus
 iudicibus ecclesiasticis, vel secularibus illius provin-
 ciar, quæ tam in spiritualibus, quàm tempora-
 libus parebat Ecclesiæ; aliàs de negotio merè
 temporalis, & inter laicas personas disceptato, ad
 quid necessarium erat adire iudicium Ecclesiæ?
 Illud enim notandum est, constitutionem hanc
 spectare ad secundam partem hujus rubricæ, ibi:
De aliis cautionibus. Quæ verba propter præsen-
 tem constitutionem à se editam addere iussit Gre-
 gorius IX.

(b) Successisse.] Immo ususfructus morte fini-
 tur, nec in eo datur successio, l. liber C. 3. de usu-
 fructu l. 1. §. si insuperbi 21 ff. de collat. bonor. l. cor-
 ruptionem, C. de usufruct. §. finitur, Instit. eodem,
 ubi plura Institutarii. Cum hoc principium pro-
 rostris disputandum proponitur, in contrarium
 acutè expendi solent textus in l. si usufructu 21 ff.
 quibus modis usufructus, l. generali 32 §. filius,
 & §. hæredis, ff. de usufruct. legat. l. si servus 18. §.
 cum servus, ff. de stipul. servor. cum l. 1. l. sed est
 25. §. si operas, ff. de usufruct. l. si rem 62. §. si fun-
 dum, ff. de evict. l. uxori 35. ff. de usufruct. legat.
 l. à reo 70. §. reo, ff. de fideiuss. l. Sempronius 26.
 de usufruct. leg. l. computationi 68. pr. vers. sic de-
 nique, ff. ad legem Falcid. l. in singulos annos 8. l.
 cum in annos 11. ff. de annis legat. l. Stichum 95.
 §. usufructum, ff. de solut. l. usufructu, solut.
 matr. l. usufructum, ff. de usufruct. leg. l. in
 fundum 21. ff. de iure dot. l. 5. ff. de operis libert.
 l. 1. §. usufructus, ff. ad leg. Falcid. l. 7. ff. de e-
 vict. l. publica 4. ff. de remiss. l. 3. §. sed si habenti, ff.
 de legat. 3. l. 8. l. Mela 14. l. 20. §. Titia, ff. de
 aliment. legat. l. & post litem 12. §. 2. ff. famil.
 eresc. l. si fundus 16. ff. de evict. l. mulieri 74. ff.
 de condit. & demonstr. Ergo in præsentis non rec-
 tè supponitur dari successiorem in usufructu.
 Cui difficultati ut satisfaciatur repetentes in præ-
 senti, varios casus huic decisione assignarunt.
 Certè plures adaptari possunt; ille facilè sup-
 poni valet, videlicet filium testamentum fecisse,
 & in eo usufructum I. mulieri Agidii reliquisse.
 D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.

se; proprietatem verò ipsius rei M. & ita ex ipsa
 institutione, non verò continuata successione u-
 sumfructum rerum filii ad I. matrem ejus perve-
 nisse.

(c) Cautionem idoneam.] Sed quænam cau-
 tio præstanda sit, meritò dubitatur; quod enim
 nuda promissio sufficiat, probatur; tum quia
 cautionis nomine nuda, & simplex promissio si-
 gnificatur, l. sancimus 3 C. de v. f. & cautionem
 per stipulationem præstari docetur in l. 1. §. 1. ff.
 hoc titul. Sed verius est, nudam promissionem
 non sufficere, ut probant Donellus lib. 10. com-
 ment. cap. 14. Galbanus de usufructu cap. 19. Ra-
 tio est, quia jus à fructuario satisfactionem exi-
 git, l. huic 5 §. 1. ff. usufructuaris, l. si cuius 13.
 in princip. ff. de usufruct. l. 4. C. eodem & eam Con-
 sulti cautionem passim appellant, l. 1. dicit. l. huic
 5. §. ultimo. Satisfactio autem in jure accipitur
 pro ea, quæ fit datis fidejussoribus, l. 1. ff. qui
 satisd. cog. l. tribus 8 ff. de usufruct. earum re-
 rum, l. 1. §. jubet. de collat. bonor. Tum quia
 hæc cautio debet esse idonea, ut in præsentis do-
 ceatur; idonea autem cautio in jure dicitur, quæ
 fit datis fidejussoribus, vel pignoribus, l. si man-
 datu, §. final. ff. mandati, l. 4. §. 8 ff. de fidei-
 commiss. libert. dicit. l. 1. qui satisd. Unde rectè
 Doctores tenent, cautionem hanc accipi pro ea,
 quæ fidejussoribus datis præstatur. Mancius ad
 titulum ff. de usufructu, numero 46. Gabriel de
 Bellis de usufructu cap. 3. §. 4. Velascus de pri-
 vil. pauper. part. 1. quæst. 57. Marinis tom. 1. deci-
 sion. 208. Castillo de usufructu cap. 18. Accedit,
 quod cautio ista desideratur ad securitatem pro-
 prietarii: sed dominus proprietatis securior non
 redditur nuda promissione, sed fidejussoribus
 datis: ergo cautio fidejussoria præstanda est. Et
 licet cautio indistinctè à fructuario petatur in l.
 1. ff. usufructuaris quem. l. 1. C. de usuf. tamen
 pro idonea, quæ fit fidejussoribus præstitis, est ac-
 cipienda: unde, si usufructus re tradita satisfactus
 non fit, erit in electione proprietarii rem vindicare,
 vel stipulationem fidejussoribus datis condice-
 re. Sed an pignoribus datis utiliter caveatur, quæ-
 ri solet, ex eo quia cautio hæc fructuaria præ-
 toria videtur, cum Prætor fructuarium satisfacere
 Kk 2 jubet,

jubeat, l. 1. in princip. dist. 1. huic §. 1. ff. si usufructuarius. Prætorie autem satisfactiones personarum desiderant fidejussorum, nec cum pignorbibus pecunie, vel auri depositione utiliter præstantur, l. prætorie 7. ff. de prætor. stipul. & merito, quia custodia pignorum molesta est, vel quia incertum, quæ, & qualia pignora deponere necesse sit; & quia ipsa distractio pignorum difficultatem in se continet; & tandem quia creditor non est cogendus suscipere onus, & periculum custodiæ ipsorum pignorum. Verumtamen contraria sententia placet, videlicet cautionem hanc fidejussoribus, vel pignorbibus datis utiliter præstari. Ratio est, tum quia idonea cautio in jure passim dicitur, quæ sit pignorbibus capris, ut in l. unan. d. 59. §. ultim. ff. mandati, l. 1. §. jubet autem 9. ff. de collat. bonor. l. promissor 21. §. 1. ff. de constit. pecun. Tum quia ad evitandum onus præstandi fidejussores, sufficit quandoque bona immobilia possidere, l. penult. ff. qui jurisd. cog. & plerumque plus cautionis est in re, quam in persona, l. plus 25. ff. de reg. jur. Nec obstat contrariæ sententiæ primum fundamentum; nam licet hæc cautio edicto Prætoris sit comparata, tamen judicialis est, cum officio judicis præstetur, dist. 1. si usufructuarius; & in judicio, quod inter proprietarium, & fructuarium movetur, l. si usus 13. ff. de usufructu; aut quia proprietatis dominus rem reperebat à fructuario, quia cautionem non præstiterat, ut in l. usufructus §. verò, & in l. ultim. ff. usufructu. quemadmodum docet Galbanus de usufructu capite 19. in fine. Circa cautionem verò præstandam in usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, certam est, eam Senatusconsulto inventam esse, l. 2. §. 3. ff. de usufructu earum rerum. Quid autem si ob paupertatem, vel similem difficultatem nequeat fructuarius fidejussores invenire, neque pignora dare? an cum juratoria cautione admittendas sit, non leve dubium est? Affirmant innumeri congesti à Barbosa tom. 6. in select. ad huic texum. Negant quamplures congesti à Salgado part. 1. labyrinth. capite final. ex numero 5. & à Marinis tom. 1. decis. 208. Inter utramque opinionem, & alias, quas referunt Mancinus, & Gabriel de Bellis ubi proxime, libenter adhaerec Menochio de arbitrar. casu 139. numero 1. qui rectè docet, id arbitrio judicis relinquendum esse, cum magna sit personarum, rerum, & temporum varietas. Juxta enim perpenis omnibus circumstantiis, præsertim ubi periculum deteriorationis, vel corruptionis timetur, aliquando tamen juratoriam cautionem ab usufructuario exigit, aliquando si periculum imminet, proprietarium, tanquam custodem usufructuario adjungere valet, vel si listimetur, rem fructuariam sequestrare jubebit, l. sed est §. 5. §. quærens, ff. de Carbon. edict.

(d) *Substantia.* Juxta definitionem usufructus adductam à Paulo in l. 1. ff. de usufructu, Justiniano in principio Institut. de usufructu: quam ultra repetentes ibi, & Castillum, Galbanum, Mancinum, & Gabrielem de Bellis de usufructu scribentes, exponunt Donellus libro 10. comment. capite 8. Pinellus in l. 1. 2. part. C. de bonis matern. Alciatus in l. rectè, ff. de v. s. Leothardus de usuris quest. 51. Faber libro 15. conject. capite 8. Robertus libro 3. recept. sentent. capite 18. Morla in emporio, titul. de servitut. quest. 1.

Bronchorst. cent. 1. assert. 86. Amaya in l. unic. C. de vendit. rerum, libro 10. Hothomanus libro 3. observ. capite 22. Scipio Gentilis de bonis matern. capite 6. Humnius ad Treutl. volum. 1. disputat. 16. quest. 4. Corrahus lib. 5. miscel. capite 3. Wisembach. disputat. 12. thesi 2. Vela decis. 47. circa quam, & ejus materiam observandi sunt textus in l. si cum duorum 32. ff. de stipul. servor. l. cum ita 16. §. 1. quando dies legat. l. §. per jurandum 13. §. si quis usufructum, ff. de acceptil. l. non quocunque, §. fundus, de legat. 1. l. inter 44. §. penult. ff. famit. ercisc. cui obstat lex 30. cum lege is qui, sequenti, de usufruct. legat. l. planè 34. §. penult. ff. de legat. 1. l. ultim. ff. si cui pluraquam per legem, l. 2. ff. de adimend. l. si cum 21. §. si fundum, ff. de except. rei judic. l. 3. §. ultimo, cum l. sequenti, ff. qua in fraudem credit. l. 3. §. si ex noxali, l. 2. §. 1. ff. pro emptore, l. cum in fundo 78 §. quod si mulier, ff. de jure dot.

(e) *Ad arbitrium boni viri*] In vero usufructu cautio hæc duas continet clausulas. Prima de utendi modo, quæ promittit usufructuarius, utrum esse arbitrio boni viri, l. 1. §. cavere, ff. usufruct. quemadmodum, idest, quod re utetur juxta ipsius conditionem, non vero reaburetur, aut eam mutando, aut deteriorer reddendo, & ut rem custodiat, oneraque ipsius subeat, & alia, quæ paterfamilias curare solet, faciat; hoc enim est uti alienis rebus boni viri arbitrio, l. 1. §. cavere, ff. usufructuarius quem l. sicutus 13. §. præteritis, l. sed cum fructuarius 67. ff. de usufruct. l. fundi 15. §. 1. ff. de usu & hab. Licet enim usufructuarius dominus sit, l. uti frui §. ff. si usufr. per. l. 4. ff. de usufruct. non tamen ita absolurè ut rem disipare possit, sed potius eo moderamine, ut sciat re aliena uti. Donellus dicit libro 10. cap. 14. Faber in rationali aditextum in dicit. l. 1. §. cavere. Merenda lib. 6. contror. capite 48. per totum. Mancinus ubi supra, num. 66. Secunda clausula est de retraendo; promittit enim fructuarius restituendum id, quod finito usufructu extabit, videlicet rem; aut si ipsius culpa perierit, ejus æstimationem, l. 1. §. 7. ff. usufructuarius quem. Gallus ub. 2. observat. capite 76. Quomodo tamen, & quibus casibus hæc cautio committatur, infra exponemus. Illud certò liquet, quod prima pars stipulationis statim ac non utitur fructuarius arbitrio boni viri, committitur; altera verò neque statim, neque sæpius, sed demùm usufructu finito committitur.

(f) *Pecuniam.*] In rebus, quæ usu consumuntur, neutrum istorum, idest de utendo re boni viri arbitrio, & ipsa restituenda, cavetur; sed hoc solum, se finito usufructu tantam pecunie quantitatem, quantam acceperat, vel rem ejusdem valoris, & qualitatis, seu ejus æstimationem restituendum, l. 2. l. 4. l. si uni 7. ff. de usufruct. earum rerum. Ratio est, quia earum rerum, quæ usu consumuntur, usufructuarius dominus sit, & ita suo arbitrio eis uti potest, & eis utendo nihil remanebit quod restituatur, nisi eadem quantitas, vel alia res ejusdem æstimationis. Fachineus lib. 8. contror. cap. 43. nonnullæ enim differentie versantur inter usufructum rerum fungibilium, & quæ usu non consumuntur. Prima, quia in his rebus tantum quasi usufructus constituitur in testamento, non verò inter vivos, l. 1. §. 2. ff. de usufruct. earum rerum.

verum; quia cum ex natura hujus quasi usufructus proveniat, ut dominium ipsarum rerum in fructuarium transferatur, isque tantundem restituere debeat, certe si hoc fieret inter vivos, nihil aliud celebraretur quam mutuum. Secunda, quia in vero usufructu quis utitur re aliena, l. 1. ff. de usufructu. in quasi usufructu autem rebus propriis, quia illarum dominus fit, dicit. l. si vini 7. Quatenus tamen in his rebus dominium secerni possit ab usu, exponit Theophilus Raynaud, tom. 4. libro 3. de viuis, sect. 3. cap. 2. fol. 241. Tertia, quia in his rebus fungibilibus nihil interest, an usufructus, an usus legetur, l. 5. §. final. l. quoniam, §. 1. de usufruct. ear. rerum: in vero usufructu usus ab usufructu separationem recipit, l. 1. ff. de usu & habit. Quarta, quia usufructus verus finitur rei mutatione, cessatione, & consolidatione, §. finitur, Institut. de usufructu: improprius verò tantum morte, & capitibus diminutione, non autem predictis modis, aut rei interitu, vel non utendo. Tandem quia in his rebus fungibilibus quasi usufructus admittitur est ex Senatusconsulto remedio cautionis, dicit. l. 1. §. constituitur. Circa quasi usufructum rerum, quæ usu consumuntur, notandi sunt textus in l. 1. §. si decem, l. 6. ff. ut in possessionem legat. l. 1. ff. de usufruct. legat. l. uxori 24. eod. titulo, l. ultim. ff. usufructuarius quemadmod. l. usufructu 69 ff. ad leg. Falcid. l. 1. C. de usufruct. l. usufructu, ff. solut. matrim. Ulpianus tit. 24. §. Senatusconsulto, ubi Cujacius, l. Julianus 9. §. Marcel. ff. ad exhib. l. sed si 11. §. 2. ff. de jur. jur. l. partis 10. ff. de prescript. verb. l. videamus 19. ff. de usur. l. in numerationibus 44. §. 2. ff. de solut. l. 15. ff. de auro & argent. l. 32. §. uxori, ff. de usufruct. legat. l. final. ff. si cui plusquam per legem, junctis Castillo de usufructu capite 14. & 17. Galbano de usufructu capite 4. Mancio ad titul. de usufructu earum rerum.

COMMENTARIUM.

6. **E**X hac Gregorii decretali sequens communiter deducitur disputanda assertio: Usufructuarium cavere debet, quod utatur fruatur rebus immobilibus, salva earum substantia, & finito usufructu eas restituat, si extant alia ipsarum rerum estimationem. Probant textus in l. si cuius 13. ff. de usufructu, l. 1. & per totum ff. usufructuarius quemadmodum, l. 4. C. de usufructu, l. uxori 24. ff. de usufruct. legat. l. si pecunia 6. ff. ut in possess. legat. l. final. C. eod. titulo, l. final. ff. si cui plus. Paulus libro 1. sentent. titul. 11. §. ultim. & lib. 3. tit. de legat. §. usufruct. Consonat lex 20. tit. 30. part. 3. Illustrant ultra congestos in præfati à Garanna & Barbosa, idem Barbosa in l. 1. §. 4. C. de usufruct. Donellus lib. 10. comment. cap. 14. Cujacius lib. 7. Pauli ad edit. in l. 2. ff. de usufruct. & lib. 75. in l. idem, & in l. si tibi 8. ff. eod. & lib. 7. respons. Papin. in l. usus, penult. ff. eod. titul. & lib. 38. Digestor. Juliani in l. 6. ff. ut in possess. Castillo de usufructu capite 17. Galbanus eodem tractat. capite 19. & 20. Gabriel de Bellis eodem tractat. capite 3. §. 1. Mancius ad titul. usufructuarius quemadmodum. Vinus libro 2. selectar. capite 19. Hunnius ad Treutl. volum. 1. disputat. 16. quest. 17. & libro 2. variar. tract. 7. quest. 24. & 25. Sesse tom. 1. decis. D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.

63. Moron. respons. 63. Valenzuela consil. 29. Sed hæc assertio difficilis valde redditur sequentibus juris considerationibus. Prima nascitur ex eo, nam fructuarium, sicut nemo alius, superflua cautione, præsertim quæ exigit fidejussores, onerandus non est, ex l. hæc 14. §. 1. ff. ut legator. sed superflua hæc cautio est, cum satis prospectum sit domino proprietatis alius juris remediis: igitur hæc cautione gravari non debet fructuarium. Probatur minor; nam quoad primam clausulam cautionis de utendo boni viri arbitrio, aperte constat; siquidem si aliter fructuarium utatur, quam boni viri arbitrio, proprietarius potest ipsum prohibere, ne ipsa re utatur, l. sed si quid, §. proprietatis, ff. de usufructu. Quoad secundam clausulam de restituenda re finito usufructu, proprietarius habet eo finito vindicationem, l. 7. ff. usufruct. quemadmodum. Ergo superflua est hæc cautio. Accedit, nam præsens cautio præstat per stipulationem, l. 1. §. 1. ff. usufruct. quemadmodum. Ergo nihil refert quod teneatur fructuarium virtute propriæ promissionis, aut ex natura usufructus. Secunda difficultas nascitur ex eo, nam debitores conditionales, qui sub conditione aliquid debent, non tenentur interim cautionem præstare, l. ultima, in fine, ff. quibus ex causis in possessionem: sed usufructuarium est debitor conditionalis, videlicet si usufructus finiatur: ergo non tenetur pendente conditione: scilicet durante usufructu, cautionem præstare. Tertio etiam in præsentem assertionem ita insurgo. Cautio ista de restituendis ipsis rebus finito usufructu, repugnat juris principiis: igitur minimè admittenda, aut exigenda est. Antecedens probatur; nam ut supra dixi, hæc cautio per stipulationem præstat: sed stipulatio post mortem promissoris concepta, videlicet cum quis promittit aliquid post mortem suam, nulla est, §. post mortem, Institut. de inutilibus, ne incipiat obligatio ab hærede, quæ non cœpit à defuncto ejus auctore: ergo præsens cautio ut juris principiis contraria, repellenda est. Accedit, nam nemo rem suam sibi dari stipulari potest, §. item, Institut. de inutilibus: ergo proprietarius, qui est dominus rei fructuarium, non potest stipulari à fructuario rem propriam, videlicet eam, in qua usufructus constitutus est.

8. Quibus difficultatibus minimè obstantibus vera est præsens assertio, pro cuius expositione sciendum est, quod cum usufructuarium de anteriorem causam proprietatis facere non debeat, & æquum sit, reddi securum proprietarium, ideo Prætorum cavisse usufructuarium cogere cautionem præstare de utendo boni viri arbitrio, & de restituendo quod superest finito usufructu: circa quam cautionem præcipuum dubium apud Interpretes est, an hujusmodi cautio sit de substantia usufructus? Quod ut exponamus discrimen est constituendum inter cautionem, quæ præstat in vero usufructu, & quæ intervenit in quasi usufructu. Circa primam certum est, non esse de substantia usufructus, ut post alios probant Donellus lib. 10. comment. cap. 14. Galbanus de usufr. cap. 19. quæ sententia suadet primò ex eo, quia in definitione usufructus adducta tam à Paulo in dicit. l. 1. ff. de usufructu, quam Justiniano in dicit. princip. Institut. de usufr. nulla mentio fit similis cautionis: igitur
Kk 3

quia non est de substantia. Secundò si esset de substantia, non posset à iure remitti illis personis, quibus remitti solet, ut infra dicemus. Deinde hanc cautionem edicto Prætoris introductam esse refertur in l. i. ff. usufructus quemadmodum. Sed pluribus retrò annis usufructus reperiebatur: igitur quia hæc cautio non est substantialis. Faciunt etiam plura juris testimonia, in quibus supponitur, cautionem præstari post constitutum usufructum, immò & usufructum finiri adhuc ea non præstita, l. i. §. illud. l. 3. §. desinere, ff. usufructuar. quemadmodum. l. 4. C. de usufr. igitur quia talis cautio non est de substantia. Nec obstat, quod cautio non præstita non competat usufructuario petito ex titulo Digitorum si usufructus peratur, l. si cuius 13. §. usufructu. ff. de usufructu: nec etiam potest fructus percipere ante præstitam cautionem, l. si uxori 24 ff. de usufruct. legat. l. tribus 8. ff. de usufruct. l. i. C. eod. l. 6. ut in possess. Immo proprietatis dominus cautione non præstita à fructuario, vindicat, aut repetit rem ipsam, in qua usufructus est constitutus, l. est 7. l. ultim. ff. usufructuar. quemadmodum. Nam ea omnia evincunt, teneri usufructuarium cautionem præstare, non tamen usufructum constitui non posse absque cautione; ut enim emolumentum percipiat fructuarium, debet cautionem præstare, non tamen prohibetur absque ea usufructus constitui. Facit Paulus libro 3 sentent. tit. de legatis, §. usufructu. ubi ait, cautionem ab usufructuario præstari solere: igitur quia non desideratur pro substantia. Circa cautionem verò, quæ datur in quasi usufructu earum rerum, quæ usui consumuntur difficilior hæsitatio est. Et de substantia usufructus esse, tenuerunt Bartolus, Paulus, Fulgofius, Alexander, & alii relati à Pinello in l. i. num. 28. ff. de bonis m. uern. Angelus, Arelinus & alii relati à Castillo de usufructu lib. 1. cap. 15. numero 25. pro quibus faciunt sequentia juris fundamenta. Primò textus in §. constituitur, Instruit. de usufruct. ibi: Sed per cautionem quasi usufructum constituitur. Ubi docet Iustin. usufructum ipsa cautione constitui; & probatur ex l. 2. §. 1. ff. de usufruct. earum rerum, in illis verbis: Sed remedio introducto cepit quasi usufructus haberi. Remedium enim pro cautione dixit Consultus, quia cautiones remedia appellantur, l. Mutiana 7. l. heres meus 79. §. caveri, ff. de condit. & demonstr. ergo talis cautio tanquam constitutiva quasi usufructus substantialis est. Secundò facit textus in l. i. C. de usufruct. ibi: Oblatam secundum formam Senatusconsulti cautionem. Ubi pro forma cautionem in hoc quasi usufructu deberi docetur. Facit tandem textus in l. penult. ff. de usufruct. earum rerum, ubi cum agatur de hoc quasi usufructu, & de cautione in eo præstanda, hæc verba profert Ulpianus: Sed ad Senatusconsultum erit descendendum, quod de cautione eorum loquitur. Ex quibus deduci videtur, cautionem hanc substantialem esse quasi usufructus. Contrariam tamen sententiam, quam ut veriore amplectimur, videlicet, nec in hoc quasi usufructu cautionem esse de substantia, tenuerunt Glossa in l. i. C. de usufruct. Azo in summa, C. eod. tit. num. 2. Immola in presenti, numero 18. Castillo de usufructu, capite 15. numero 26. Besoldus in delib. juris ad tit. usufructuarium, &c. Galbanus eod. tractat. capite

19. numero 14. & pro ea faciunt primò textus in l. hoc §. 1. ff. de usufruct. earum rerum, ubi refertur, cautione non præstita, quasi usufructum constitui & finiri: igitur quia absque ea consistere poterat. Secundò textus in l. si tibi 6. ff. eod. ubi Consultus ait, hanc cautionem à quasi usufructuario desiderari; satis inueniens, ex necessitate eam non provenire; immò eam ad similitudinem veri usufructus iste improprie introductus sit, & in usufructu vero cautio essentialis non sit, nec in hoc improprie necessitò desideratur. Deinde, nam hæc cautio introducta est ad securitatem, non ut ea usufructum constituat: ergo non est substantialis: quis enim dicat, quod si mutuo accedat fidejussor, fidejussorem esse substantialem mutui? Similiter ergo in quasi usufructu ratiocinandum est, cum caprum in eo differat mutuum ab hoc quasi usufructu, quòd mutuum esse contractus inter vivos celebratus; at quasi usufructus testamento constituitur. Retentà igitur hac opinione, non obstant contrarie sententiæ fundamenta. Non primum deductum ex dicit. l. i. §. 1. & §. constituitur. Instruit. de usufruct. Nam respondendum est, eorum iurum verum sensum esse, quod Senatusconsultum inducto hoc cautionis remedio fecit, ut quasi usufructus natura constitueretur: sed sicut in vero usufructu distinguitur substantia à natura, ita in quasi usufructu separatur; substantia enim quasi usufructus in eo consistit, ut testator leget alicui facultatem utendi, & abutendi tali re fungibili: quo casu proprietatis loco habetur obligatio reddendi quantitatem, seu estimationem finitò usufructu, l. i. ff. de usufruct. ear. rerum. De natura autem improprie usufructus illud est, ut accedat fidejussio, seu prædicta cautio; unde cum ea, quæ sunt de natura actus, non omnia sint de substantia, ideo præfens cautio Senatusconsulo inducta non est substantialis, licet sit de natura ipsius quasi usufructus. Nec obstat textus in dicit. l. penult. Nam respondetur, usum huius cautionis Senatui introduxisse non pro substantia, sed ad naturam quasi usufructus; nam licet in usufructu vero cautio nec ad ejus naturam spectet, in improprie tamen ex natura ejus desideratur. Ratio differentie in promptu est, nam cum in usufructu vero etiam non præstita cautione finitò usufructu habeat proprietatis dominus vindicationem ad repetendam ipsam rem, non ita necessaria est cautio; in quasi usufructu autem cum non datur talis vindicatio, necessaria est ad securitatem prædicta fidejussio. Nec obstat textus in dicit. l. i. C. de usufructu: nam ibi forma accipitur pro forma ipsius quasi usufructus, ut in l. inter 42. ff. de pact. l. in integre. 22. ff. de minor.

Huic questioni proxima est alia non minus vexata, an videlicet hæc cautio à fructuario præstanda, remitti possit à testatore Et remitti non posse, ex l. penult. C. ut in possess. mitti poss. legat. l. 6. ff. eodem tit. l. i. C. de usu fructu, docuerunt Gailius libro 2. observ. capite 145. Castillo de usufructu dist. capite 15. Cujacius in dicit. l. penult. Donellus libro 10. capite 14. ubi Osualdus littera E. Bronchorst. enantioph. centur. 2. assert. 89. pro quibus etiam faciunt nonnulla juris rationes. Prima, quia nemo potest facere quin leges in suo testamento locum

eum non habeant, *l. nemo 55. ff. de legat. 1. nec* privatorum cautionibus jus publicum ladi valet, *l. jus publicum, ff. de pactis, l. ultim. ff. de suis & legitimis*. Secunda, quia hæc remissio est contra bonos mores, siquidem invitatur fructuarium ad delinquendum, hoc est non utendo boni viri arbitrio: quare ut juris dispositioni contraria attendi non debet, ex *l. filii 15. ff. de condit. & demonstr.* Tertio, quia non potest testator heredem proprium legis Falcidie beneficio privare, *l. quod bonis 15. §. frater, l. Servus 27. ff. ad leg. Falcid.* ergo nec beneficio hujus cautionis. Contraria tamen sententia, videlicet testatorem cautionem prohibere posse, non levioribus nititur fundamentis. Primum, quia quod potest fieri testamento. *Novel. 22. §. disponat testator, & erit lex*: sed lege remitti potest hæc cautio, ut statim dicemus: ergo & testamento remitti valet. Secundum quia quilibet potest jus pro se introductum remittere, *l. si iudex 41. ff. de minor. sed testator dominus est rerum hereditarum, l. 1. §. sciendum, ff. de legat. 3. §. non solum, Instic. de leg. ergo potest prohibere heredi ne cautionem exigit pro his rebus conservandis: ita docuerunt Alexand. volum. 6. consil. 120. & volum. 3. consil. 58. Franc. Vivius commun. opin. verbo Ususfructus. In qua opinionum varietate Marc. Lyclam. lib. 7. memb. eclog. 13. & Arnoldus Vinius lib. 2. select. cap. 29. novâ utrunque distinctione, discrimen constituendo inter cautionem fructuarium pro ea parte, quæ circa usum boni viri arbitrio versatur; & inter eam, quæ circa rei restitutionem finito usufructu vertitur. Quoad primam partem affirmant, cautionem remitti non posse à testatore: quoad secundam verò clausulam remitti posse, quia remanet proprietario aliud remedium, videlicet rei vindicatio, ad vindicandam rem finito usufructu. Noviter etiam Marcus Aurelius Galbanus de usufructu cap. 20. discrimen constituit inter jus exigendi hanc cautionem, & usum ipsius juris; ita ut testator non possit remittere jus exigendi cautionem, usum verò remittere possit; & suprà relata utriusque sententia fundamenta accipit ita, ut quæ probant cautionem hanc remitti non posse, procedant respectu juris eam exigendi; quæ verò eam remitti posse evincunt, ad usum ipsius referantur. Illud verò notandum est, remisso à testatore jure exigendi cautionem, posse legatarium eam offerre, & usufructum consequi, *l. 6. ff. ut in possessionem, l. 1. C. de usufruct.* licet contrarium teneat Hunnius ad Tremil. lib. 2. tract. 2. q. 26. motus ex eo, quod contra legem sit, pro infecto haberi, *l. non dubium, C. de legibus*: nam in præsentî casu testator legando usufructum non disponit contra jus, licet contra illud faciat remittendo jus exigendi cautionem: unde rectè potuit constitui usufructus oblatâ cautione.*

Superest, ut de personis, à quibus & quibus præstatur hæc cautio, agamus. Et generaliter ab omnibus usufructuariis hæc cautio præstanda est, *l. si cuius 13. in princip. ff. de usufruct.* unde sive usufructus sit rei mobilis, sive soli, interponi debet cautio, *l. 1. §. 1. ff. usufructuarius quemadmod. quocunque modo constituitur usufructus, sive à lege, sive à iudice, sive testamento, aut contractu, sive ipso jure, sive tuitione Prætoris, ut in l. si usufructus, §. illud, ff. usufructuarius quemadmod. sive à vero domino constituitur, si-*

ve ab illo qui tantum habet dominium utile, ut superficies, & emphyteuta, *l. 1. ff. quibus modis usufruct.* immò etiam non usufructus, sed quid aliud sub appellatione usufructus relinquatur; ut si habitatio, vel operæ servorum, vel animalium, aut si messis, vel vindemia in singulos annos legetur, cautio præstanda est, *l. 4. §. ult. l. 5. ff. usufructuarius quemadmod.* Quinimò etiam non usufructus, sed usus tantum relictus sit, cautio præstari debet, *l. 4. §. 1. l. penult. ff. usufructuarius quemadmod.* Et licet legatum relictum habitationis, seu operarum per omnia usufructum non imitetur, *l. fundi 38. ff. de usufruct. legat. l. si habitatio, ff. de usu & habit.* *l. cum antiquitas 12. C. de usufruct.* tamen huiusmodi legatarii uti debent boni viri arbitratu, & morte finitur tale legatum; ideoque cautio ista in illis locum habet. Omnes igitur usufructuarii regulariter cavere debent; & si plures sint fructuarii, omnes cavere tenentur: in ea autem specie cum testator Mævius legavit usufructum, & rogavit ut illum restitueret Sejo, Sejus tantum satisfacere debet, nisi aliquo casu usufructus redire possit ad legatarium, *l. si usufructus 9. ff. usufructuarius quemadmod.* Mævius enim non videtur in re usufructuarius, cum illum debeat Sejo restituere, *l. non videtur, ff. de reg. jur. excipiuntur tamen ab hac generali regula, primò pater, qui usufructum legalem habet in bonis adventitiis filii; illi enim sacris constitutionibus hujus cautionis necessitas remissa est, l. cum oportet, §. non autem, l. final. §. si autem, C. de bonis maternis; ubi ait Imperator, pro justa reverentia remitti patri hanc cautionem. Cur enim pietas ac reverentia paterna satisfactionis vicem suppleant? Docent Donellus, & Galbanus ubi suprà, Scipio Gentilis de bonis maternis, cap. 8. Sed hæc Imperatoris constitutio difficilis redditur ex sequentibus juris principiis. Nam si pater gerat tutelam filii impuberis, tenetur satisfactionem præstare, *l. si superstitem, C. de dotibus, l. licet, C. ad leg. Falcid.* Ergo similiter tenetur ratione usufructus legalis cautionem præstare. Deinde, nam si pater administrat bona filii, tenetur satisfactionem præstare, & rationes reddere, *l. litis, §. patres, ff. de negotiis gestis*: ergo & utens rebus adventitiis filii tenetur rationes reddere, & per consequens satisfactionem præstare. Faciunt etiam textus in *l. jubemus, §. in supra dictis, C. ad Trebel. l. hac edictali, §. si illud, C. de secund. nup. in quorum specie pater cautionem præstat pro rebus filii: igitur & præsentem cautionem præstare cogendus est. Ratio etiam ab Imperatore adducta non levem continet difficultatem; nam æqualem reverentiam debet filius patri, ac matri, *l. 4. ff. de curat. furios.* unde sicut ob reverentiam filius non potest absque venia in iudicium vocare patrem, *l. parenti 6. ff. de in jus vocando*: ita nec matrem, *l. 4. §. 1. ff. eodem*: sed mater eo casu, quo habet usufructum bonorum filii, tenetur cautionem præstare, *l. usu 11. C. de usufruct. dicta l. hac edictali, §. his illud*: ergo & pater cautionem istam præstare tenetur. Sed adhuc defendenda est prædicta Imperatoris constitutio. Nec obstat, quod de patre tutore dicebamus; nam magnum discrimen versatur inter patrem, tutorem, & fructuarium; quod in eo consistit, quia tutela tantum respicit utilitatem pupilli, at verò usufructus continet totius rei emolumentum, plenissimamque potestatem, quam in illis**

rebus jus patri tribuit, *l. 1. & passim, C. de bonis maternis*. Similiter etiam in *d. l. l. i. s. 6. patri*, non agitur de satisfactione à patre præstanda, sed de rationibus reddendis. Nec rectè sequitur: Cogitur pater rationes reddere: igitur & cautionem præstare. Deinde quia ibi agitur de filio emancipato, inter quem, & patrem obligatio contrahi potest, *l. 4. C. de pactis conventis*. Nec etiam obstat textus in *d. l. jubemus, l. hac editali*, qui loquuntur in patre transeunte ad secundas nuptias, in quo adest specialis ratio, ut pater teneatur cautionem præstare, quam assignat Scipio Gentilis *ubi supra*. Nec obstat augmentum deductum à matre, quæ cogitur præstare hanc cautionem; nam inter utrumque parentem magna versatur differentia; pater enim non cogitur cautionem præstare, quia non spectat ad ipsum usufructus, tanquam ad dominum ipsarum rerum, sed tanquam ad patrem virtute patriæ potestatis, *l. 6. C. de bonis qua lib. quæ cum non detur in matre, s. femina, Instit. de adop. immò ad ipsam ex aliis causis spectet usufructus, ideo ipsa tenetur præstare hanc cautionem: & cum quoad titulum de in jus vocando tantum attendatur naturalis reverentia, quæ æqualis est in patre, ac in matre, sine venia in jus vocari non potest: at in cautione præstanda, vel non, respicimus patriam reverentiam conjunctam cum patriâ potestate, & sic pater eam non præstat, mater verò cavere cogitur: docuerunt Galbanus, & Gentilis *ubi proxime*; unde infertur, quod si pater aliquo casu habeat usufructum bonorum castrensis peculii, ut in *l. pater 15. s. ult. ff. de castrens. pecul. tenebitur præstare cautionem, argumento textus in l. 2. ff. ad Macedon. l. l. i. nulla 4. ff. de iudiciis*. Secundò cautionem hanc præstare non tenetur fiscus, *l. 1. s. si ad fiscum, ff. ut legatorum*; quia fiscus non solet satisfacere, *l. 3. s. 1. ff. de carbon. edict. l. 3. s. 5. ff. si cui plus quam per legem*; cum semper presumatur esse solvendo, *l. 2. in fine, ff. de fundo dotati*. Unde cum cautio hæc petatur ad securitatem, frustrâ exigitur à fisco. Etiam cautionem præstare non cogitur usufructuarius, cui in diem certum proprietatis relicta est, *l. si usufructus, s. pland, ff. de usufructu*, cum superflua videatur talis cautio, quia prioritas ad ipsum spectat: unde in casu legis pecunie *8. ff. de aliment. legat. usufructuarius non cavet*, quia proprietatis ad ipsum quoque spectabat. Succedunt personæ, quibus cautio hæc præstatur; & certum est, cavendum esse illi, ad quem finito usufructu res ipsa pertinebit, aut reddituram fore speratur, *l. si tibi, ff. usufructuarius quemadm.* ut si usufructus legatus sit, proprietate penes heredem remanente, illi caveatur: si autem alii proprietatis legata est, illi cavendum erit; & si plures sint legatarii, omnibus pro sua parte caveri oportet: immò etsi proprietatis legata sit sub conditione, & legatario propter implementum conditionis, & heredi propter ejus defectum cavendum est, *d. l. si tibi, l. si servi 10. ff. usufructuarius quemadm.* Nec contrarium probat textus in *l. final. ff. si cui plus quam per legem*: ubi cum legata esset proprietatis sub conditione, legatario illi conditionali non caverit. Nam discrimen est constituendum inter eum casum, in quo proprietatis legatur sub conditione, si navis ex Asia venerit, quæ adimpleri potest durante usufructu; & in-*

ter illum, in quo conditio adjecta est, si usufructus ad fructuarium desierit pertinere; quæ conditio adimpleri non potest, nisi finito usufructu. Unde usufructuarius illi cavere non cogitur, cum evenire non possit, ut usufructu pendente proprietatis ad illum pertineat.

Quibus ita animadvertis jam apparet vera ratio præsentis decisionis; nam sicut usufructuarius uti potest re fructuaria, ita & dominus proprietatis debet esse securus de ipsa proprietate, *l. si cuius 13. ff. de usufructu*; & quia illius interest ad jus domini conservandum varias habere actiones, pluraque remedia, *l. cum filius 76. s. variis, ff. de legat. 2.* inde ut plene securus sit, illi caveri debet à fructuario, stipulatione interpositâ, & fidejussoribus datis; præcipue quia si ita usufructuarius obstrictus non esset, facile ipse invitaretur ad delinquendum utendo perperam re fructuaria: quare ut securus sit dominus proprietatis, hujusmodi cautio præstanda est, quæ committitur cum contingit aliquod ex eo, quod comprehensum est in ipsa cautione, videlicet si usufructuarius male re ipsa usus fuerit, aut usufructus finiatur; ita tamen, ut ex priori clausula toties quoties usufructuarius boni viri arbitrio non utatur, agi possit; ex secunda verò tantum cum finitur usufructus. Est tamen casus, in quo etsi committatur cautio, agi tamen ex ea non potest; de quo in *l. 3. s. ultimo, ff. usufructuarius quemadm.* ubi si proprietarius alienavit proprietatem, & postea committatur cautionis stipulatio, proprietarius, cui cautum fuit, non potest agere; quia hæc cautio favore proprietatis interponitur, & cum ipse ejus dominus non sit, pervenit jam res ad eum casum, à quo incipere non poterat, & per consequens vitatur, *l. existimo 99. l. pluribus 140. ff. de verb. oblig. l. quia in eum 16. ff. ad leg. Aquil. non proprietarius novus, quia ipse non fuit stipulatus; & ita ex ea stipulatione agere non potest, ex l. quedam 9. s. 1. ff. de edendo, l. damni 18. s. sed quod, ff. de damno infecto l. quæcumque, ff. de obl. & act.* Duobus etiam casibus etsi committatur stipulatio, ex eaque agi possit, tamen exceptione doli opposita actio eliditur, veluti usufructus repetitus sit, qui repeti potest, in *l. repeti 5. ff. quibus modis usufructus*. Moez observ. cap. 9. Robertus lib. 1. animadu. cap. 5. Pareja in orio quadrimestr. 2. p. num. 20. tunc enim si amittatur usufructus, committaturque stipulatio; quia tamen repetitus est, ex ea stipulatione cum effectu agi non potest, *l. 3. s. 2. usufructuarius*; vel si proprietatis cepit pertinere ad ipsum fructuarium, ut in *l. 3. s. 3. ff. eodem*, ubi explicat Ant. Faber.

Nec obstant dubitandi rationes supra adductæ. Non prima; nam præsentis cautio nullo modo superflua est, siquidem interest proprietarii plures habere actiones ad conservandum jus proprium; præsertim cum vindicatio exigat probationem domini, quæ perdifficilis plerumque est, *s. commodum, Instit. de interd. l. is qui destinavit 24. ff. de rei vind.* & in actione personali, quæ ex hujusmodi cautione nascitur, tantum queritur, an stipulatio interposita, commissaque sit, ut detur actio in reum principalem, ejuque fidejussorem, *l. quicquid 99. l. qui Rome 122. ff. de verb. oblig.* unde nullo modo supervacua est præsentis cautio. Nec obstat primum difficultatis augmentum; nam ut voluntas testatoris conserve-

tur, non solum qui pure debent, verum & qui sub conditione cautionem præstare coguntur, *l. 1. l. eiam 15. ff. ut legatorum nomine*: unde licet usufructuarius teneatur tantum restituere finito usufructu, rectè potuit cogi cavere in casum restitutionis finito usufructu. Nec obstat secunda difficultas; nam stipulatio præsens non concipitur post mortem promissoris, sed casus illos diversos continet de re bene utendo, & restituendo quod superest finito usufructu. Et licet usufructus præcipue morte finiatur; tamen nec eo casu incipit obligatio ab hærede, quæ non cæperat à defuncto; nam defunctus cum alienis rebus, tenebatur eas restituere, saltem eo tempore, quo jam illis uti non poterat, veluti in ultimo vite spiritu; unde eas restituet hæres tanquam alienas, & in quibus defunctus dominium non obtinebat. Nec obstat ultimum augmentum difficultatis; nam aliud est stipulati rem meam mihi dari, aliud rem propriam restituere. Primo casu stipulatio nulla est, quia quod meum est, amplius fieri non potest meum, *l. in bello 12. §. si quis servum, ff. de captivis*, §. sic itaque. *Instit. de action.* Secundo verò casu, quod meum est, utiliter stipulor, quia id restituere potest, *l. officium 9. l. qui restituere 63. ff. de rei vind.* quomodo concipitur stipulatio in præsentem specie, videlicet de restituendo quod superest finito usufructu, ut exponit Faber *in l. 1. §. final. ff. usufructuarius quemadmod.*

Suprà traditum, cum hæc cautio publicè disputanda proponitur, varia juris testimonia opponi solent, ex quibus selectiora opponere, exponereque decrevi. Et primò opponi solet textus *§. 2. ff. de in l. uxoris 24. ff. de usufruct. legat. ibi Super his non cavebitur.* In quibus cum agatur de usufructu legato sortis principalis, docetur usufructuarius non teneri cautionem præstare: igitur quia præsens cautio necessariò non desideratur. Pro cuius textus expositione dicendum est, usufructuarius teneri cavere de his rebus, quas finito usufructu restitutus est; non verò de his, quas statim lucratur: unde cum in eo textu agatur de usufructu, quæ sunt fructus sortis, *l. 3. ff. de usufruct. car. rer. l. usura, ff. de usuris*; & eas jam hæres debuisset propter moram commissam in solutione legati, non tenetur usufructuaria de eis cautionem præstare, quia illas statim suas facit, nec finito usufructu restituere tenetur. Secundo opponi solet textus *in l. in numerationibus 44. vers. Item si ff. de solut.* ubi asseritur, hæredem tradendo usufructum, se liberare, & usufructuarius simul sibi obligare; & nulla fit mentio cautionis præstite à fructuario. Igitur etiam nullà cautione præstita fructuarius obligatur hæredi, id est domino proprietatis. Cui difficultati respondendum est, supponendo in eo textu cautionem intercessisse, & ita uno actu hæres tradendo usufructum liberatur, & simul vitute cautionis legatarius usufructum accipiendo obligatur.

Tertiò opponi solet textus *in l. hac editi, §. 1. C. de secund. nupt.* ubi Imperatores Leo, & Anthemius cum pœnas in marces secundo nubentes statuerent, inter alias sanxerunt, ut res sibi donate ante, vel propter nuptias à primo marito, quoad proprietatem reserventur filiis prioris matrimonii; quod etiam cavetur *in l. firmine 3. C. eod. tit. Novella 22. de nupt. §. si petet*; earum verò usufructus ad matrem spectet, ita

ut non præstet cautionem, cum res immobiles non ita facile evantantur, & bona ipsius pro earum restitutione rectè obligata sint. *§. omnibus, ejusdem legis.* Inter immobilia enumerant Imperatores mancipia, id est servos illos, qui agris & glebæ adscripti sunt, ut moveri non possint, & ut membra prædiorum judicantur; & ideo inter immobilia recententur, *l. longè, ff. de divers. tempor. l. 4. §. in servis, ff. de censibus.* Enumerant etiam annonas civiles, id est panes illos, qui olim Romæ, & Constantinopoli pauperibus distribuebantur certo tempore: & quia in gradibus dabantur, panes gradales dicebantur, de quibus extat titulus *17. lib. 15. C. Theodos. de annonis civibus, & pane gradali*: de eis Prudentius contra Symmachum agit ibi:

Et quos panis alit gradibus dispensus ab albis.

Eos civiles vocat Iustinianus *in l. cum quidam 31. §. praterea, C. de iure delib. annonas civiles in aubent. de non alienandis, §. hæc ergo.* Illustrant Alciatus *lib. 8. parerg. cap. 5.* Lipsius *lib. 1. relect. cap. 8.* Cujacius *in d. l. hac editi*, Cironius *ad tit. de præbend. Plura* Iacobus Gothofredus *in tit. C. Theodos. de annonis civibus*; & de pane gradali agit Petavius *in notis ad epistolam 4. Theophrasti, Cujacius lib. 26. observ. cap. 17.* Salmasius *in notis ad Flavium Vopisc. in Aretel. Buleg. lib. 6. de hæper. cap. 14. & 15.* Pancitola *lib. 2. variar. cap. 209.* Schol. Juven. Satyr. Liplius *1. relect. cap. 8.* Gutherus *lib. 2. de offic. cap. 11. Juret. ad Prud. lib. 1. contra Symm. cap. 108.* Tales autem annonæ certis domibus assignabantur, unde rectè inter immobilia recententur. Prosequuntur Imperatores circa res mobiles, & ajunt, quod si res mobiles sunt donate, vendantur, seu æstimantur per arbitros à partibus electos, & usufructus matri tradatur, ita ut cautionem fidejussoriam præstet; & si eam præstare noluerit, filii eas res detineant, & cautionem præstent matri de reddendis usibus trientibus integræ æstimationis; si autem neutra pars præstet cautionem, res ipsæ mobiles remaneant penes matrem. Ex qua ultima parte deducitur, res remanere quoad usufructum penes matrem, si cautionem præstare noluerit: ergo non cogitur præcisè fructuarius cautionem proprietario præstare. Cui difficultati satisfaciendum est dicendo, in eo ultimo casu, cum nec filii cautionem præstant, bona illa mobilia remanere penes matrem, non jure usufructus, sed eo jure, quo antea habebat, videlicet donationis propter nuptias. Quare tunc nulla cautio fructuaria præstatur. Prosequitur latius ipsius textus interpretationem Gentil. *de bonis matern. cap. 12.*

Quartò opponi solet textus *in l. 1. §. si decem 17. ff. ut legatum*; ubi proponitur, Titio legata fuisse decem, quæ in arca testator habebatur, ut *in l. si servus 10. §. qu. quinque ff. de legat. 1.* Sempronioque ejusdem quantitatis usufructum: quaesitum fuit, quomodo ambo pervenire debeant ad legatum? Et respondet Ulpianus, quod si pure utrumque legatum relictum est, Titium decem vindicaturum, Sempronium verò oblatà cautione usufructum quinque habiturum; quia cum alicui legatur fundus, & alii ipsius fundi usufructus, ambo perveniunt ita ad legatum, ut scindatur inter eos usufructus, *l. si Titio, l. si alii, ff. de usufruct. legat.* docet Chumacero *select. disput. 7. num. 7.* sic in præsentem specie Titius propter proprietatem habet sumi-

15. *Explicatur l. 1. §. si decem ff. ut legator.*

liter partem legati usufructus; & si Titius integra decem vindicaverit, repellitur exceptione doli, quia fructuarius de restituendis quinque finito usufructu heredem cavere debet: sed si Titius decem sic assecutus, haeres, & fructuarius utilem actionem contra ipsum habent ad quinque: sed si sub conditione (protequitur Vipianus) relicta legata sint, fructuarium obligata cautione usufructum habiturum, Titium vero posse petere cautionem ex titulo, *De legato. rimum: sed si extiterit conditio, adhuc non obligata cautione posse Titium ad exhibendum agere: & si ignorans haeres fructuario decem tradiderit, ipsum ad exhibendum non teneri, quia nec possidet, nec dolo desit possidere, l. si haeres 61. ff. de legat. 2. succurrendum tamen esse legatario. Ex qua diffusa specie constat, fructuarium non teneri cautionem praestare, nec legatario proprietatis, nec heredi. Non legatario, ex illis verbis: *De restituendis quinque heredi cavet. Non heredi, ex illis verbis: Succurrendum legatario.* Igitur verum non est, fructuarium teneri cautionem praestare proprietatis de utendo boni viri arbitrio, & restituendo finito usufructu quod supererit. Cui difficultati respondendum est, in primo casu tantum de quinque cautionem praestari heredi, quia adhuc legatarius proprietatem non fuerat assecutus: secundo casu succurritur tantum legatario, quia tempore, quo haeres tradidit decem fructuario, exigit cautionem ab eo; unde eo casu tantum succurritur legatario, tam ad repetendam cautionem, quam partem ipsius quantitatis; & ita in eo textu cautio praestatur utroque casu illi, cui de iure iuxta supra adducta praestanda est.*

16. Quinto objici solet textus in *l. Julianus 9. §. Marcellus, ff. ad exhibend.* ubi proponitur, usufructum nummorum, aut numularum (nam numismata etiam nummorum appellatione comprehenduntur, *l. si autem 27. ff. de auro & argento.* docet Antonius Augustinus de *numismat. dialog. 1.*) fuisse relictum, haeredemque ignorantem usufructum tradidisse sine ulla cautione: & cum quaereretur, quomodo legatario proprietatis succurrendum esset? Respondet Consultus legatario dandam esse actionem in factum. Ex quo textu ita arguitur. Si cautio esset praestanda a fructuario domino proprietatis, ipse postea eam condicere, cum assequamur per conditionem incerti quod nobis debetur, *l. 5. §. 1. ff. de usufruct. l. 4. §. si pars, ff. de condit. indeb.* Ergo conditio, non actio in factum danda erat. Accedit, nam in eadem specie conditio datur in *l. 7. §. usufructus quemadmod. l. peto 69. §. frater, ff. de legat. 2.* pro cuius difficultatis solutione, illorumque iurium conciliatione discrimen est constituendum inter eum casum, in quo qui ignorans tradidit usufructum, proprietarius erat; & inter eum, in quo qui tradidit, dominus non erat, quia ad alium proprietatis spectabat. Primo casu proprietario ignoranti conditio competit, quia illi cavendum erat a fructuario: secundo casu illi, ad quem perventura est proprietatis, datur actio in factum utilis, ad similitudinem actionis directae, de qua late agit Merillus *lib. 1. variant. ex Cujacio cap. 10.* Unde in dicta *l. Julianus, §. Marcellus,* legatario qui proprietarius non erat, tempore constitutionis usufructus actio in factum datur; at vero in *d. l. 7. heredi,* quia erat dominus proprietatis,

conditio competit. Quae distinctione etiam exponendus est textus in *l. partis 10. ff. de praescript. verb.* ubi similiter actio in factum datur illi, qui dominus proprietatis non erat, nec ab eo usufructus constitutus fuerat: quem textum late exponunt Oroz *lib. 1. de apicib. juris, cap. 2. per totum.*

Sexto opponi solet textus in *l. si homo 35. ff. de usufruct. ubi cum servi usufructus legatus esset, & nondum tradito, seu constituto usufructu, servus furem us esset, quaesitum fuit, an ipse efficeretur furvus, & quis actione furti agere possit? Et respondit Julianus, quod cum adhuc servus traditus non esset fructuario, nec cautio praestata, ipsum tantum furti agere posse, non heredem; si vero jam traditus fuerat, & cautio interposita, heredem etiam furti agere valere. Quem textum ita adversus supra tradita expendo. En textum, ubi heredi datur actio furti eo casu, quo constitutus, & traditus erat usufructus: igitur quia aliam actionem propriam non habebat, & per consequens cautio interposita non erat, unde securus esset, alioquin illi non daretur furti actio, cum illius nihil interesset, quia alius securus erat: igitur quia cautio non praestatur a fructuario; & si praestatur, parum operatur. Pro cuius textus expositione, ommissa alia ejus difficultate, quomodo videlicet in primo casu detur actio furti fructuario absque interversione possessionis, quam docet Pinellus *lib. 2. sect. cap. 9. Chumacero sect. diffus. 4. num. 12. Amaya lib. 2. observ. cap. 7. ex num. 32. D. Josephus de Retes lib. 7. opusc. de substantia furti, num. 31.* exponunt, ut praedictae difficultati satisfaciamus, dicendum est, heredem habentem actionem ex cautione, habere etiam actionem furti; quia similes actiones diversis in casibus competitur: actio videlicet ex cautione, quando stipulatio commissa est; furti vero actio, quando res surrepta fuit: quo casu stipulatio non committitur, & ideo non competit actio ex tali cautione; siquidem fructuarius non tenetur praestare nisi custodiam arbitrio boni viri, *l. 12. §. Julianus, ff. de usufructu.* Unde dicendum est, in secundo casu ipsius textus jam cautionem fuisse praestitam, & nihilominus heredem furti agere posse; quia eo casu stipulatio non committebatur, & per consequens actio ex cautione illi non competebat.*

Septimo supra traditis opponi solet textus in *l. cum ita 16. §. ultimo, ff. quando dies legati, ubi supponitur, usufructum posse pertinere ad hereditatem jacentem, cum hereditas cautionem praestare non possit: igitur quia necessarium non exigitur ut usufructuarius cautionem praestet proprietario; siquidem absque ea recte constituitur usufructus. Cui difficultati respondendum est, negando usufructum per personam servi posse pervenire ad hereditatem jacentem; quia cum exigat personam, quae utatur, fruaturque, *l. hereditas 61. ff. de acquir. rer. dominio, l. usufructus 26. ff. de stipul. servor.* eamque hereditas non habeat, *l. hereditas, ff. de perit. heredit. Valentia rom. 3. illustrum, tract. 3. q. 2.* ideo hereditati jacenti acquiri usufructus nequit. Nec contrarium probatur in dicto *§. ultimo:* nam illa verba, ad hereditatem, accipienda sunt, id est, ad heredem, ut in *l. quaesitum 91. §. 6. ff. de legatis 1. ut docuit Cujacius lib. 35. Digest. Julianus, in dicto §. 6. et lib. 25. observ. cap. 40.* Opponi solet*

solet textus in l. inter fructuarium, ff. de damno infecto, ubi docetur, virtute cautionis non teneri fructuarium reficere domum, quod spectat ad usum boni viri arbitrio. Igitur quia virtute cautionis non tenetur fructuarius vel juxta boni viri arbitrium. Cui difficultati respondendum est discrimen constituendo inter eum casum, in quo domus ruinam patitur ob vitium soli, que non potest vitari nisi destructa domo; quo casu fructuarius non tenetur domum reficere: aut vitium est ædium, & tunc reficere tenetur fructuarius, & nisi reficiat, committitur stipula-

tio ex prima clausula cautionis. Differentiæ ratio in eo consistit, quia primo casu diruta domo, rei mutatione finitur usus fructus, & ita fructuarius non tenetur domum diruere & reficere: secundo verò casu, cum res non mutetur, immò ad utendum ea refectio desideretur, tenetur fructuarius eam reficere; & nisi reficiat, domusque diruatur, quia stipulatio committitur, & per eam satis prospectum est proprietario, non potest ipse à fructuario petere novam cautionem damni infecti nomine,

TITVLVS XXII.

De fidejussoribus.

CAPUT I.

Ex Concilio (a) Cantuariensi.

CLERICUS fidejussionibus interserviens, (b) abjiciatur.

NOTÆ

(a) *Cantuariensi.* Ita legitur in hac sexta collectione, & in prima, sub hoc tit. cap. 3. & apud Burchardum lib. 3. Decreti cap. 70. & Ivonem Carnotensem 6 Decreti. cap. 264. legitur Carthaginensi: sed certe in nullo ex Conciliis Carthag. repetiuntur hac verba; extant tamen in can. 20. Apostolorum, & apud D. Clementem eorum auctorem, cap. 16. & ipse Sanctus epist. 1. relata à Gratiano in cap. te quidem 11. q. 1. ita scribit: *Te quidem oportet irreprehensibiliter vivere, & summo studio vitare, ut omnes vicia hujus occupationis abjicias, ne fidejussor existas, ne advocatus litium sis, nève in ulla aliqua occupatione prius inveniariis mundialis negotii perplexus.* Unde colligitur, presentem prohibitionem jam à temporibus Apostolorum cepisse.

(b) *Abjiciatur.* Ita etiam legitur in dicto cap. 3. in 1. collect. & in can. 20. Apostolorum, legitur deponatur.

COMMENTARIUM.

EX hoc textu sequens communiter deducitur assertio: Clericus fidejussionibus interserviens deponatur. Consonant textus in dicto can. 20. Apostolorum, D. Clemens dicto cap. 16. Egbertus Archiepiscopus Eboracensis in excerptis, can. 7. ibi: *Ut nulli sacerdotum liceat fidejussorem esse.* Iustinianus in Novel. 12. cap. 6. Leo Novella 86. Ex jure nostro Regio in l. 45. tit. 6. parit. 1. Illustrant ultra congestos in presenti à Barbosa & Garaña, & in l. curiales 30. C. locati, Dianap. 11. tract. 4. resol. 81. Grassis de effectibus clericatus, effectus 44. & 51. Rodriguez de annuis redd. lib. 2. cap. 12. Hunnius in encyclop. 3. p. tit. 5. Fornetius ad Cassiodorum lib. 4. variar. epist. 44. Ciro-

nus in cap. exhibita, de arbit. in 5. compil. Balsamon in dicto can. 20. Apostolorum, & in nomocan. tit. 9. cap. 74. Petrus Gregorius lib. 2. parit. tit. 9. cap. 8. Borellus tom. 3. access. tit. 13. num. 51. Velascus de privit. pauper. tom. 3. q. 8. num. 284. Martha de jurisdict. 4. p. cent. 1. cap. 105 Corjolan. in dicto can. 20. Apostolorum, Antonius Augustinus in notis ad hunc textum, in 1. collect. Heringius de fidejuss. cap. 7. num. 265. Pirrus Maurus e-dem tract. 2. p. sect. 8. cap. 12. Thomas Delbene de parlam. cap. 1. dubit. 21. Turrianus pro canonib. Apost. lib. 1. cap. 12. per tot.

Sed hæc assertio difficilis redditur sequenti consideratione; nam fidejussio non solum est actus honestus, & necessarius ad usum commerciorum, sed etiam pro fratre egente actus pius: unde D. Paulus propriâ syngraphâ fidejussit apud Philomenem pro Onelino: & cap. 29. Ecclesiastici legitur: *Vir bonus fidejubeat pro proximo suo, & homo imprudens patitur fidejussorem excuti, & luere.* Et statim: *Gratiam fidejussoris ne obliviscaris, dedit enim pro te animam suam.* id est, bona. Immo & jure naturali teneri quemlibet pro proximo suo fidejubere, alias peccare, docuerunt Archidiaconus in cap. sicut 11. q. 1. Aviles in cap. 23. Pratorum: & quia fidejussio per se est actus virtutis, & charitatis, non valere juramentum præstitum de non fidejubendo, defendunt Abbas in cap. si verò, num. 5. de jurejur. Sfortia de in integr. restit. 1. p. cap. 54. artic. 2. num. 4. Rodriguez dicto cap. 12. num. 6. Igitur clericus adimplens præceptum charitatis fidejubendo pro proximo egente, non idèò debet deponi. Augetur difficultas ex eo, nam clericum fidejubentem ex fidejussione, urpote actu non improbatò, efficaciter obligari constat ex cap. 20. & 3. hoc tit. cap. pervenit, de arbit. & non solum pro aliis fidejubere, verum & seipos in vadem dare