

super verbum quamvis pactum patri factum, num. 33 & sequentibus.

Illud tamen in proposito oportet nunquam obliuisci, quod etiam si fiat legatum in testamento, si tamen ex post facto res legata traditur legatario per testatorem, non facta commemoratione legari, sed simpliciter, tunc transit tale legatum in donationem inier viuos, & non potest reuocari: secus vero est, si traditio fiat ex causa precedente legati, quia tunc non mutatur naturam legati, sed remanet legatum reuocabile ad voluntatem testatoris: Ita tenet gl. Bart. & communiter Doctores in l. legatum. ff. de legatis. i. tradit late & bene Matthaeus de Affl. & decis. Neapolitana 265. per tot. praecipue n. 5. & est communis opinio secundum Ant. Gom. l. 17. Tauri, nu. 24. & in l. 10. v. ar. cap. fin. de legat. num. 4.

Vbi addit bonum verbum, quod eo casu, quo traditio fit sub commemoratione legati, interim quod non reuocatur, legatarius lucratur fructus rei sibi traditae. Hoc tamen verum non existimat Angel. in l. 1. gl. 12. n. 17. tit. 6. lib. 5. noua collect. Regiae: eandem etiam supradictam sententiam testatur communem, plures Doctores pro vtraque parte referens & bene examinans Tellus Fernand. in d. l. 17. Tauri, nu. 83. & sequentibus.

Inferens ex eo ad intellectum d. l. 17. & ad eius ampliationem, vt idem sit & procedat, quando melioratio est facta in testamento, si tradita est possessio simpliciter, de quo latius dico in meo tractatu de iuramento confirmat. i. part. cap. 12. n. 3. 13. & sequentibus. & non sume per And. Angel. in l. 1. gl. 8. n. 28. tit. 6. lib. 5. noua collect. Reg.

Addendum est supradictis, quod etiam quasi contractus potest in testamento celebrari, l. si auia, C. de iur. delib. l. Pantoni, §. pro herede. ff. de acquir. hered. §. Delictum etiam potest committi in testamento: quod probat text. in l. si pepererit, in princ. ff. de lib. & posth. vbi id notat Ias. in 5. notab.

Item t adde, quod contractus facti in testamento duranti, tamen si testamentum fiat irritum. Bald. in l. si argum. text. ibidem, ff. de reb. eorum, & c. quem & alios referens sequitur Mench. vbi supra, nu. 3. in fin. & iam ego de hoc ex facto consultus ita respondi: sequitur etiam Paul. de Caltr. in l. 3. §. final. n. 5. de liber. & posth. vbi vide quod notabiliter infert ex hoc. An autem vitietur testamentum, videndus est Mench. vbi supra, nu. 4. & quod contractus factus in testamento, sit irrevocabilis, tradit & bene probat plures allegans contra alios plures, imo contra communem, vt ipse refert idem Mench. lib. 3. controu. vsufreg. c. 51. n. 1. & plures referens nouissime Pelaez de maioratib. i. part. qu. 31. nu. 2. & 7.

Secundo colligendum est ex doctrina Bartol. hic, quod sicut testator per pactum potest querere suo heredi, l. si pactum, ff. de probat. contra regulam text. in §. alteri, cum similib. de iur. l. stip. p. n. tit. ita etiam & legatario, quia is quodammodo quasi heres est, vt in l. id tempus, §. in re legata, ff. de vsucap. l. quaedam sunt persona, §. i. vers. is autem, ff. de eden. facit optime, quod posuit Bart. in l. huiusmodi, §. si Sempron. vers. quero quid si legatarius, ff. de legat. i. & quod notat Bald. g. 10. Salyc. n. 4. in l. per diuersas, C. mandac.

Ecce igitur quam optime constat iam intellectus d. l. si. C. de fideicommissis, sed adhuc carebit omni scrupulo, si consideres, quod ibi non testator, sed lex ipsa remittit ipsam solemnitatem, quam etiam sine testibus confectam suo lex ministerio in tuto conseruat, & non mirum id videri debet, cum solemnitas haec testamentorum a iure ciuili introducta sit, vt supra late conclusum est. Ergo per eandem legem ciuilem

poterit tolli, praecipue in casu aliquo particulari per ipsam legem designato, vt in casu d. leg. fin. quae quidem non obstat huic nostrae l. nemo potest, quia hic restator prohibetur legum formam, substantiamque tollere, & eis derogare, non vero lex aufert facultatem sibi ipsi aliud statuen. & ita est intelligenda materia haec. Et sic cum his est finita & expedita prima oppositio Bart. hic extra gl.

Secundo principaliter extra gl. Bart. opponit contra text. hunc text. in l. 1. ff. de milit. testam. vbi licet militibus testari quomodo velint, neque eorum testamentis obstant, si legum solemnitas in eis non fuerit seruata. Et pro clariori intelligentia huius oppositionis Bart. oportet praemittere, quod si milites domi agant, iure communi testari debent, l. ne quidam, C. de testam. milit. si vero in militia sint cum testantur, & in tentorio velint sua testamenta componere, duobus testibus testamentum constare debet ad hoc ipsum vocatis, l. Diuus, ff. de testam. milit. si vero sint in expeditione ipsa, quando iam, vel praesidium imminet, vel est commissum, nullam seruant solemnitatem, sed duos tantum testes esse oportebit, qui probent illam fuisse militis voluntatem, l. Lucius, ff. de milit. testam. Quod priuilegium & ad eos pertinet, quia nomina sua militie non fuerunt professi, sed ibi casu reperiuntur, leg. vnic. ff. de honor. possess. ex testam. milit. & c. Ecce igitur, quod milites in suo testamento facere possunt, ne leges in suo testamento locum habeant. Bart. responderet, quod per legem potest remitti solemnitas iuris ciuilis, non per testatorem, vt hic, & sic videtis (inquit Bart.) quod principium huius legis loquitur in priuato, per statutum enim bene potest fieri, ne leges locum habeant in testamento. Haec sunt verba Bart. in quo meritissime est ab omnibus approbatus.

Vnum tamen est, quod Bart. in hac solutione praesupponit, de cuius veritate apud multos sepe dubitatum est: posse ex statuti constitutione introduci, vt homo priuatus testetur cum minori testium numero, quam lege communi requisitus sit, vt si dicat statutum, constare ex duobus, vel tribus testibus, & contra hanc doctrinam Bart. adest text. praestantissimus in l. si. C. de testam. in illis verbis:

Nulla modo concedimus. Per quae t verba videtur adempta inferioribus a Principe facultas contrarium disponendi, ex sententia gl. singul. in Clement. et hi qui diuini, in parte, concedatur de atat. & qual. quam ibi sequitur Paulus de Leazar. col. 6. & ceteri antiquiores, idem repetit gl. in ead. Clementina, verb. illi vero, in illis verbis: Nullo modo: vbi eam expendunt & sequuntur Cardinal. n. 1. Dominicus 8. notabil. Angel. & Imol. in l. si quaramus, ff. de testam. Ias. in l. 1. §. sublata, 2. lectura, n. 13. ff. ad Trebell. quae sententia communis videtur ex his, quae in vnum congestit Tiraq. in l. si vnquam, verbo, reuertatur, nu. 94. C. de reuocand. donat. Videtur igitur ex illa leg. final. prohiberi ciuitatibus, ne statutum possint componere, ex quo possit testamentum constare absque iusto septem testium numero. Secundo inducitur ille textus contra sententiam Bart. in vers. in illis vero locis, vbi iustissimam approbat consuetudinem rusticorum, vt possint quidem illi testari cum minori numero septem testium. Videtur igitur in praecedenti casu, cum de non rusticis loqueretur, illam consuetudinem reprobare. §. Quod t constare videtur ex dictione illa, si vero, quae aduersaria est, quare & in iure & in facto aduersari videtur, haec est enim ipsius peculiari natura, l. sed & si lege, in princ. ff. de petitione hered.

Quare contrariam t opinionem, imo, quod statutum super hoc fieri non possit, tenet Oldrad. conf. 247. incip.

incipienti. Praesupposita consuetudine, col. 2. vers. ad secundam quaestionem, vbi in consuetudine loquitur: eandem etiam opinionem contra Bart. tenet Iacobus de Aretin. in l. 3. ff. de testam. vbi Ioannes de Imola idem sequutus nu. 3. affirmat, quod haec opinio contra Bartolum videtur verior: & hanc opinionem tenent Antonius & Abbas, n. 9. in cap. scilicet, de probat. horum quidem contra Bartolum fundatur sententia ratione quadam non vulgari. Nam cum testes in testamento septem adhibeantur, vt falsitatis suspicio abfit, l. final. C. de fideicommissis in vers. Lex etenim, l. iubemus, C. de testam. statutum vel consuetudo illum numerum minuens, tanquam inducens materiam falsitatis, valere non debet argumento text. in cap. ex parte de consuetudin. & in authent. et nulli iudic. in principio, collatione g.

Quae omnia etsi vigentia esse videantur argumenta, non me mouent, quin sententiam Bart. in praesenti & sequar & verior esse existimem, quem nullus ex his: qui in hac lege commentaria ediderunt, reprobant, (quod scierim viderimque.) Itaque omnes approbasse videtur ex sententia gl. vulgari in l. inter omnes, gl. 1. ff. quis satis, cogant. communiter approbatae: id ita testantur Tiraq. de retract. conuent. §. 2. gl. 5. nu. 2. & in tract. Le mort, part. 2. n. 17. Imo vero sententia Bart. tribus iuris rationibus firmata est non vulgariibus.

Prima est, nam t ad hoc, vt testamentum in scriptis factum iure sortiatur effectum, requiritur eius publicatio, l. publicatio, l. testamenta omnia, C. de testam. sed illa solemnitas potest per consuetudinem vel statutum minui vel mutari, l. 2. ibi, vt secundum leges, moreque locorum insinuetur, C. quemadmodum, testamenta aperiantur: Ergo ita, vt saltem duobus, vel tribus testibus constet testamentum.

Secunda ratio est, nam pater naturalis potest inter liberos duobus tantum testibus praesentibus testamentum componere, l. hac consuetudine, §. ex imperfecto, C. de testam. l. fin. C. fam. heredit. Poterit ergo & patria idem circa subditos disponere, cum potestas illius in liberos potestati aequiparetur, leg. vlt. ff. de iustitia & iur. l. postliminium, vers. filius, ff. de captiu. & postlimin. reuers.

Tertia ratio determinationis Bart. ea est, quoniam non inuenitur prohibitum tale statutum: Ergo videtur permissum, l. omnes populi, ff. de iustit. & iur. iuncta l. necnon, §. quod eius, ff. ex quib. caus. mai. Quare sententia Bart. est tenenda, quam esse communem testatur in praesenti Crot. n. 21. Annibal. 145. eandem sententiam tenet idem Bart. in l. 1. 22. C. de summa Trinit. & fide catholica, vbi idem sequuntur Bald. Salyc. & Fulg. & communem ibi testatur Aret. n. 14. Ias. 37. & in 2. lectura, n. 80. hanc esse praeterea communem testatur Io. de Imol. in l. licet, n. 3. ff. de testam. communem testatur Aret. ibi col. 2. in princ. & idem Aret. in c. 2. de probat. vbi Felin. n. 10. dicit hanc opinionem reputari veriorerem, & esse communem, & ab ea nunquam licere recedere, asserit Dec. ibi, n. 12. in si. subdens, articulum esse disputabilem, & hanc opinionem plures referens, sed non hoc, dicit communem Mench. §. 2. n. 20. contra nonnullos, quos refert, & eam probat, tandem in fine reliquit cogitandum, eandem etiam opinionem tenet idem Bart. in reprob. l. de quib. n. 28. ff. de legib. vbi Ioan. Orosc. n. 128. dicit opinionem Bart. esse receptam, & in iudicijs, & in scholis eam sequutos.

Nec huic Bart. receptissimae sententiae obierit eius in d. l. si. C. de testamentis, vt superius illam induximus. Nam text. ille loquitur per verba non quidem prohibitiua, quo casu censeretur adempta facultas disponendi his, qui inferiores sunt principalibus, sed loquitur per verba non permissiua, dicit enim Impera-

tor: Minus autem nullo modo concedimus. Et sic non quidem id prohibet, sed potius non permittit, quare alij non videntur prohibiti id permittere.

Secunda consideratio d. l. si. in dictione aduersaria, si vero, non obstat, quia ibi illa aduersaria stat improprie, ne sequatur hoc exorbitans iure communi, ne possint populi statuere contra d. l. omne populi.

Vel secundo respondeo, id primum libenter concedens, reprobari ibi illam consuetudinem, ex quo tamen est tacita reprobatio a contrario legis sensu collecta, non est extendenda ad reprobationem futurae consuetudinis, vel statuti, argumento text. optimi in l. si. in princ. ff. de legat. 2. Ita huic difficultati responder Bart. in d. l. 1. n. 11. & idem in ropet. d. l. de quibus, n. 28. & Ioannes Oroscius ibi, n. 130.

Ex quibus satis superque iusta determinatio Bart. potest constare, quae tamen ita intelligenda est, vt si dicat statutum, sufficere in testamento quinque testes, non ex hoc pro codicillis sufficientes tres testes, cum nulla lege cautum reperiamus, quod semper in codicillis requirantur duo testes minus, quam in testamento. Huius doctrinae habemus auctorem Bart. in l. 3. n. 5. vers. sed quid statutum, ff. de legat. i. vbi idem seq. Paul. n. 3. & Alex. §. l. 34. qui asserit, quod cum Bart. tenent ceteri: communem esse profiteretur plures referens Ant. Gom. in l. Taur. n. 67. secundum quos, si statutum cum duobus, vel tribus testibus permittat confici testamentum, totidem pro codicillis satis erunt.

Tertio principaliter t opponit Bart. text. in l. i. C. de vsufu. & in l. pen. C. vt in possess. legat. vbi non licet testatori prohibere cautionem, quae ab vsufuuario heredi per praetorem praestanda est. Haec Bart. oppositio non tam tendit aduersus text. nostrum, quam aduersus resolutionem paulo superius a Bart. pernotatam, vbi dixerat, quod in testamento solemnitate testator non poterat, vel vnum iota ex his, quae iure praecipua sunt, immutare: secus in his, quae tenore testamenti respiciunt. Sed in iuris. sup. allegatis cautio heredi ab vsufuuario praestanda de vrendo & fruendo boni viri arbitrio, non est de testamenti solemnitatibus, sed potius respicit extrinsecum ipsius testamenti tenorem: Quid igitur in causa est, quo minus possit testator cautionem illam remittere: vt probant iura allegata per Bart. & praeterea text. in l. si pecunia, in princ. ff. vt in possess. legat. Et licet Bald. in authent. cui relicta, n. 22. C. de iudic. videtur, tolli. satis nobis insinuet, existimare se posse hodie a testatore cautionem hanc de vrendo & fruendo remitti, tamen si relinquar cogitandum, & sic innuit apertissime Bald. correctam esse hodie dispositionem text. in d. l. i. C. de vsufu. tamen contra Bald. asserit communem opin. esse Qual. denf. de arte testandi, tit. 8. cautel. 1. col. 2. dicit verum & communem Mench. de success. creat. §. 7. n. 31. col. 2. ad finem.

Vbi etiam t inquit, quod neq; per viam conditionis, vel pena potest prohiberi haec cautio per testatorem. Eandem etiam opin. testatur communem, plura consilia doctorum referens Rol. a Valle conf. 92. n. 1. vol. 2. vbi pluribus modis eam ampliat in nu. seqq. ampliat etiam eam & limitat Arias Pinel. in l. 2. part. nu. 76. C. de bon. materi. Nunc autem ad solutionem contrarij rediens Bart. ex sententia gl. in d. l. i. & in l. pen. primo respondet, quod cautio illa est inducta in fauorem heredis, quare videtur, quod testator non possit illam remittere. §. Verum t haec solutio confunditur ex eo, quod liberum sit testatori de re heredis sicuti de propria disponere, l. vnum ex familia, §. si rem, ff. de leg. 2.

Quare Bart. ex sententia gl. in d. l. pen. huic solutioni alteram ipse iungit, dicens, quod cautio illa non solum est in fauorem heredis, sed ideo est inducta, ne quis inuideretur ad delinquendum, vnde per te-

46
statorem non potest tolli. l. conuenire. ff. de pact. dotal. & ista est bona, inquit Bart. qui in hac solutione residet, cuius opinio in hoc communiter approbata, quod testatur Io. Annibal in presenti. n. 164. Alciat. n. 28. testatur communem Mench. de success. creat. §. 1. n. 43. in si. quamvis eam impugnet Ioan. Orosc. in l. pactum inter heredem. n. 1. ff. de pact. contra Bart. ibi. n. 2.

Quæ tamen ratio periculosa est & facile subverti potest, nam ex ea sequitur planissime, quod neque ab herede possit cautio illa remitti, nam ex hoc prouenire potest occasio delinquendi.

230 Sed contrarium est verum, imo quod ab herede remitti possit cautio hæc. Primo per text. in l. potest ff. ad l. Falcid. melior text. in d. l. pen. ubi, minime satisfactorio nem testamento remitti posse, quasi innuat, extra testamentum, hoc est, ab ipso herede remitti posse, & ita hanc opin. tener gl. in d. l. 1. C. de usufruct. verb. cautionem vers. sed an heres, quam opinionem sequitur ibi Cyn. col. 1. vers. iuxta hoc quæro, Bart. n. 11 & esse opinio gloss. communiter approbatam testatur eam sequutus ibi Alber. n. 2. idem tenuerunt ibi Guilier. Oddof. Fulgof. & Salyc. n. 3. inferentes ex hoc, quod quando usufructus constituitur inter viuos, possit cautio illa remitti, quibus accedit ibi Angel. n. 6. subdens, quod ita determinat Doctor. Opinionem præterea gloss. communem esse testatur Ripa in presenti. n. 41. quem referens dicit communem Orosc. in d. l. pactum inter heredem, n. 12. & hanc opinionem receptissimam esse plures allegans testatur Arias Pinel. ubi supr. n. 76. requirens hoc casu expressam remissionem. Si igitur à testatore cautio illa remitti non potest, eo quod deur occasio seu materia delinquendi, consequens est, vt neque ab herede remitti possit, cum & in hac specie militet eadem ratio. Præterea etiam si à testatore esset cautio remissa, non videretur data occasio delinquendi.

231 Nam etiam si usufructuarius ext propria stipulatione, & promissione expressim interposita, non teneatur, teneatur tamen reuindicatione, text. est expressus in l. si usufructus nomine, ff. de usufruct. quemadmodum caueat. quod si usufructus in pecunia consistat, si cautio non sit interposita, poterit pecunia condici ab ipso usufructuario, l. hoc Senat. §. si pecunia. ff. de usufructu ear. rer. &c. hæc autem satis esse videntur, vt et si cautio remissa esset usufructuario, adhuc non videretur illi data occasio delinquendi.

232 Maxime, quod in reuindicatione, qua usufructuarii teneri diximus, damni & deteriorationis rei ipsius ratio habenda est, l. non solum, ff. de reuend. cum recte debeat colere, & quasi bonus paterfamilias vti, vt in §. sed cregis, Inst. de rerum diuis. Præterea etiam si remissa fuisset hæc cautio usufructuario, non videretur statim oblata occasio delinquendi, quod si esset, videretur illi remissus dolus præsumtus, non verus, quia posset non male vti, imo hoc potius debet præsumi, vt in leg. merito, ff. pro socio.

233 Dolum autem præsumptum remitti posse, existimant Ioannes Andreas & Ant. col. 18 in c. fraternitatis, de testib. tamen si non me lateat, id improbat Paulum n. 2. l. si quis ex argentiariis, §. illud, ff. de eden. ex text. quem vtrique allegant in l. quod Nerus, ff. de post. qui tamen bene lectus nihil vrgit.

234 Præterea dicunt quidam, videretur, quod iure remitti debeat cautio illa, si modo voluntas testantis id sanciret, cum ea remissa, possit usufructuarius, si male vtatur, expelli à proprietate, argumento text. in l. hoc amplius, §. final. ff. de damn. infect. ex quo text. id notarunt Guilier. de Cogn. & Paul. in auih. qui rem. col. 1. n. 3. vers. sed quid in usufructuario, C. de Sacros. Eccl. Verum hoc fundamentum (si hoc nomen meretur) in curia quæ-

randam in proposito allegatur agunt enim Guilier. & Paulus, quando cautio fuit expresse interposita, quod an in usufructuario, qui non promittit, locum iure habere possit, ego non firmo.

Ex quibus sunt qui teneant, quod quemadmodum dum testator prohibere non potest cautionem super usufructu interponendam, ita neque heres possit cum, et si remittat, is videtur præstitisse occasionem delinquendi, ita in presenti. n. 94. dicens, se se per putasse tutius esse, tenere hanc opin. & in d. l. 1. n. 15. & etiam Crot. in presenti. n. 26. His accedit Annibal n. 177. quorū opinio videtur in puncto iuris sustineri posse, imo quod non tantum testator, quod est in iure expressum, sed neque heres neque is, qui in contractu inter viuo usufructum in aliqua re constituit, possit cautionem de vtendo & fruendo arbitrio boni viri remittere. In testatore, vt dixi, iure scripto est planissimum, in herede idem existimo, ex supra notatis. Quod ipse retringo & intelligo tantum eo casu saltim, quo esset creditores hereditarij, quib. bona hereditaria essent obligata, tunc enim cenfeo neque expresse neque tacite remitti posse per heredem cautionem hanc in fraudem & præjudicium creditorum: & cum essem interrogatus de hoc per amicum, ita respondi hic Placentiæ, & late fundavi, & probatur per tot. tit. C. & ff. que in fraud. cred. Item, quia si testatori non licet remittere hanc cautionem, ne data occasione delinquedi, damnum fiat ejus heredi, à fortiori neque ejus heredi, licebit remittere in præjudicium & fraudem creditorum, quibus bona erant obligata & hypothecata, cum eis teneatur pro viribus hereditarijs, quantum conq; inuentarium confecerit legitimum, vt in leg. fin. per totam, C. de iur. delib. maxime, quod ipse testator, si viueret, non posset aliquid in fraudem suorum creditorū facere vel omittere, vt in l. 1. & per totum, ff. que in fraud. cred. in l. 7. tit. si. part. 3. Igitur minus id poterit ejus heres, per infinitas juris regulas, quæ sunt vulgares. Si vero non adessent creditores hereditarij, quibus per remissionem prædict. cautionis fieret præjudicium, tunc licet posset etiam, saltem in puncto iuris, sustineri opinio contraria communis ex supra dictis, tamen in iudicando & consulendo non est recedendum à communi opinione.

In eorū vero, qui per actum inter viuos usufructum constituit, idem videtur dicendum, vt cautionem remittere non possit, ex text. in l. usufructu, l. 1. C. de usufr. ubi agēs text. ibi de hac cautione, illam his clausit verbis, Ne ex interest sine ex testamento, sine ex voluntario contractu usufructus constituitur est. In hunc autem sensum hæc omnia ipse capio, vt remitti non possit cautio hæc, neque à testatore, neque ab herede, neque à contrahente, ita vt quoties ipse voluerit, illam non repetat ab usufructuario, vel si dominus proprietatis illam remiserit, poterit ejus heres illam impune exigere. Sed si omnes cautionem ab usufructuario non repetant, sed tacite remittant, non video, quid veretur in hac causa usufructuarium vti sui. Neque his vquam obierit text. in illa l. penult. Cod. ut in possess. legat. in verb. testamento.

235 Quia non est ibi argumentum à contrario sensu sumendum, cum absonus & iure reprobus resulter intellectus, l. cum patrem, & ibi Bald. C. de condit. infectis cum alijs, licet contrarium indistincte, imo quod constitues inter viuos contractū, possit remittere hæc cautionem, teneat Pinel. ubi supr. cum alijs, quos refert, cuius opinio in practica forte erit admitrenda, per ea, quæ dicta sunt de herede, & quia communis videtur.

Vnde ego existimo, quod si testator mader heredi suo, vt pauperem aliquem & deploratæ hominem fortunæ recipiat in fideiussorem pro usufructuario, herede n

heredem non teneri huiusmodi voluntati obtemperare. Nam cum testator non possit directo cautionem hanc remittere, neque oblique posse id debet, ex reg. ext. vulgat. in l. oratio ff. de sponsalib. & ita infero, non bene contrarium tenuisse Bald. in l. n. 1. C. de usufruct. de cuius veritate videndus est omnino Arias Pinell. in l. 1. in 2. part. n. 76. col. 3. & 4. illius nu. C. de bonis matern. & contra Bald. etiam tener Mench. de success. creatio. §. 7. n. 31.

230 Quod vero ad constituentem inter viuos usufructum attinet, ipse adhuc superioribus non obstantibus, existimo verius esse, posse & hunc cautionem hanc expresse remittere, quia si heres id potest iuxta communem opin. supra positam, idem contrahens poterit, cum heres ad eundem hereditatem dicitur, quasi cōtrahere, vt in S. heres quoque, Inst. de oblig. qua ex quasi contract. nascuntur, & prohibitio remissionis huius cautionis solum in testatore, & sic in vltimis voluntatibus inuenitur. Ergo extendenda non est neque trahenda extra casum, in quo loquitur. Non obstat text. in d. l. usufr. l. 1. in verbis supra relatis quia text. ille loquitur in usufructu simpliciter constituto, non facta mentione cautionis: Nam si sine constituitur in testamento, siue in contractu voluntario, præstata est cautio hæc de vtendo & fruendo arbitrio boni viri, saltem rerum substantia. At vero nos agimus eo casu, quo contrahens expresse remittit hanc cautionem, quo casu textus ille non loquitur.

231 Vno tamen casu remitti posse hanc cautionem à contrahente sine dubio, imo debere existimo. Nam si quis alteri rem propriam donet, retento sibi usufructu, quod licet ex text. in l. 1. & in l. si quis argentū, vers. sed quid, C. de donat. posset euitare satisfactionem hæc, impie enim ageret donatarius, si illam cautionem exigere, neque audiri deberet, argumento est text. optimus in l. ad res donatas, ff. de ad. lit. edit. in illis verbis: Quod minime descendendum est, ne eo casu liberalitatis sua donator poenam patiarur. Et ita in casu à nobis proposito tenet Socin. in l. omnes, ff. de except. Dec. cons. 263. incip. In instrumento de quo agitur, col. si. n. 1. Ioan. Annibal hic, nu. 174. Decius in l. Diuus Pius, ff. de reg. iuris, sequitur plures referens Arias Pinel. in l. 1. in 2. part. n. 80. C. de bon. matern. ubi eam dicit receptionem & æquorem, & sufficere hoc casu donantem promittere cum hypotheca bonorum.

232 Sed quid si testator legat usufructum homini inopi, qui satisfacere heredi non possit, an sine cautione usufructum habere debeat? Quod videretur, nam ei, qui non potest satisfacere, solet remitti solemnitas satisfactionis, l. cum non facit, ff. si cui plus, quam per legat. §. quævis, in part. quibus. ff. si cui plus, quam per legem Falc. &c. ubi id notat etiam Bart. n. 3. idem quoque innuit gl. in l. 3. §. quævis, in part. quibus. ff. si cui plus, quam per legem Falc. &c. ubi id notat etiam Bart. n. 3. idem quoque innuit gl. in l. 2. §. sed si agat, verb. sola promissione, ff. de iudic. Bart. in l. si. n. 2. ff. de prat. stipul. Angel. Imol. & Alex. in l. diuort. §. interdum, ff. solut. matrim. in homine inopie facultatibus destituo impossibile censetur. Impossibilitas ergo excusare debet legatarium, l. si uolenda, §. idem inuis, ff. ad l. Rhodiam de iact. & ita, quod hoc casu legatarius consequatur legatum tenet Petr. Cynus, Ricardus, & hos referens Angel. in l. 4. C. de usufruct.

233 Quia licet regulariter ex præsumptione difficile reputetur inuenire fideiussorem, vt satis innuit gl. in l. 3. §. quævis, in part. quibus. ff. si cui plus, quam per legem Falc. &c. ubi id notat etiam Bart. n. 3. idem quoque innuit gl. in l. 2. §. sed si agat, verb. sola promissione, ff. de iudic. Bart. in l. si. n. 2. ff. de prat. stipul. Angel. Imol. & Alex. in l. diuort. §. interdum, ff. solut. matrim. in homine inopie facultatibus destituo impossibile censetur. Impossibilitas ergo excusare debet legatarium, l. si uolenda, §. idem inuis, ff. ad l. Rhodiam de iact. & ita, quod hoc casu legatarius consequatur legatum tenet Petr. Cynus, Ricardus, & hos referens Angel. in l. 4. C. de usufruct.

234 Secundo pro hac opinione facit doctrina Bald. in authent. cui relictum, nu. 7. C. de indel. viduitat. sollond. ubi tenet, quod quando aliquis præcedit proprietatem aliquam, vel etiam usufructum sibi relictum, si non potest cauere propter paupertatem, statur ejus juratoriae cautioni cum hypotheca, de qua juratoria cautione Dd. late in l. 1. & 2. ff. qui satisf. cogantur, quod

sublimitat idem Bald. ibi n. 9. quando quis non inueniat fideiussorē propter suam dolositate & corruptos mores: nā tunc non debet credi iuramento istius, cuius mores sunt corrupti, argumento l. non omnes, §. a barbaris, ff. de re milit. & alior. suorum ibi allegat. per Bald. quam etiam limitationem sequuntur Dd. in d. l. 2. præcipue Alex. ff. qui satisf. cog. Quæ Bald. doctrina in primo dicto ampliatur, vt non solum procedat in cautione, quæ præstari debet pro securitate rerum, sed etiam in illa, quæ præstanda est pro securitate & defensione personæ offendētis, & sic inimici: Nam licet tunc sit cauendum cum fideiussoribus, vt in l. denuntiatus, vers. nam si quis, C. de his, qui ad Eccles. confug. & in l. illicitas, §. ne potentiores ff. de offic. presid. & in l. acquissimura, ff. de usufruct. & in c. literas, in fine restituit. Spoliat. vt late tradit Ant. Gom. 3. tom. variar. resol. c. 6. de iniuria, n. 16. & ultra eum Rip. in Rubr. ff. de damn. infect. num. 9. & sequentibus, ubi tenet & fundat, non sufficere hoc casu nudam cautionem absque fideiussore, tamen si in hoc casu ex qualitate personæ verisimiliter apparet, non posse dare prædictam securitatem & fideiussores, quia forte est aduena vel pauper, tunc sufficeret dare juratoriam cautionem, vt tradit Ant. Gom. ubi supra n. 7. argum. text. in auih. generaliter, C. de Episc. & clericis, & text. in §. sed hodie, Inst. de satisf. & eorum, quæ ibi notantur, & in l. sancimus, C. de verb. signif. & idem sequitur late alios allegans Hippolyt. in 1. præterea, n. 13. & seq. ff. de quæst.

235 De qua ampliacione ipse dubito, eo, quod inimicus jam est suspectus inimico, & per consequens maritus vxori in casu læuitiæ, de quo in d. c. literas, in fi. & in c. ex transmissa eod. tit. Ergo non sufficit juratoria cautio, quando persona est suspecta, vt tenet & probat Rip. ubi supr. n. 11. & Hippol. ubi supr. n. 137. & præterea probatur ex limitatione doctrinæ Bald. quam ex ipsomet Bald. & aliorum Doct. retulimus, §. proxime, licet posset responderi, quod Rip. ubi supr. in d. n. 11. nō loquitur in hoc casu, scilicet in opia, quando propter paupertatem non potest inuenire fideiussorem, sed loquitur generaliter in offenso ab aliquo: vnde videtur præsupponere, non habere hanc impossibilitatem inueniendi fideiussorem, ideo merito, quod nō latet, faciat cum nuda cautione, cum sit suspectus offensori, & per consequens maritus conuētus ab vxore de diuortio propter læuitiam, non satisfaciat cum nuda cautione, sed debeant hi omnes fideiussores prestare: cum id præterea videatur probari expresse in d. c. literas in fi. & in d. c. ex transmissa, dum faciunt mentionem de sufficienti & idonea cautione. Sed ampliatio prædicta loquitur, quotiescumque quis propter paupertatem nō potest fideiussorem dare, quo casu videtur vera opinio suprad. Ant. Gom. d. n. 17. Nam ei non obstat limitatio Bald. suprad. quia præd. limitatio loquitur in alijs terminis, scilicet, quando quis propter suam dolositate, vel corruptos mores non potest inuenire fideiussorem, quod est diuersum.

236 Et iam habui ego in practica quæstionem hæc huius ampliacionis suprad. in casu d. c. literas, in fi. & d. c. ex transmissa: Nam quædam mulier petijt diuortium à marito suo propter ejus læuitiam corā iudice Ecclesiastico huius ciuitatis, & Episcopatus Placentiæ: & ego erā & fui aduocatus & defensor præd. mariti accusati & petiti, & obtinui, vt diuortio nō fieret, fuit tamen maritus condemnatus, vt prestaret fideiussorem de non offendendo suam vxorē, & de bene eam tractando sub pœna centum aureorum ipsi mulieri. Maritus hic erat aduena & pauper, & nō poterat prestare prædictum fideiussorē, quia cum non inuenit, licet fecit diligentem inquisitionem: petijt vt sibi restitueretur sua vxor, præstata juratoria cautione in locum