

qualia sint, videamus. Primum tale est; Petitio hereditatis datur solum adversus eum, qui cum hæres non sit, pro hærede prove possessorie possidet, nunquam adversus hæredem, eumve, qui pro hærede est, bonorum puta possessorem aut fideicommissarium, l. 9. *de seqq. ff. de hered. petit.* At querela datur adversus hæredem scripturæ, contra fideicommissarium, cui restituta est hereditas, l. 1. *C. de inoff. test. contra præteritum qui accepit bonorum possessionem contra tabulas, l. pen. ff. de bon. poss. cont. tab. Respondeo, scripturam testamenti inofficioso hæredem, hæredem non esse, utique cum eo agi non tanquam cum hærede, sed tanquam qui hæres non sit, utpote scriptum ab eo, qui testamenti factionem non habuisse iudicatur, l. qui repudiavit 17. ff. de inoff. testam. & proinde eum teneri, quasi pro hærede aut pro possessore possideret, ut dicitur ab Imperatoribus Severo & Antonio responsum esse de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hereditas, l. C. *ead. tit.**

Alterum argumentum est huiusmodi: Omnis petitio hereditatis agit ex testamento, aut ex causa intestati, l. 1. l. 2. l. 3. ff. de hered. petit. Querela autem inofficiosi ex neutra causa est: non ex testamento, quia datur ut, qui testamentum exhaustum sunt: non ab intestato, quia quando testamentum extat, & ex eo adiri hereditas potest, causæ intestati non est locus, l. quando 39. ff. de acq. hered. Sed quid hic respondendum sit, patet ex responsione ad objectionem præcedentem, nimirum querelam inofficiosi esse petitionem quandam hereditatis delata tanquam ab intestato: quia præteritus color demeritæ testatoris, qui ob id testamenti faciendi non habuerit: uti & reversa si iudex testamentum inofficiosum esse pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque versus omnia perinde habentur, ac hereditas nunquam adita fuisset, l. 6. §. 1. l. cum qui 23. §. 2. ff. de inoff. test. Stet igitur hæc sententia querelam etiam ipsam actionem esse, & nimirum speciem quandam petitionis hereditatis, qua vindicatur hereditas tanquam ab intestato delata ex causa inofficiosi testamenti. Atque cum hac sententia serè vi ipsa convenit, quod Joan. Fab. & alii ad *pr. Inst. d. tit.* notant, posse querelam cum petitione hereditatis cumulari. Obiter addo, posse & per modum contradictionis seu per exceptionem, querelam induci, veluti si exheredatus sit in possessione hereditatis, & hæres scriptus hereditatem petat, l. 8. §. si filius 13. ff. *ead. tit.* adeoque & liberum esse exheredato simpliciter petitione hereditatis experiri, argue ita querelam inducere per modum replicationis. Paul. lib. 4. *sent. tit. 5. & ibi* Cujac.

Illud non est magni momenti, quod quidam ex eo, quod petitio omnis ex causa peculii profecti aut adventitii filio competens, patri datur etiam filio invito, l. 8. §. 3. *C. de bon. que lib. querelam autem pater filii nomine instituire non possit, l. 8. pr. ff. de inoff. testam.* colligunt, querelam non esse actionem aut petitionem. Nam huius rei peculiaris est ratio, quia querela non competit nisi filius cuius solius iniuria est, d. l. 8. in *pr.* offendat sibi displicere factum parentis, à quo exheredatus est, & idem invito filio, non magis pater queri potest, quam invitum cogere, ut hereditatem adeat; adde, quod querela remedium est extraordinarium, & quodammodo odiosum: ac proinde tale, quod persona exheredati cohareat. Daur. *cap. 3. tit. de inoff. test.*

CAPUT XX.

An in querela inofficiosi locus sit editio successorio?

Edictum successorium est, cum liberis, qui primo loco ad successionem vocantur; repudiantibus admittuntur legitimi, & rursus his repudiantibus cognati: item cum repuliantem proximiorie agnato vel cognato admittitur sequens, l. 1. §. quibus 10. *et* §. seq. ff. de *jur. edict.* Est autem huic edicto locus in bonorum possessione deferenda, ubi tabulæ testamentum nulla extant, & ab intestato defertur hereditas, de quo, d. *tit. de success. edict.* & præcipue d. l. 1. §. 10. *et* l. 1. *et* l. 2. *C. eod.* Queritur autem, an huic edicto successorio etiam locus sit in querela inofficiosi testamenti, hoc est, an sis, qui prior admittitur ad accusandum, nolit aut non possit accusare, sequens admittatur. Et placuit admitti, ut successioni sit locus, teste Paulino l. *pen. pr. ff. de inoff. test.* & talis casus est, qui deciditur in l. neptem. 7. *C. eod. tit.* Cæterum hoc in ius tantum procedit, qui si eos nemo ordine aut gradu præcessisset, statim citra ullum edictum successorium querelam movere potuissent, si videlicet exheredati fuissent, aut præteriti, nemine eos præcedente in causa successione ab intestato. Igitur hi præterito exheredatove, qui præcedebat, agere nolente, aut non valente, victorie, admittuntur accusationem ordine successorio esse propria sua persona proprieque iure suo. Exemplum habemus in l. *pater. 14. ff. eod. tit.* ubi proponitur casus huiusmodi. Pater filium emancipavit, & nepotem ex eo in potestate retinuit. Emancipatus suscepto postea filio, utroque filio ex-

heredato, patre præterito decessit. Hic ordo postulat, ut primo loco ad querelam admittantur filii: Quod si illi non querantur, vel questi in iudicio succumbant, succedit pater, atque intentio ejus, quæ antea in sulpono erat, impletur. In hoc enim & similibus casibus, qui præcedebant obstantique, ne sequens ordo aut gradus ad accusationem admittetur, jam pro mortuis habentur, & paria habentur non extare, & extare quidem, sed queri amplius non posse. Non obstat quod hæres scriptus jam sententia iudicis declaratus sit hæres: nam id verum quidem est ratione primi accusantis: sed sententia illa inter alios ius non facit. l. *sape constitutum* 63. ff. de *re jud. et* *tot. tit. C. res int. al. ad. vel jud. al. non not.* Sed nec illud obstat, quod nepos in querela contra patris testamentum præfertur avo, ejusque causa potior est, unde dicendum videatur, si scriptus à patre hæres vicit filium defuncti, eundem magis debere vincere patrem esse, per regulam: Si vincis vincem te, multo magis vincio te. Et non eodem hic est vincendi ratio. Filius quidem defuncti potior est avo suo defuncti patre in eo, quod in functione ab intestato prior est causa liberorum. At filius iudicio victus est, quia iuste exheredatus iudici victus, quem oportet non minus bene merita avi perpendere, quam delicta & male merita nepotis, quæ avo nocere æquum non est, arg. l. 3. §. si emancipatus ff. de bon. poss. cont. tab. Similiter & fortiori quidem ratione, arg. l. nam *et* *si* 15. pr. ff. de inoff. test. l. 7. §. 1. unde lib. si filius à patre exheredatus querelam repudiaverit, aut ex iniuncta iudicio victus sit, aut quomodo agere non possit, nepos ex eo natus admittitur ad querelam ex propria sua persona, l. *pen. pr. ff. de inoff. testam. d. l. 3. emancipatus. s. in fine. ff. de bon. poss. cont. tab. arg. l. 7. ff. de his qui sui vel al. jur. nec hic spectari debet an jam nata fuerit querela filio, an vero ante querelam delatam decesserit: quoniam nepos non ex ea succedit que filio delata est; sed ex persona propria: eodem planè modo, quo filio deficiente vel repudiante ex successorio edicto ad bonorum possessionem unde liberi admittitur nepos, l. 1. §. quibus 10. ff. de *jur. edict.**

Cæterum non caret hæc postrema species omni scrupulo. Obijcit primum l. *si quis posthumus. §. 2. ff. de lib. her. et* *post. inst.* ubi Paul. scribit, si filium exheredatovo, nepotemque ex eo præterito & extraneum hæredem scripsero, & filius post mortem meam licet ante aditam hereditatem decesserit, nepotem succedendo non ruptum testamentum, & ita Julianum, Pomponium & Marcellum respondisse; idemque in nepote posthumo præterito & filio exheredato juris esse

Ulpianus auctor est, nempe hunc nepotem filio post mortem patris deliberate hærede instituto de adeunda hereditate defuncto, testamentum avi agnoscendo non rumpere, l. 6. pr. ff. de *injust. rupt. irr. test.* Inique hic filius exheredatus obstat nepoti præterito: & obstat, ut Papinianus ait, iure testati, quamvis nihil obstat, iure intestati, id est, quominus hic nepos scripto hærede repudiante atque ita testamentum delitutum ab intestato suus hæres avo exiit, l. *scripto 7. ff. unde liberi. d. l. 6. pr. vers. plane si ff. de injust. rupt. irr. test.* Respondeo, obstat filius nepoti in casibus supra memoratis, ne nepos præteritione sui rumpat testamentum avi, id est, ne nepos agnoscendo aut quasi agnoscendo ipso iure testamentum avi evertat, quantumvis natus ex filio suo hærede à patre exheredato. Atque ita procedunt loci modo citati. Et sic etiam nepos ex filio emancipato eoque exheredato natus ob filii præteritionem non admittitur iure præterito ad bonorum possessionem contra tabulas, l. 4. §. 1. ff. de bon. poss. cont. tab. Quippe hic filio, qui exheredatus est, satisfactum est, valeoque ipso iure testamentum, est nepos præteritus sit: nec scripto hærede de adeunte potest nepos in locum sui hæredis succedere, ex capite secundo legis Velleæ, quoniam mortis tempore cum filius præcessit, l. *Collus. 29. §. sequenti 13. ff. de lib. et* *post. l. si quis filium 34. C. de inoff. test.* nec ad bonorum possessionem contra tabulas admitti; quia præterito nepotis hoc casu pro exheredatione est, & præterito exheredatus non agnoscit, d. l. 4. §. 1. *inst. l. 8. pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* Atque querela huic nepoti non denegatur, quando filius queri aut non vult, aut non potest: quippe hic admittitur nepos ex edicto successorio, quoniam ipse immerito præteritus est: quo casu testamentum quidem valet, quia præterito ista vice exheredationis est: cæterum admittitur ad querelam, quæ datur adversus testamentum ipso iure validum: & licet per exheredationem filii satisfiat formæ & solemnitati internæ, quæ iure civili ad sustinendum testamentum sufficit, non tamen satisficit iuri naturali, non pietati, non officio paterno vel avito. Neque vero hæc adversus fuit, testamentum non rumpi, & tamen contrarius id, ut inofficiosum, dari querelam: ut enim querela competat, necesse est testamentum non rumpi, §. 2. *Inst. de inoff. test.* Facilius verò querela datur, quam testamentum rumpitur: ratio est, quia rupti testamenti sui statim vitiatum, nec ex eo locus unquam patet scriptis hereditibus. At potest querela competere: ut tamen nihilo magis testamentum rescindatur.

Secundo obijcit *l. si quis filium 34. C. de inoff. test.* quo loco Justinianus ait, nepotem olim ubi filius exheredatus non preparata querela decessisset omne adiutorium dereliquisse, cum tamen sententiam nostram ex iure veteri defendamus: Justinianus autem discretè jus vetus corrigi, primulque constituit, ut filius querelam etiam non preparatam transmittat ad nepotem, ut nepos in hac causa de venustate neglectus, à suo inquit, rigore recreetur. Et nominatim excipit quatuor casus, quibus filio ante querelam preparatam mortuo, nepotem à querela removet iuri antiquo convenienter. 1. Si probet hæres scriptus filium exheredatum ingratum fuisse. 2. Si filio certa quantitas minor legitima parte relicta sit; tunc enim nepotem vult agere ad supplementum quartæ. 3. Si filius querelam repudiavit. 4. Si filius per quinquennium tacuit, ita ut querela præscriptum sit. Ergo iure veteri fecit de hæc res habuit, filioque non preparata querela mortuo nepos sine exceptione et exclusus fuit. Respondemus, Justinianum eo loco non agere de nepote ex propria persona accusare volente, sed loqui de transmissioe querelæ, id est, eo casu, quo nepos ex persona patris sui querelam movere vult, & tunc locum habent quatuor istæ exceptiones. At nos agimus de nepote, qui ex propria sua persona accusare cupit ex edicto successorio; quod & olim nepoti licuit dicimus, & nunc etiam licere, nec ei obesse ingratitudinem patris, nec ejusdem repudiationem, aut ejus quinquennale silentium. Ex liberum itaque nepoti erit vel ex persona patris agere ob transmissam ad se querelam ex *d. l. si quis filium. C. de inoff. testam.* quod & interdum ipsi utilis esse potest, puta si nepos ex iusta causa sit præteritus, pater autem immerito exheredatus est ex persona sua, si melius facilliusque de sua, quam patris pietate docere possit. Atque ita ferè post Azonem, Bartolum, Dyn. Cailrensem. Cossallium & Anton. Rubens, ad *l. pater 14. ff. eod. tit. Donellus 19. comm. 9. & ibid. in nor. Oswald. Hillig. Dissertient Bachovius ad Treuti. disp. de inoff. testam. thes. 4. Alciatus lib. 4. paradox. c. 16. Auctuar. ut & alii ferè Gomezius v. nor. respl. 11. n. 21. hanc questionem altam & subilem vocat, licet & ipse dissentiat, victus his objectionibus, quas nos videmur priorius removisse.*

CAPUT XXI.

An liberi justè exheredati commoverentur in computatione legitimæ, seu an alterius partem faciant?

Questionis hujus sensus est, an liberi iusta ex causa exheredati re ipsa adhuc inter liberos annumerentur; perindeque habeantur, ac si partem suam accepissent, ad eum nimirum effectum ut cæterorum legitima minuat, & tanta nec major sit, quam quanta fuisset nemi exheredato? Veteres uno verbo hoc dicunt partem facere. Quæstio non minus, quam illa superior & proximè præcedens, alia, prohienda & difficilis, de qua consultus Raphael Cumanus non habuit, quod responderet, teste Jafone in *notis. novissima. C. de inoff. test.*

Dynus & Salicetus in *d. auth. novissima* putant eum, qui justè exheredatus est, non commoverari, id est, in computatione legitimæ partem non facere. Igitur secundum hanc sententiam, si pater unum ex duobus filiis meritò exheredaverit, alteri exheredato legitimam reliquerit, hujus legitima erit quadrans, non sescuncia, hodie triens, non sextans. Bart. in *l. pater filium 14. ff. de inoff. test.* contra putat eum, qui justè exheredatus est, commoverandum, & in computanda quantitate portionis legitimæ partem alii facere, proinde ex Bartoli sententia, si pater ex duobus filiis alterum justè exheredaverit, alteri autem legitimam reliquerit, is cui legitima relicta est, habeat duntaxat sescunciam, hodie sextantem, per *l. 8. §. quoniam autem 8. ff. de inoff. testam.* Alii putant melius esse si media hic via ineat, ut quantitas legitimæ statuatur ex facti contingentia, & quidem si exheredatus repudiaverit querelam, aut eam insinuerit quidem, sed iudicio victus succubuerit, magis esse ut hoc casu partem non faciat, sed pars ejus accretat fratri in legitima instituto, per *l. filio 16. pr. ff. eod.* quippe hanc demum justè exheredatum dicit, qui non potest amplius cum successu queri, & ad eum propterea quod hujusmodi exheredati alteri partem habent, per *l. qui repudiavit in An 17. ff. de inoff. test. l. 1. §. sed & si 5. ff. de conjug. cum emanc. lib. 1. §. pater 10. §. libertas. C. §. fer. ff. de bon. poss. cont. tab. & sic procedere sententiam Dyni & Saliceti. Cæterum si exheredatus nec repudiaverit querelam, nec post eam motam victus sit, hoc casu, quia nondum appa-*

ret, utrum partem aliquam sit accepturus, nec ne, interim partem eum facere, argumento ducto à contrario sensu ex *d. l. qui repudiavit, C. l. §. pater 23. §. ult. de inoff. test.* atque hoc modo defendi posse opinionem Bartoli.

Pendet autem decisio hujus tam arduæ questionis ex alia huic affini & tantum non eadem; nimirum an & quando in querela inofficiosi loci sit juri accretendi? quam ob causam è re erit de ea prius cognoscere, quam quid certi definitum de proposita. Equidem si quis cum duos haberet filios, utrumque exheredavit, & utriusque legitimam reliquit, hoc casu frustra disputatur de jure accretendi aut parte faciendæ: quoniam neuter vel inofficiosum testamentum dicere potest; vel ad supplementum agere. Sed ponamus casum diversum. Pater duos habens filios utrumque exheredavit, & neutri legitimam reliquit. Hoc casu cum uterque queri possit, si unus tantum querelam moveat, alter interim partem facit, ita ut ille qui queritur, tantum semissem hereditatis petere debeat; ita tamen ut si alter postea accusare nolit, aut tempore extinctus sit, pars ejus accretat ei, qui cepit & obtinuit, *l. filio 16. l. §. pater 23. §. ult. ff. de inoff. test.* & hoc de eodem casu agit Paulus in *l. qui repudiavit 17. ff. eod. ubi* ait eum, qui repudiavit querelam, partem non facere his, qui ideo quod legitimam non habent, querelam movere volunt. Quod si tamen alteruter in solidum egerit, antequam alter querelam repudiasset, & causa aliquo obtineret, puta quod scriptus hæres eum non repellat; alteri etiam, qui non repudiavit, victoria proderit, arg. *l. 6. §. 1. ff. eodem.* Ponamus rursus alium casum. Pater è duobus filiis exheredatis alteri duntaxat legitimam reliquit, alteri nihil; atque ita satisfacit primo, non autem secundo. Secundus non queritur, sed primus, & dicit sibi non esse relictam integram legitimam: cum enim secundus, qui solus queri potest, non queratur, ait sibi quæsi nunc soli filio debent quareretur omnium bonorum, non sescunciam aut quartam semis. Hic, inquam, primus, cui portio legitimæ relicta est, neque querelam movere potest, neque ex constitutione Justiniani ad supplementum agere. Ratio est, quia factum illud patris legitimam secundo exheredato non relinquens non debet prodesse primo, qui portionem debitam habet. Et hoc casu exheredatus alteri partem facit: quia scilicet necesse est eum alteri partem facere, cum ejus deficientis portio alteri quartam habenti, ac propterea querela extincta, per quam solum ad hereditatem poterat pervenire, accretescere non possit, & hic est casus, qui tractatur in *d. l. 8. §. quoniam 8. ff. de inoff. testem.* Quod si exemplum ad jus in *rebus* accom-

modare velimus, ponendus casus, quo pater extraneo herede scripto unum ex filiis in legitima instituit, alterum exheredavit; & sic porro. Atque hæc quidem ita procedere sententur, qui mediam, quam dixi, sententiam sequuntur, si secundus, qui legitimam non accepit, tacet, & querelam, quam movere potest, non instituit. At fecus esse existimant, si secundus repudiaverit querelam, aut in ea victus sit, aut præscriptione quinquenniali exclusus: tunc enim primo sescunciam non sufficere ad legitimam, sed ei deberi quadrantem, aut nunc trientem; ac proinde jure veteri, quia integra legitima ei relicta non est, de inofficioso agere, & totam hereditatem vindicare posse, *l. qui repudiavit. 17. l. §. pater 23. §. ult. ff. de inoff. test.* Ex constitutione autem Justiniani quia utique partem legitimæ habet, superesse ei actionem ad supplementum, *l. omnino 30. C. eod. tit.* Cur autem secundo repudiante querelam, aut ea quocumque modo amissa, primus jam restitit de inofficioso agat, ad supplementum petat, hanc esse rationem, quia secundus postquam queri posse desit, pro mortuo habetur, per *d. l. qui repudiavit in pr. in. ff. eod. l. 1. §. sed & si 5. ff. de conjug. cum emanc. lib. Sed malè mea quidem sententia: Nam juri accretendi locus dari non potest, nisi ab initio utriusque querela competierit. Si verò unus exheredatorum querela ab initio exclusus sit, eo quod legitima ei relicta, huic alteri; qui non queritur, partem facit non modo interim & quando alter adhuc queri potest, sed etiam quando queri posse desit. Sic enim Ulpianus hanc questionem decidit in *l. 8. §. quoniam 7. ff. de inoff. test.* hæc verba an exheredatis partem faciat, qui non queritur, &c. accipientia sunt, nempe qui non queritur omnino, sive quia semel agere noluit, sive quia iudicio victus aut tempore exclusus est. Omnino enim distinguentur ex inter querelam, in qua locus est juri accretendi, & legitimam relictam, in qua non item, V Cui habet mille in bonis & duos filios, utroque exheredato, sed uni 125, nomine legitimæ relicta decessit, quæ quarta pars est portionis ab intestato huic uni debita. Jus ita fuit, ut cui legitima integra relicta esset quocumque titulo, querela excluderetur: si verò vel minimum deesset, admitteretur, in quo utroque aliqui postea innovatum. Si igitur is, cui vel nihil vel minus relictum, & qui ob id queri de inofficioso potest, non queratur, quia licet necesse est eum querelam nanctur, quum non esset habiturus priorè querente? Sic visum mediæ sententiæ auditoribus: quia cum remoto fratre jam solus sit: nomine legitimæ jam illi debeantur 250. sed contra deciditur in *d. l. 8. §. quoniam.* scilicet nihil amplius eum consequenturum, & per illa 125,*

quæ ipsi nomine legitime relicta sunt, querela excludi. At pone utrumque exheredatum & neutri quid legitime nomine relictum esse: hoc casu si unus non querat exclusus repudiatione vel tempore, is alteri partem non facit, ac proinde alter, qui querela integra, testamentum in totum subvertit, atque ex assè ab intestato succedit.

Ex his jam opinor, apparere, quid statuendum sit de questione proposita, utrum is, qui justè exheredatus est, inter liberos adhuc numeretur, ita ut partem is, quibus legitima relicta est, faciat nec ne? nimirum numerari & in computatione legitimæ partem alius facere secundum sententiam Bartoli. Ratio foret, quia nulla hic est conjunctio, ac proinde nec jus accedendi. Etenim si id & justè exheredatus, cui nec ad hereditatem vocatur ex testamento, quippe quo exclusus est: neque ab intestato, quia ad successorem intestati venire non potest, nisi testamento per querelam everto. Sed nec prætor exheredatione notatos ad bonorum possessionem contra tabulas inivit, *l. non putavit. §. ff. cont. tab.* Adde quod cum advenit patrem ingratum fuerit, commodum eius partis hæres is debet, cuius esse pater voluit. Juri vero accedendi tunc locus est, quando quis de portione deficiente fieri debeat, nec lex nec testator cavet. Hic autem testator voluit eam acquiri hæredi instituto, *per l. si patrum §. ff. de probat. auth. hoc amplius C. fideicom.* ac justa est patris voluntas quoad hunc filium ingratum. Aliud est, si utrumque filium immerenter exheredaverit, & alter non agat: quia tunc voluntas ejus, ratione utriusque filii injusta est. Denique delictum unus non debet prodesse alteri. Non obstat, quod aliquibi dicitur exheredatum pro mortuo haberi: id enim verum est quantum attinet successionem ejus à quo exheredatus est: cæterum non est trahendum extra terminos suos: nec argumentum ductum à bonorum possessione contra tabulas, in qua exheredati nunquam petentiibus partem faciunt: nam cum exheredati à contra tabulas bonorum possessione, tanquam peregrini, in totum arceantur, nec partem ibi facere possunt. Sed quando unus de inoffensio queri potest, justè exheredatum ei partem facere dicimus, sed tunc quando alter ob id quod legitimam accepit, nullum jus de inoffensio agendi & legitimam hereditatem petendi habet. Ita rectè post Bartolum Donellus lib. 19. *comm. l. 9. & Hilligerus in not. ibi.* Bachov. ad *Trent. disp. de inoff. test. thes. 23.* atque hanc opinionem ut saniorè laudat Pet. Greg. Tolofanus lib. 44. *synagm. c. 5. n. 7.* Diffum Dyn Sclæus Richardus in *d. aukt. novissimam 27.* De filiabus statuto exclusis res minus dubia:

CAPUT XXII

Legitima sine bonorum quota, an hereditatis? & an recipiat ullum gravamen?

AD neutram harum questionum simpliciter aut affirmando aut negando responderi potest. Nam ad primum quod attinet, si ponamus filio justè exheredato legitimam esse relictam titulo singulari, tunc utriusque legitima non hereditatis, cuius nullam partem exheredatus obtinet, sed bonorum quota est, ut & quarta ex constitutione divi Pii, *l. 2. §. 1. ff. fam. cresci. §. 3. Inst. de adapt.* Idemque dicendum est, si institutus quidem sit filius, sed aut in re certa adjecto ei coherede simpliciter scripto vel ex parte assis, aut certis rebus contentus esse justus sit, quo casu legatarii loco habetur, ut neque actiones hereditarias exerceat, neque à creditoribus hereditatis conveniri queat, *l. pen. C. de hered. inst. §. si quis 9 Inst. de fideic. hered. l. legatus 30. ff. multum interq. 3. ff. ad Senat. Trib.* At ex diverso si filius hæres institutus sit vel in ipsa legitima quo olim erat quarta pars debite ab intestato portionis hodie ejusdem portionis triens aut semis pro numero liberorum, *Nov. de trient. & semiss. vel ex parte aliqua hereditatis, puta ex uncia, sextante, &c.* hic ut filius revera hæres est, ita & legitima erit quota hereditatis. Fieri enim non potest, quin ea pars, quam tanquam hæres jure hereditario habeo & titulo institutionis, sit pars hereditatis. Male igitur Gall. *2. observo. 119. num. 12. & obs. 120. num. 2.* post Salicetum alios in *l. scimus 36. in fin. C. de inoff. testam.* generaliter & simpliciter desinit, legitimam esse quantum bonorum, eo quod accipitur deducto ære alieno, *lib. 8. §. quarta 9. ff. de inoff. testam.* & bona cuiusque intelliguntur, que deducto ære alieno superent, *l. sub signatum 39. §. 1. ff. de verb. sign. superent. ratio 2.* nam & in pignora ratione legis Falcidie ante deductur æs alienum, *§. ult. tit. de leg. Falc.* cum tamen in confesso sit, quam tam Falcidie esse partem hereditatis, atque in eam nihil aliud impadari, quam quod hæres

jure hereditario capit, *l. in quartum 91. pr. ff. ad leg. Falc.* Antequam enim summa constituitur, unde legitima aut quarta Falcidie deducenda sit, necesse est exquiri, quid in patrimonio sit, necesse est exquiri, quid in patrimonio sit habendum: siquidem ex eo filius legitimam, *71. de inoff. testam. §. 1.* hæres quartam habere debet. Ex eo autem non sequitur, filium ex portione legitimam institutum, eam portionem non habere jure hereditario aut tanquam partem hereditatis, ut nulla onera hereditaria sustineat. Sed hic nobis via aperitur ad questionem alteram, nempe an legitima recipiat ullum gravamen.

In hac quoque questione distinctio adhibenda est, & primum discernenda onera, que ex dispositione testatoris proficiuntur, ab iis, que exiunt ex ipso jure hereditario. Non recipit legitima ullum onus aut gravamen, quod ex testamento vel ex ulla alia dispositione testatoris oritur, *l. quantum 32. C. de inoff. testam.* Erratio est, quia legitima non ex judicio testatoris, sed ex provisione legis debetur, cui consequens ut gravamen legitime impositum, pro non adjecto habeatur, *Fac. d. l. 32. & auth. novissimo C. cod. Gall. 2. obs. 119. n. 2.* Et igitur non poterit legitima gravari fideicommissio, vel alio substitutionis onere: in tantum, ut nec nuda ejus proprietatis liberis relicti queat deducto usufructu. Cuius rei hæc ratio est, quia si usufructus aliis reliqueretur, differretur legitime præstitio contra *d. l. 32.* & mirum est dissentire Capollam *e. tit. 21.* cum dilectis verbis Justinianus constituit, ut filius legitimam pleno jure habeat, nec sufficiat nudam legitimæ proprietatem filio relinquere, sed necesse sit simul relinquere ipsum juxta utendi fructum, *Nov. 18. c. 3. aut novissima C. de inoff. testam.* Atque hoc modo accipiendum est, quod idemdem inculcatur; legitimam non recipere ullum onus, dilationem, moram, modum, aliudve gravamen, *l. omnimodo 30. d. l. quantum 32. d. l. scimus 36. C. de inoff. testam.* nempe non recipere, ex voluntate aut dispositione testatoris, neque hic referri jure hereditario legitimam obineatur, atque ut pars hereditatis, an ut quota bonorum. Cæterum quod attinet ad ea onera, que ex ipso jure hereditarie portionis emergunt, ea haud dubie etiam ad portionem legitimam pertinent quando ea obtinetur titulo institutionis, & jure hereditario, veluti cum filius ex ea parte aliqua assis institutus est: quamvis secus sit, cum ea obvenit ut pars bonorum; quod evenit, cum filio justè exheredato relicta est, aut si institutus quidem sit filius, sed in re certa adjecto coherede indefinitè, aut ex parte hereditatis scripto, ut supra diximus. Sed utique, quando filius, ut hæres legiti-

mam obtinet, consequens omnino est, ut ad eum quoque onus æris alieni pro rata hereditatis parte pertineat. Similiter nec quartæ Trebellianæ potest ullum onus imponi ex dispositione testatoris, nec ea fideicommissio gravari potest, & tamen hæres fiduciarius pro rata parte sustinet onus æris alieni, & pro quadrante à creditoribus hereditariis conveniri potest; *C. sed quia 7. Inst. de fideic. hered.* Nullam autem neque hic quartæ senatusconsulti, neque illic triens aut semis legitimæ diminutionem patitur. Non obstat, quod legitima dicitur accipi deducto ære alieno *l. 8. §. quarta 9. ff. de inoff. testam.* Id enim pertinet duntaxat ad eam computationem, qua ad calculum revocatur quantum fit in legitimis, nihilque aliud eo significatur, quam quod in computatione bonorum definitur inear etiam ratio æris alieni, ut sciri possit, quantum eo deducto legitime accipi debeat, non quod filius hæres in ea portione institutus non teneatur pro rata respondere creditoribus hereditariis. Sic in insecunda ratione quarta Falcidie etiam inicit ratio æris alieni, *§. ult. Inst. de leg. Falc.* non ob id, quod hæres nomine æris alieni à creditoribus hereditariis conveniri nequeat, sed tantum ut sciat quantum testator in bonis habuit, unde Falcidia deducenda: in bonis autem id solum habere intelligimur, quod deducto ære alieno superest, *l. sub signatum. 29. §. 1. ff. de verb. sign.*

CAPUT XXIII.

Petitio hereditatis an deat contra possidentem titulo singulari?

Petitio hereditatis est actio in rem, qua hereditatem nostram & per hereditatem res singulas hereditarias petimus ab eo, qui quid earum pro herede vel pro possessore possidet. Competit igitur ei hæc petitio, qui hereditatem, quam petit, suam esse intendit, utpote vel ex testamento vel ab intestato sibi delatam; & sibi five per se, five per alios acquisitam, *l. 2. l. 3. ff. de hered. petit. esse hanc petitionem actionem in rem plerisque locis dixerit traditum est, l. sed & ff. 5. §. prope. ff. de hered. petit. l. 1. l. fin. autem. 27. §. 3. ff. de rei vind. l. 1. §. ult. ff. pars hered. petit.* Cæterum ita in rem est, ut tamcum habeat præstationes quædam personales *d. l. 27. §. prope.* propter quas mixta personalis appellatur, & demum 30. annorum præscriptione sume-

movetur, l. 7. C. de pet. her. & inter bonæ fidei iudicia numeratur, §. actionum. 28. Inst. de action. licet ceteræ in rem sint actionis §. præterea 31. Inst. eod. Datur adversus eum, qui quid hæreditatis pro hærede prove possessore possidet, dolove malo fecit, quominus possideret, l. 9. l. 13. §. pen. l. sed & si 25. §. perinde 8. ff. de tit. Pro hærede possidere dicitur, qui putat se hæredem esse l. pro hærede 10. ff. eod. Pro possessore possidet tunc prædo, qui nullam aliam causam asserit, quam quod possideat, d. l. 10. §. 1. & 2. l. seq. eod. tunc is, qui asserit quidem aliquam, sed injustam & inutilem: omnibus enim titulis inutilibus hic pro possessore hæret & adiunctus est, id est, omnes hi tituli recipiunt & in se habent titulum pro possessore, ut qui eos allegat, pro possessore possidere, & hæreditatis petitione teneri intelligatur, l. nec nullam 13. §. 1. ff. eod. ubi obiter notandum, est omnis prædo pro possessore possideat, non omnem tamen, qui pro possessore possidet, prædonem haberi, veluti si titulum, licet inutilem, alleget, d. l. 13. §. si quis 8. ff. eod. add. Gerd. ad l. 109. de verb. sign. n. 7. & seq. Quod si quis iusto aliquo titulo rem hæreditariam possideat, veluti pro empto vel donato, res vindicanda est specialiter in rem actione, quæ simpliciter adversus quemcumque possessorem datur, l. 7. C. eod. tit. l. 4. C. in quib. cas. cess. long. temp. præser. Hanc autem dissimilitudinem peperit dissimile ius petitorum. Nam qui specialiter actione in rem agit, aut dominus est, aut jus affine dominio habet, cui semper æquum est rem restitui. Semper enim dominus plus iuris habet in re sua, quam quilibet etiam iustissimus possessor, l. 9. ff. de rei vind. l. 3. C. eod. At qui hæres est, non idem continuè de dominis rei hæreditariæ. Quid enim si defuncto commodata sit, aut apud eum deposita. Equidem fieri posse non nego, ut hæres idem sit, & dominus: sed quia contra etiam fieri potest, ut si is dominus, qui rem pro emptore, pro donato, pro legato possidet, in pari causa possessor potior haberi debet, l. in pari 128. ff. de reg. jur. DD. ind. l. 9. Scharid. in l. 2. C. eod. Zas. parat. ff. eod. n. 7. Sed enim hoc ipso quod quis hæres est, plus iuris habet, quam is, qui pro hærede possidet, aut pro possessore, si ve causam suæ possessionis asserat, si ve non. Nec verò alios titulos possessio hereditatis admittit, cum nemo alius nominis iurisque hæreditarii controversiam faciat: nisi qui pro hærede vel pro possessore possidet, d. l. 9. de hæred. petiti. l. 7. C. eodem. Cujas. 10. obj. 1.

Atque hoc quidem ius in directâ petitione hæreditatis perceptorum est. Utiles autem petito hæreditatis datur bonorum possessori, que vo-

catur possessoris hæreditatis peticio, item fidei commissario, id est, cui ex senatusconsulto Trebelliano restituta est hæreditas; que fidei commissaria hæreditatis peticio: ac de utraque tituli proprii in 7. Ex contrario quocumque utili petitione tenentur, bonorum possessor non verus, id est, qui putat se bonorum possessorem esse, cum non sit, l. pro hærede. 11. ff. eod. 6. fidei commissarius, qui hæreditatem à falso hærede accepit, d. l. nec nullam 13. §. sed & si 6. ff. eod. l. 1. C. de inoff. test. Item emptor, qui hæreditatem aut partem universi juris emit à non vero hærede d. l. 13. §. si quis 8. Sed ita demum emptorem conveniri placet, si aliter res petitori salva esse non potest, aut si non expedit petitori hæreditatem à venditore peti, quem directâ petitione teneri certum est, d. l. 13. §. quid si quis 4.

Excusamus jam, quod in questione est, an petitione hæreditatis teneatur, qui quid hæreditarium possidet titulo singulari? Non una autem hic utendum distinctio. Possessor aut nullum titulum allegat, qui in specie dicitur pro possessore possidere, aut allegat titulum, sed universalem, scilicet pro hærede: & uterque ac petitione tenetur; aut allegat titulum singularem, & hunc vel in universitate si ve hæreditate aut parte hæreditatis, & nonnulli ex illi petitione hæreditatis, ratione obiecti sic dicta, conveniri potest, d. l. 13. §. quid si quis 4. ff. l. 2. C. eod. vel in re singulari, & hanc iterum vel provenientem ex actu inutili & iure invalido, veluti si quis rem ab uxore donatam pro donato se possidere dicat, aut pro dote, quam accepit ab impubere sibi nupta, & tenetur tanquam possidentem pro possessore, d. l. 13. §. 1. vel ex actu utili & iure valido, puta eo, quod se rem emisse aut sibi donatam legatamve esse, atque hinc titulus se possidere asserit: & non tenetur si ve bona si ve mala fide possideat, l. 7. C. de petiti. hæred. l. 4. C. in quib. cas. cess. long. temp. præser. Illud porro hic cavendum, ne confundamus possessorem rei singularis cum possessore titulo singulari: hic enim petitione hæreditatis non tenetur, etiam si, ut modo dixi, possideat mala fide, sed res non ad vindicandam est specialiter in rem actione: ille vero hac actione tenetur, tamen si bonam fidem habeat, sequè hæredem esse putet. Fingæ unam aliquam rem hæreditariam & vel minimum pro hærede ab aliquo possideri, is hac petitione tenetur non minus, quam si totam hæreditatem ejusve bonam partem eodem modo possideret, l. 9. C. l. seq. in p. Ratio est, quod is, qui vel unam rem hæreditariam pro hærede tenet, possidet totam hæreditatem & universi juris successorem sibi asserit, ut asserere potest, ac proinde hic etiam universalis actio institui debet, licet executio tantum

JURIS QUÆST. LIB. I. CAP. XXIV. 41
tantum fiat in re unica possessa. Cacheran. decis. 84. Semper enim & principaliter in hanc petitionem venit hæreditas; at per consequentiam etiam singule res hæreditariæ: ut in definitione expressum est, l. 7. §. ult. ff. de except. rei judic.

CAPUT XXIV.

An ei, qui non possidet, actio aliqua jure prodita sit, qua consequatur impensas in rem alienam factas?

De equalitate impensarum, que in rem alienam, quam querendorum aut colligendorum conservandorumve gratia factæ sunt, non est laborandum, cum hæc omnes citrà ullam distinctionem ab omnibus possessoribus deducantur, l. si à domino 36. §. ult. ff. de hæred. petiti. l. 7. pr. §. solat. mai. im. ubi hæc ratio à veteribus restat, quod fructus non intelligatur, nisi quod deductis impensis superest. Ubi verò in rem ipsam impense factæ proponantur, hic illa tripartita impensarum distinctio constituenda est, quod aut necessitate sunt, aut utiles, aut voluntarie l. 1. ff. de impens. in rem dot. fact. l. impense 72. ff. de verb. sign. ubi non omnium in deductione essent ratio. Necessariæ sunt, quæ si factæ non eissent, res aut interitura fuisset, aut deterior futura. Utiles, quæ fructum quidem augment, sed quibus non factis, res non minus integra foret. Voluntariæ quæ speciem, & ad incrementum ornant, sine ulla utilitate, d. l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. l. 4. §. 6. & 7. de impens. in rem dot. d. l. 79. per tot. tit. de verb. sign. ubi & exemplis hæc distinctio illustratur. Necessarium impensarum deductio tributa est omnibus possessoribus, etiam iis, qui mala fide possident, l. plane. 38. pr. ff. de har. petiti. l. 5. C. de rei vind. quoniam hæc deductio non personæ possidentis, sed causæ tribuitur, ne scilicet petitor cum dan non possessoris, (cui nulla hoc nomine culpa obijci potest, quod rem alioqui perituram servavit) lucrum faciat, d. l. 38. ff. de hæred. petiti. Non obstat, l. 1. C. de instans. expos. l. ex ergato 33. ff. de cond. furt. loquuntur enim de rebus mobilibus & fure, cujus conditio propter contumacitatem furti non debet melior fieri, l. inficiando. 67. §. 2. ff. de furt. Fachin. 1. controu. 34. In utilibus autem servandis melior est conditio bonæ fidei possessoris, quam possessoris male fidei. Bonæ fidei possessor, qui in rem alienam utiles impensas fecit, v. c. in aliena area

adificium posuit, eas deducere, id est, servare potest per retentionem opposita doli mali exceptione, si dominus rem suam vindicet, non obstat restitutione pretii materiæ & impensarum, l. sumptus. 48. ff. de rei vind. d. l. 38. ff. de hæred. petiti. Et hoc est, quod Gaius in l. 7. §. ex diverso 12. ff. de acq. rer. dom. & Justinianus §. 30. Inst. de ver. signif. aiunt, si in possessione, constituto edificatore soli dominus petet ædificium, nec follet pretium materiæ & mercedis laborum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit, qui ædificavit: nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno danno & injuria fieri locupletior l. 14. ff. de condit. ind. l. 1. ff. de dol. mal. cas. Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo usque duntaxat dandam, quod res facta esse petitorior, l. in fundo 38. ff. de rei vind. & ita demum, si fructuum ante item contestatam perceptorum modum excedat, d. l. sumptus. 48. l. emptor. 65. ff. eod. tit. Nam qui litium duntaxat recipere vult nihil dolo facit, l. nihil dolo. 129. ff. de reg. jur. nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impense minuantur. Apparet autem ex d. l. 83. ff. de rei vind. jus hoc non esse perpetuum, sed regulare duntaxat, atque pro varietate circumstantialium aliud atque aliud æquitate suadente statui posse, multaque in hoc articulo arbitrio permittenda bonæ fidei iudicis. Mala verò fidei possessoris detorque in hoc genere impensarum conditio est: quæpote cui nulla eo nomine deductio concessa, l. 5. C. de rei vind. l. Julianus 37. in fin. ff. eod. l. 7. §. ex diverso 12. ff. de acceptione. te tuert vel adversus dominum vindicantem, culpa ei obijci potest, & à domino replicari, quod tenet & licens edificaverit in solo alieno, ac proinde tantum non sua ipsius voluntate materiæ proprietatem amiserit, §. ex diverso 30. Inst. de ver. signif. æquum quidem esse, ut sumptus per errorem facti retentione rei revertantur, l. fin autem 27. §. ult. ff. de rei vind. at qui improbe facti sunt, restituendos non esse l. 3. C. de adif. privit. Enimverò si qua probabilis conjectura sit, ob quam videtur possit, licet sciens non tamen animo donandi hujusmodi sumptus fecisse, aliud dixerim, per l. 2. C. de rei vind. veluti si ædificaverit in solo litigioso: dicam id fuit juris possessionis quæ tenendæ causa potius fecisse, quam animo donandi. Quid igitur est, quod Paulus scribit in d. l. 38. ff. de hæred. petiti. etiam in persona prædioris rationem haberi utilium impensarum, nec petitor ex aliena jactura locupletior fiat? Respondemus, pactum non

dicere praedonem etiam tales impensas deducere, siue per retentionem opposita doli mali exceptione seruari possit; sed hoc tantum in huius quoque persona haberi rationem impensarum necessarium & utilium: nempe haec sunt, ut necessariae quidem deducantur, quarum deductio praefloribus omnibus tribuitur, l. 3. C. de rei vind. utiles vero sine laesione rei tollantur: hoc enim solum ei permissum est, d. l. 5. d. l. Julianus in fin. de rei vind. nec aliter tamen, quam si sublato eo, quod possit, aliquid lucri laturus sit, neque tantum ei offerat petitor, d. l. 388. ff. eod. Etenim cum stricto iure ne tollendarum quidem utilium impensarum praedoni potestas sit, recte dicitur in ejus quoque personam harum impensarum ratio haberi, cum facultas eas tollendi ex aequitate ei conceditur. Quod si petitor pro iure suo d. l. 18. ff. eod. pati nolit, ut eas impensas possessoris ei permittitur, ne quod aut Jurisconsultus in d. l. 38. ff. de hered. petit. ex aliena jactura petitor lucrum tentat, quae ratio in impensis utilibus hoc demum casu locum habet: non autem si paratus sit petitor, ut tollantur. Voluptaria impensarum quatenus tales sunt nulla deductio est, cessante videlicet causa, quae huic deductioni locum facit. Planè si probeur petitor eandem impensas facturum fuisse, aut rem habere venalem, & propter haec impendia, plus consecuturum, arg. d. l. 38. & l. 29. de rei vind. impensae quae per se voluptariae sunt naturam induunt utilium, & locus fit exceptioni doli ad eas seruandas, si modo bonae fidei possessor sit, qui eas fecit; nam praedoni probè dicitur, non debuisset eum in rem alienam supervacuas impensas facere. Utique tamen qui per exceptionem seruari has impensas non potest, ei potestas est tollendi quod sine detrimento rei tolli potest, etiam si male fidei possessor sit, ut dicitur à Gaio responsum est l. miles 39. §. 1. ff. de hered. petit. idque contra juris apices ex humanitate concessum.

Haec sunt nihil aliud audivimus, quam quod quaedam impensae à quocumque possessore deducantur, id est, posita doli mali exceptione per retentionem rei seruari possunt, nempe impensae necessariae, & à bonae fidei possessore regulariter quoque utiles: voluptuariae, quae tamen, deductionem non esse, tolli tamen possit sine laesione prioris status rei. Huic autem deductioni seu rationi seruandi impensas per exceptionem locus esse non potest, nisi is, qui impensas fecit, rem, in quam eas fecit, possideat, & ab eo dominus rem suam vindicet. Quid ergo si is, qui impensas fecit, domino possessionem tradiderit non deductis impensis, an non hoc casu actio

aliqua ei iure prodita, qua ultrò cum domino experitur & sumptus à factis repetat. Nulquam certe id in libris juris nostri traditum est. Et quoniam, quæ sit, huic actio accommodari possit salva ratione juris vindicationis, & actionem ad exhibendum subtiliter lex duodecim tabularum. Actio de tigno juncto aduersus eum solum comparata est, qui ipse tignum iunxit, & iunxit alienum suis adibus aut vineæ suæ, l. 1. ff. de tigno junct. l. in rem. 23. §. pen. ff. de rei vind. Sed nec actioni in factum secundum definitionem d. l. 23. §. item quocumque s. vers. idoque. hic locus esse potest: quomodo enim in factum actio aduersus eum dabitur, cuius nullum factum intervenit si qua hic actio sub aliquo colore dari queat, ea erit aut negotiorum gestorum, aut conditio indebiti: sed neutra quoque harum competere potest. Non negotiorum gestorum, quia qui in rem tanquam suam aliquid impendit, suum negotium, non alienum gerit; quae ratio quoque ei denegatur repetitio l. 3. C. de rei vind. & generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut qui ab alio repetant, aut alium sibi obligent, l. 4. C. de negot. gest. l. in hoc 14. §. 1. vers. diuersimodum est ff. comm. divid. neque enim actus agentium operantur ultra eorum iurisdictionem l. non omnis. 19. pr. ff. de reb. cred. Non conditio indebiti, nam ut dicitur Julianus in l. si in area 33. ff. de cond. indeb. qui possessionem ultrò domino tradit, nullum cum eo negotium gerit; nihil in eum transfert: sed tantum quod suum est, dominus suo iure recipit. Et extat generalis definitio Pomponii, ex quibus causis retentionem quidem habemus: petitionem autem non habemus, ea si soluerimus, repeti non posse, l. ex quib. 51. ff. de cond. indeb. nec enim solus error solventis aut tradentis condictionem parit, nisi simul aliquid facti accipiantur. Sed quid opus est ire per inductionem? De singulis si quis dubitet, constanter veteres omnes scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas seruari posse, quam per retentionem: haec verba sunt Iuliani, l. si in area in fin. ff. de cond. indeb. Paulus in l. 14. ff. de exc. dol. mal. ait non posse eum, qui in alieno solo adificauit, aliter lumpus conlequi, quam si possideat, & ab eo dominus soli rem vindicet. Papinianus in l. sumptus 48. ff. de rei vindicatio. negat expressè sumptus in alienum praedium factos peti posse, nec si fidei sit à bonae fidei possessore, sed tantum exceptione doli opposita, & iuris ratione posse seruari. Idem non obscure indicat Pomponius, l. 1. ad SC. Trebell. in verb. retentiones, quas si habens, quo loco pro similes eum esse retinebo non similes, cum vis eminentibus Ant. Fabro & Huc

gone Grotio in spars. flor. Hoc autem remedium cum non alii competere possit quam possidenti, non licet nobis contra manifestam rationem juris & tot expressos locos, contra l. 1. l. 9. l. ult. C. de legib. aliud excogitare, quo subueniatur etiam non possidenti data scilicet actione ad impensas ultrò repetendas, idque solo aequitate obtentu, deficiente causa & fundamento, in quo actio radicitur: scilicet iure nostro facilius alicui actione ab alio instituta, exceptione opposita in eodem iudicio succurratur: quam actio inducitur, quae non nisi ex certis principis juris nascitur, ac proinde etsi hic sit aliqua obligatio naturalis, quam inducit aequitas, tamen sola naturalis obligatio actionem non producit, nisi iure civili aut pretorio adiuuetur. Argumento sit pactum nudum, quod quamvis actionem non producat, ad exceptionem tamen paciscenti prodest, l. iuris gentium 7. §. sed cum nulla. 4. & sup. ff. de pact. Et si aequitas, quae hic praetenditur, producenda licet exceptioni potens, ad producendam actionem satis roboris non habet, & est inlar spiritibus, qui attollendo solo potens, non valet trumperie, quomodo novas interdum terras incontinentem nalet Plinius scribit, lib. 2. nat. hist. c. 85. & sup.

Non desunt tamen hic dubitandi causae, & primum hic nobis obijci potest regula generalis ex l. 1. ff. de cond. fin. cau. l. si & me 31. ff. de reb. cred. l. nam hoc 14. ff. de cond. indeb. l. id quod in sumptu ff. de reg. jur. nempe rem meam, quae ad te pervenire sine facto meo, sine causa, reddi mihi oportere. Respondeo, nec sine facto meo, hic rem ad alium pervenisse, quia adificavi in alieno; nec sine culpa, quia aut temerè id feci, si non bona fide possedi, aut negligenter, si possessionem tradidi aut amisi; nec sine causa apud alium esse, quia quod beneficio rei suae, & iure accessions cuique acquiritur, id iusta ex causa quocumque conlequitur, l. in rem. 23. §. 3. & 4. ff. de rei vind. l. 7. §. voluntas, 8. & seqq. de acq. rer. dom. Denique potest bona fidei possessor fructus perceptos ante litem contestatam & adhuc extraneis compensare cum expensis, l. sumptus. 48. ff. de rei vind.

Secundo obijci videtur l. 5. C. de rei vind. ubi etiam male fidei possessori datur impensarum saltem necessariorum repetitio. Respondeo ex eo quod dicitur impensarum esse repetitio, non conuulso sequitur eo nomine etiam actionem esse, sufficit enim esse repetitionem suo modo; videlicet per exceptionem & retentionem. Quippe petere & repetere etiam si dicitur, qui utitur exceptione, l. 1. ff. de excep. l. amplius. 15. ff. rat. rem hab. neque aliter in d. l. 5. C. de rei

vind. hoc verbum accipi potest, quoniam ibi agitur de adificatore constituto in possessione.

Tertio putat D. Cuiacius, lib. 10. obs. 4. posse non possidentem, saltem eum, qui per errorem non deductis sumptibus rem restituit, possessionem repetere conditione incerti, atque ita adhuc contra agentem opposita doli exceptione sumptus seruari: argum. l. si uxor filio. 19. §. 1. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. qui exceptio 40. §. 1. de conditionib. indebit. l. haeres 21. ff. ad senat. Trebell. Hoc commentus est vir doctissimus, cum non videret, ut ingenuè fatetur, quae ratione sumptus in praedium alienum à possessore facti iure actionis repeti possint, & tamen putaret remedium aliquo etiam in hoc casu ei consulendum. Ego vero contra ingenuè quoque profiteor, me non posse videre, quid loci isti pro hac Cuiacii sententia faciant. Nam in d. l. si uxor filio, ne quidem de impensis in rem alienam factis & d. l. haeres, tantum abest, ut Cuiacii sententiam iuuet, ut etiam ei adverteatur, sicut supra ostensum est, add. Ant. Fabrum deced. 26. err. 10. Denique aliena planè est ab hac disputatione, d. l. qui exceptionem §. 1. & sic forte similes. Multum enim interest, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam scit se restituere debere, ac proinde animo alium sibi obligandi, impensas faciat, de quo loquitur, d. l. exceptionem §. 1. (loquitur enim de haerede fiduciario, qui domum quam ex fideicommissio debebat restituere, sua impensae refecit, an suo nomine tanquam in rem propriam, qui casus hic à nobis proprius est, per textum in l. 14. §. 1. ff. comm. divid. l. 1. C. de rei vind. l. 4. C. de negot. gest.

Postremo Martinus Glossator, cumque secutus Ioannes Goddus in l. impensae 19. ff. de verb. sign. obijciunt verissime hanc sententiam l. 6. §. 3. ff. de negot. gest. l. 8. ff. de pig. ob. lib. 7. §. ult. ff. sol. matrim. ex quibus locis evincunt, utrumque utique negotiorum actionem in proprio non possidenti dandam: sed frustra. Nam in d. l. 6. §. 3. agitur de eo, qui ad res alienas, tanquam alienas gerendas aliumque fidei obligandi animo accessit, licet eo proposito, ut lucrum inde faceret & res quasdam interverteret, in reliquis duabus de his agitur, qui sumptus fecerant in rem, quam ex contractu & à domino acceperunt, quos certum est vel actione contraria vel negotiorum gestorum impensas in eam factas conlequi posse. Ita post Cyn. Salic. Castrensem in d. l. 3. C. de rei vind. Don. 20. comm. 7. Ant. Fab. dec. 26. err. 9. & seqq. Ceterum Martini sententiam aequitatis commendatione nunc in foro

prevaleat testatur Molinæus ad consuet. Parisiensi tit. 1. §. 1. gloss. 4. num. 104. Zypæ. nat. jur. Belg. de rei vind. Gronov. de leg. abrog. ad §. 30. Inst. de rer. div. & plures eodem loco allegati.

CAPUT XXV.

An bonæ fidei possessor fructus omnes tam naturales, quam industriales percipiendo suos faciat?

Etiam tritas & vulgares questiones inculci reddere prohibuit non est: aliquando expedit propter inventa temporis & usus. Cujusmodi questiones duas in præsentia tradere visum est; unam hoc capite, an bonæ fidei possessor indistinctè fructus omnes, quos percipit, suos faciat? alteram capite proximi sequenti, an percipios omnes & adhuc exstantes domino rem suam vindicanti restituere debeat?

Si quis à domino, quem dominum esse credebat, bona fide fundum emerit, vel ex donatione alivæ qualiter iusta causa æque bona fide accepit, naturali ratione placuit, fructus quos percipit, ejus esse pro cultura & cura. Ita Justinianus in §. 35. Inst. de rer. divers. convenienter sententia veterum, l. qui scit. 25. §. 1. l. in pecudum 28. ff. de usur. l. bonæ fidei 48. ff. de acq. rer. dom. cum similit. Quod de fundo ait, idem est & in re quavis alia fructum producente. Res igitur que hic perceptione acquirunt, sunt fructus, id est, id omne, quod ex re nascitur, sive quod res fert. Persona acquirens est bonæ fidei possessor, id est, qui rem animo dominantis tenet & iustam causam habet, ob quam existimet rem ad se pertinere, puta eum, à quo eam iusto titulo accepit, dominum fuisse, aut jus habuisse alienandi, l. bonæ fidei. 209. ff. de verb. sign. Male igitur fidei possessores hoc non pertinent, d. §. 35. l. 22. C. de rei vind. l. 3. C. de cond. ex leg. Modus acquirendi est perceptio. Perceptioni enim hæc acquisitio tribuitur, idque naturalis ratione propter culturam & curam, ut ait Justinianus d. loc. Percepti fructus dicuntur, simul atque à se tenebantur, separati sunt: in fundo, cum se terra continere desiderant, veluti spica aut feno cæsi, uvæ adempta, excussa olea, nucibus aut pomis dejectis aut decerpitis, licet nondum tritum vinum aut oleum nondum factum, l. fructus 13. ff. quib. mod. usus. am. l. qui scit. 52. §. 2. ff. de usur. l. si ejus fundi 78. ff.

de rei vind. in animalibus com. focus editus, lac expressum, lana deontia est l. in pecudum. 28. ff. de usur. l. bonæ fidei 48. §. 2. ff. de acq. rer. dom. quam interdum verbo percipiendi aliquid amplius designatur, quam simplex illa, quam dixi, fructuum à re separatio, d. l. 48. pr. vers. denique d. l. 78. ff. de rei vind. At enim perceptio non est sola nec præcipua hujus acquisitionis causa, neque sola cultura aut cura hic ratio habetur; alioqui idem etiam probandum esset in male fidei possessore: sed principalis causa est in persona possessoris, nimirum bona fides, quæ facit, ut possessor genè pro domino haberi debeat, d. l. n. §. 1. ff. de usur. d. l. 48. ff. de acq. rer. dom. & tantum præstat possidenti, quantum rei veritas, ubi lex impedimento non est, l. bona fides 136. de reg. jur. Perceptio verò magis est causa sine qua non, quæ situm autem est, an non fructum conditio & qualitas aliquid de hoc acquisitione mutet, an verò omnes indistinctè ad eam pertineant? Fructum à ferendo dictum esse scribit Varro, lib. 4. de ling. lat. ut sit id omne, quod res fert. Nolstrum autem cum generalis loquatur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, comprehenduntur. Hinc nata fructuum divisio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei percipiuntur: cuius generis sunt usura, mercedes, pensiones, redditus annui, vectura. Quamvis enim hæc propriè fructus non sunt, l. si navis, 62. ff. de rei vind. l. usura 131. ff. de verb. sign. in fructus tamen numerantur, quia vicem fructuum obtinent, l. usura 34. l. prædium. 36. ff. de usur. l. mercedes 29. ff. de hered. petiti. eorumque etiam ratio habetur in iudicis petitoris, d. l. 62. de rei vind. l. ancillarum, 27. §. 1. C. 3. ll. seqq. ff. de hered. pet. Ceterum do isto genere hic non queritur. Fructus naturales sunt, quos natura ex re ipsa producit. Et horum quidam ferè solo nature beneficio & æquitate, s. sponte magis, quam facta & labore hominum proveniunt, ut poma, oleæ, nuges, lignum, fenum, &c. aut natura quidem ad iustitiam ceterum opera magis & diligentia, ac cultura hominum, cuiusmodi sunt segetes, legumina, aliæque in agris sata, item fructus pecudum: quippe que sine cura & cultu hominum salva esse non possunt. Illos naturales in specie, hos industriales, interpretes appellaverunt, propterea quod nisi continua quædam atque in orbem rediens cultura, cura æque industria hominis interveniat, sola natura hos non producit. Et hoc pertinet illud Senecæ 2. de benefi. 1. Nihil in fructum pervenit, quod non à primo usque

ad extremum æqualis cura proficitur. Petita autem est hæc distinctio ex l. fructus 45. ff. de usur. atque evidenti ratione mixta est. Hoc igitur hic queritur, an fructus tam naturales, sic in specie dicti, ad hanc acquisitionem pertineant, & percepti bonæ fidei possessoris fiant, quam industriales, de quibus nulla hic controversia? Ego in ea sententia semper fui, ut existimaverim qualitatem fructuum nihil de hac acquisitione mutare, bonæque fidei possessoris non minus fructus naturales, quam industriales percipiendo suos facere. Rationes hæc sunt: 1. Quia generaliter & sine ulla fructuum distinctione loquitur Imperator d. §. si quis à non domino 35. item jurisconsulti in d. l. bonæ fidei 84. ff. de acq. rer. dom. l. 23. ff. quib. mod. usus. am. l. si ejus 78. ff. de rei vind. 2. Quia ratio Gaji in l. in pecudum. 27. ff. de usur. dicentis idem factum pecudum, lac, pilum, lanam, fieri bonæ fidei possessoris, quia in usu sunt, & ipsa fructus omnes comprehendit. 3. Faciunt huc textus in l. 13. ff. quib. mod. usus. am. l. si ejus 78. ff. de rei vind. ubi & olea mox cum percepta sive excussa est, & fenum, simul atque cæsum & à solo separatum est, bonæ fidei possessoris fieri expressè traditum est. At olea vel maximè fructus naturalis est; quippe quam nec rastro desiderare, aut falcem ullamve curam testatur Virgilius lib. 2. Georg. Plinius lib. 15. nat. hist. cap. 1. Fœnum autem qui fructus quoque naturalis sit & spontaneus, nemo opinor, negabit. 4. Evincitur hoc idem ex eo quod de fructibus consumptis traditur, dominum de his agere non posse, sed possessorem bonæ fidei eos lucrari, videlicet eos ipsos, quos percipiendo interim suos fecerat, d. §. 35. Instit. de rer. div. §. 1. Instit. de offic. jud. l. 4. §. 2. ff. su. reg. l. certum. 22. C. de rei vind. Et igitur cum omnes lucratur consumptos, omnes quoque percipios suos interim facit. 5. Omnem dubitationem tollit locus Paulini d. l. 48. ff. de acq. rer. dom. ubi sic scribit: Bonæ fidei emptor non dubitè percipiendi fructus etiam ex re aliena suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus proveniunt, sed omnes: quæ quæ ad fructus attinet, hoc dicitur præsertim. Gloffa quidem & DD. communiter hæc verba Pauli, sed omnes, restringunt ad fructus industriales, qui alienus quam bonæ fidei possessoris opera proveniunt. Sed hoc oppido quæ in incertum & violentum est. Quis enim non videt, verbum omnes à jurisdictionis non ad operantes, sed ad fructus ipsos referri, etque designari fructus diversi generis & qualitatibus ab his, quos dixerat opera possessoris provenire? Quod ipsum evincit & ratio, quam mox subiungit, quia quod ad fructus attinet, hoc dominus præstat, quam eandem rationem

& Julianus asserit, l. qui scit. 25. §. 2. ff. de usur. cui & illud simile, quod idem Julianus ibidem scribit, bonæ fidei possessorum fructus jure soli percipere, atque in fructibus percipiendis magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, spectari: unde apparet, industriam aut operam non esse 78. ff. de usur. causam hujus acquisitionis principalem: nam si jure soli fructus bonæ fidei possessoris percipiuntur, utique omnes qui in solo nascuntur, etiam æquitate præsertim deperit ad hanc acquisitionem & acquisitionem pertinent, ejusdemque omnes in hac causa conditionis sunt: Postremo si bonæ fidei possessor sibi acquiri fructus etiam ab alto factos, in quos ipse necque operam neque curam ullam impendit, quanto magis suos faciet naturales, qui cura illius, si non nascuntur, saltem conservantur.

Obijciunt huc sententia, d. §. si quis à non domino 35. Inst. de rer. div. ubi Justinianus ait, placuisse fructus percipere fieri bonæ fidei possessoris pro cultura & cura. Respondendo, vis illa res est, quæ sine cultura & cura aliqua fructum ferat: coluntur agri, curantur pecora, plantæ putantur, arbores, vitæ, ut omnibus notum est. Olea quoque atque arboris & interdiu gaudet, teste Plinio lib. 15. c. 1. Sed & si qui fructus sine cultu aut procuratore humana proveniant sylvæ cadavæ, poma, nucës, aliique fructus sylvestres, nihil tamen minus ad hanc acquisitionem pertinent. Nam, ut supra diximus, præcipua & adequata hujus acquisitionis causa est bona fides possessoris, quæ efficit, ut tanquam alter quidem dominus jure soli fructus percipiat, cui consequens est, ut percipiendo etiam suos faciat eos, in quos neque culturam neque curam impendit, 78. ab arboribus, sive spontaneos, qui in specie naturales ab interceptibus vocantur. Tantum quia tibi res accidit, ut fructus sine cultura aut jura non proveniant, ratio hæc à Justiniano expressa est.

Maximè autem huc sententiæ ob stare putatur locus Pomponii in l. fructus 45. ff. de usur. Verba Pomponii hæc sunt: Fructus percipiendo non est vir ex re donata suos facit: illor tamen, quos sibi operis acquisierit, veluti ferendo: nam si quomam decerpserit, vel ex sylva exciderit, non sit ejus; licet nec casu sibi bonæ fidei possessoris quia non ex facto ejus fructus nascitur. Et hoc loco factis peripicue probari credimus plerique interpretes, fructus naturales, id est, spontaneos & qui ex facto & operis bonæ fidei possessoris non nascuntur, ad bonæ fidei possessorem non pertinere. Expandamus vero. Quod igitur ait Justinianus? Non quislibet bonæ fidei possessoris sibi fructus, qui ex facto ejus non nascuntur,

rum. Ne hoc quidem nos negamus, sed hoc dicimus, causa possessorem bonae fidei, qui ex iusta causa & titulo legitime non improbat rem ab eo, quam dominum esse putabat, acceperit, fructus omnes ex ea re perceptos suos facere: Hoc autem non negat Pomponius: quippe qui non dicit nullius bonae fidei possessoris tales fructus fieri, sed nos custodit, quam enunciationem, non esse generalem, sed particularem offendit nota particularis attributionis, quae hic est negatio universalis. Qui dicit: Non cuiusvis homini contingit adire Corinthum, is tacite fatetur alicui hoc contingere, & eum idem Pomponius l. 6. pr. ff. de contr. empt. ait non cuiusque rei venditionem aut alienationem esse, id non habere sententiam, nullius rei esse venditionem, quod falsum esse vel pueri sciunt, sed quaedam duntaxat rerum non esse, nempe, earum, quas vel natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt; ceterarum autem rerum esse d. l. 6. pr. l. si in emptione 34. §. 1. ff. eod. igitur in hac enunciatione: Non omnis, aut non quilibet bona fidei possessor fructus naturales suos facit, cum consequens non omni antecedenti attribuitur, sed solummodo ejus parti alicui, satis apparet, Pomponium non eodem jure omnes bonae fidei possessores censere: & tacite duo genera ejusmodi possessorum facere; unum eorum, qui fructus naturales suos non faciunt; alterum, qui hos etiam suos faciunt. Atque ita est, non omnis bonae fidei possessor fructus omnes percipiendi causam; sed is solum, qui iusto titulo possidet iustamque iustam habet, cur existimet rem ad se pertinere. Qui autem iusto titulo destituitur, quamvis in iure errans se dominum destinavit, naturales fructus suos non facit, ne cui ignorantia juris in compendioso proferat, contra l. 4. l. 7. l. 8. ff. de iur. & fact. ign. & interdum nullus l. 13. pr. de vend. ind. licet aliqui non male, sed bonae fidei possessor existimari debeat, quicumque dolo caret, etsi in iure errat, l. ff. de si 25. §. scire 6. ff. de her. pet. l. ubi lex 24. l. si fur. 34. §. 1. ff. de usuc. nec sequitur, iniuste possidet, sed titulo iniuste inuito, ergo mala fide. Possessor praeiudicis minoris sine decreto alienari possidet iniuste, bona tamen fide possidet, si ignorans rem esse minoris aut in iure errans rem emit, & fructus industriales propter bonam fidem suos facit, l. 2. C. si quis ign. rem. min. Talis enim est possessor fundi donatus à marito alienati, item rei livigiosa, & qui à falso autore emit, l. 13. §. ult. ff. de publ. in rem act. Nam ubi lex impedimento est, bona fides in compendioso possessori non prodest, l. ubi lex. 24. ff. de

usu. l. bona fides 126. ff. de reg. iur. Tota autem impeditio est, quoties possessorem vult teneri in quantum locupletior factus est, ut possessor hereditatis, d. l. 25. §. consuevit. 11. de her. pet. item in casu l. si fructus. 8. C. de donat. int. vir. & ux. & denique, qui ex ea causa possidet que postea ad non causam redacta est, l. 3. ff. de cond. indob. Atque de hoc genere bonae fidei possessorum verba Pomponii, sicuti nec consuevit, &c. accipienda sunt: quippe qui & soli similes sunt conjugii rem à conjugē donatam possident, & in literis ceterorum bonae fidei possessorum iure non censentur. In eo autem dissimilitudo est, quod conjux fructus industriales quos percipit, restituere non tenetur, quotiam eos non tantum jure permittente, l. de fructibus 17. ff. de don. int. vir. sed etiam volente conjugē percipit; ceteri nisi fructus consumpti suos tenentur, de quo uberius quaest. sep. vid. Ant. Fab. 4. conj. 17. Pinell. in l. 1. C. de res. vend. p. 2. §. 4. n. 60. Fachin. 1. contr. 37. Timm. Fab. disp. cum. 14. Thes. 5. Bench. cont. 3. offert. 78. Vult. disp. schol. c. ult. Paul. Buf. ad. d. l. 45. Thuiden. ad. d. 3. 35. Inst. de rer. div. c. 50. & quod ad proxima attinet, Gronew. in ll. abrog. ad l. certum 22. C. de rei vind. Pinell. d. loc. Cyprian. Reg. ad. d. §. 31.

CAPUT XXVII.

An bonae fidei possessor fructus omnes, quos percipit, Domino rem suam vindicanti restituere teneatur?

Superiore capite satis abundeque probavimus bonae fidei possessorem iusto titulo subnixum fructus omnes quos percipit, tam naturales & spontaneos, quam industriales suos facere. Vnde interdum parit, ut quos ita percipiendos suos videt & temel sibi acquisivit, domino superveniente & rem suam vindicante restituere possit: an vero omnes & quosdam restituere teneatur? In hac questione quaestione concedo in sententiam rari rari, quae distinguunt inter fructus adhuc extantes & consumptos, ut illos quidem omnes domino rem suam vindicanti restituere bonae fidei possessor teneatur, hos autem omnes lucratur sine ullo metu restitutionis. De fructibus pendenti- bus, id est, qui nondum à solo separati sunt, nulla est controversia: nam cum hi fructus pars esse fundi intelligantur, utique cum ipso fundo & ipsi vindicantur & restituendi sunt, l. fructus. 44. ff. de rei vind. Sed quaeritur de ex-

stantibus, id est, separatis quidem à re, qua tenentur, sed nondum consumptis, an illi omnes domino restituendi an vero naturales duntaxat? Hoc omnes sine distinctione restituendos esse multo videlicet arguunt.

Primum stud, quod Justinianus scribit, de consumptis fructibus dominum agere non posse l. si quis 35. Inst. de rer. div. §. 2. Inst. de offic. iud. & Paulus l. 4. §. 2. ff. fin. reg. bonae fidei possessorum fructus consumptos lucrari. Unde ex contrario rectè colligitur, de non consumptis seu extantibus adhuc, licet à solo separatis, dominum agere posse, eoque bonae fidei possessorem non lucrari.

Deinde si bonae fidei possessor eodem fructus quos percipit & percipiendos suos interim scit, ante consumptionem eorum domino vindicanti restituere debet, utique omnes debet restituere, & tam industriales, quam naturales, quotiam vel maxime & citrà controversiam industriales ad acquisitionem, quae perceptionem fit, pertinent.

Sed quid opus est multa ad confirmationem hujus sententiae argumenta congerere, cum habeamus expressam auctoritatem in l. certum 22. C. de rei vind. ubi sic rescribit Imperatores: *Quotiam est mala fidei possessores omnes fructus solere non ipsi re praestare, bona fidei vero extantes; post autem litis contestationem, universos; neque possit cum Donello extantes hic accipere pro pendenti- bus, nam praeterquam quod hoc non admittit iustus verbi usus, utique vel ipso Donello tenetur à naturales, licet à solo sint separati, restituendi sunt. Atque hac causa est, cur Africanus in l. quaestum 50. ff. de arg. rer. dom. scribat, bonae fidei possessorem consumptos deum suos facere, & Paulus l. 4. §. lana ovium 19. ff. de usucap. consumptos vel ulucapros, nimirum quia hi soli re evidenti non restituuntur. Sic ergo concludimus, bonae fidei possessorem fructus omnes, quos percipit tam industriales quam naturales non consumptos debere restituere, quemadmodum è converso omnes consumptos tam naturales, quam industriales lucrari. Non obstat, quod conjux non restituit fructus industriales rei à conjugē sibi donatae, quamvis adhuc extant, nam ut praecedenti capite dictum est, id habet rationem habet, quod conjux ex voluntate domini, id est, conjugis donatoris, utique jure publico permittente hoste fructibus sibi acquirat.*

Illud autem non parum nobis obstat videbatur, quod sola perceptione dicuntur fructus fieri bonae fidei possessoris: nam si hoc verum est, falsum est eodem domino bonae fidei possessoris fieri consumptionem. Respondeo falsum esse, si hoc

eidem rei attribuerentur eadem ratione. Sed sciendum est legitimam esse naturales acquisitionem, usam perpetuam & citrà voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem & revocabilem, ex causa superveniente, quae domini causam tollat: quale est jus mariti in re dotali, quod soluto matrimonio ab eo recedit; missi in fideicommissarium tranfit; Item hereditas in re sub conditione legata, l. non idem 86. ff. de rei vind. l. generaliter 29. §. 1. ff. qui ex & quib. man. Et tale quoque in proposito est jus bonae fidei possessoris in perceptis nec dum consumptis fructibus usque ad evictionem. Nimirum causa hujus acquisitionis praecipua est bona fides, quippe quae dicitur, ut possessor perinde quasi dominus jure soli fructus suos faciat, quoad de vero domino non constat: à eo superveniente & rem suam vindicante, jam causa illa & simul jus, quod dicitur, cessare incipit, cogiturque possessor fructus omnes, qui modo tempore evictionis sui litis contestatae extant, officio judicis restituere. Neque enim sublatum jure, quod in solo habet, sola ratio culturae & cura eum defendere potest, ut fructus retineat; sed ad hoc solum prodest, ut opposita doli mali exceptione sumptus servet & consequatur, ut dominus aut pretium ejus quod impensum est, solvat: sin minus, patiarur lumpsum cum fructibus pro rata pensari, & pro illis partem fructuum possessorem retinere, arg. l. si à domino 36. §. ult. de her. pet.

Innuat hoc ipsum non obscure Paulus Jurisconsultus in l. bona fidei 48. ff. de acq. rer. dom. cum ait, bonae fidei possessorem fructus ex re aliena percipiendos suos interim facere. Quare enim ait interim? Non aliam procul dubio ob causam quam ut ne quis credat sola perceptione fieri fructus bonae fidei possessoris, ut nunquam postea sint restituendi rei domino. Quod si quis putet frustra id constitutum esse, quasi illa perceptio & fructuum interim acquisitioni nil commodi afferat possessori, eo quod utique si adhuc extant domino rem suam petenti restituendi sunt, is sciat & bonae fidei rationem hoc exigere: l. sui sit, 25. §. 1. ff. de usuc. l. bona fidei 136. ff. de reg. iur. nec sine effectu esse. Prodest enim bonae fidei possessori ad hoc, ut si fructus ab alio percepti sint aut ab alio possideantur, eos tanquam suos vindicare possit tribuere ei jus fructuum pro arbitrio suo utendi, eoque per necessitate aut utilitate sua familiam suam distrahendi aut consummendi; cuius rei hic iterum effectus, ut domino rem suam evincenti consumptorum nomine non tenetur, quorum aliqui estimationem praestare deberet.

Plus negotii facit responsum Gaji in *l. in pecudum 27. pr. ff. de usur.* ubi Jurisconsultus ait, quod in fructu sunt statim pleno jure fieri bonae fidei possessoris & fructuarii. Quod autem statim pleno jure acquiritur, id non potest dici consumptione demum irrevocabiliter acquiri. Quid ergo respondemus? nimirum eum, qui cum de acquirendo agitur, dicit bonae fidei possessorem fructuum simul ut percepti sunt: statim dominium fieri pleno jure aut in solidum, non continuo negare jus illud ex causa esse revocabile: neque de eo laborare debuit Gajus in *d. l. in pecudum* in comparatione locum pecudum cum partu ancillae, qui in fructu non est, & ideo usufructio demum acquiritur, *d. l. in pecudum §. 1.* Sic idem Jurisconsultus in *l. generaliter 19. §. 1. ff. qui et a quib. man. ait*, servum sub conditione legatum, pendente conditione pleno jure heredis esse: quem tamen confiteri existente conditione ab eo abiturum, & demum ejus fieri irrevocabiliter conditione deficiente. Si demum emptio facta lege commissoria perfecta & plena est, licet, conditione deficiente rescilvatur, *l. 1. ff. de leg. commissi.* Illud non magni ponderis est, quod dicitur, bonae fidei possessorem jus habere, quod dominus praetorium est & plus etiam juris, quam habet fructuarius, *d. l. qui scit. 25. §. 1. ff. de usur.* Nam si hoc simpliciter verum esset, ne naturales quidem fructus extantes restitueret, quos tamen esse restituendos inter omnes convenit. Et loquitur expressè Jurisconsultus de jure fructus ab initio acquirendi. Paulus in *l. bona fidei 48. ff. de acq. rer. dom. de bonae fidei possessore loquens cautè addidit particulam penè quia, inquit, quod ad fructus attinet, loco domini penè est.*

Porò quemadmodum bonae fidei possessor fructus extantes restituere debet, ut dicitur & plene probatum est, ita ex contrario eorum nomine quos consumpsit, eum ipsumque sit generis, non tenetur, nec ullos restituit, quod & ipsum abundè probatum putamus. Ceterum alia hic exortur dubitatio. & quaeritur etiam ab his, qui haec non idem nobiscum sentiunt; an non saltem bonae fidei possessor ad restitutionem fructuum consumptorum tenetur, quatenus ex his factus est locupletior? Ex verius est eum non teneri. Ratio est, quia non alienos, sed suos consumpsit: & cum nunquam domini fidei fuerint, non potest dici rem domini ad eum pervenisse; eumve ex reali locupletatum, *l. 1. §. 2. ff. de pignor.* Quod si legum quaeritur auctoritas, textus omnes, qui de consumptis fructibus loquuntur, generaliter & sine ulla restrictione negant horum nomine bonae fidei possessorem teneri. Imperatores in *l. certum. 22. C. de rei vind. aiunt*

bonae fidei possessorem extantes duntaxat praestare tollere, quasi de consumptis inquirendum non sit. Paulus *l. 4. §. 2. ff. qui et a quib. man. ait*, si eos quatenus locupletior factus sit teneretur restituere, nemo enim sine lucro locupletari potest. At hoc, quod bene notandum est, tantum tribuit bonae fidei possessori consumptionis, quantum usufructio, auctore eodem Paulo in *l. 4. l. 19. ff. de usufr. ad usufructum nihil redditur.*

Injunctur tamen hic nobis scrupulus aliquis ex *l. sed et 25. §. consilium. 19. l. illud quoque 40. §. 1. ff. de her. post.* qui scrupulus prius quam hinc discendamus, evellendus est. Quia igitur locis istis repetitur quod nobis incommodet, nempe in judicio petitionis hereditatis bonae fidei possessorem teneri, in quo factus est locupletior. Item in restitutione hereditatis venire fructus tanquam hereditatis augmenta, per quos possessor locupletior factus est. Respondemus, non eadem est in quaestione proposita iudicii universalis, quod & personales praestationes habet, & singularium rerum petitionis ratio. Possessor hereditatis nec ab initio fructus percipiendos suos facit, nec postea consumendo lucratur: sed statim ubi ab eo percepti sunt, in numerum rerum hereditarium recipiuntur, ipsamque augment hereditatem: unde sit, ut eodem jure, quo corpora hereditaria & fructus petantur, atque in restitutionem hereditatis veniant, *l. item veniant. 20. §. 2. ff. de her. petit.* quae omnia focus le habere constat in vindicatione rerum singularium. Nimirum cum is, qui pro herede possidet, ex falsa causa possideat, vitium est tenatur, non ultra possessori hereditatis consulere, quam ut ne damno efficiatur, quomodo est constitutus, qui tenetur conditione indebiti *l. indubiti 13. ff. de cond. indeb.* unde ex contrario etiam mitius quo casu eum tractari voluit, scilicet ut si quid dilapidaverit, aut perdidit, dum sua re abuti putat, non tenetur, *d. l. sed et §. consilium. ff. de her. petit.* vide praeter allegatos *prae. Joan. à Sande lib. 3. rer. jud. c. 15. d. 1. ubi in Frisia sic iudicatum refert Nicol. Thalden. in annot. ad praxim civ. Damhoud. c. 104. n. 13. Pinell. ubi sup. c. praec. ubi ait, nunc ubique tractum servari formam *l. 22. C. de rei vind.* in fructibus a bonae fidei possessore perceptis post litis contestationem: eorum qui ante percepti sunt, sive consumpti sint, sive adhuc extant, sive ex his locupletior possessor factus non rationem non haberi, insuper quaque habita fructuum qualitate, ut litium ambages vitentur.*

CAPUT

CAPUT XXVII.

An ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem potestatis juris transferatur, etiam ante traditionem Publiciana experiri liceat?

Hæc quaestio minus trita & vulgaris, quam duæ superiores: ad cuius decisionem antequam perveniamus, more nostro praecursionem quandam adhibebimus. Actio Publiciana est actio in rem praetoria, quae competit de re, quam quis ex iusta causa sibi traditam a non domino bona fide accepit, si ejus nondum dominus effectus possessionem casu amisit, *§. 4. Infit. de action.* Est actio in rem praetoria: nam jure civili nulla nisi re sine vindicatione, *d. §. 4.* iusta causa est, ex qua re a vero domino tradita, dominium in accipientem transiit, quod intellectum est ex verbis edicti. *Or nondum usufructum petet. l. 1. ff. de Publ. in rem acti.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, ut ulcapi possit: non potest autem res ulcapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit, *Infit. de usufr. in pr. cujuscumque causae sunt emptio, donatio, legatum, dos, &c. d. l. 1. §. ult. & ff. de Publ. in rem acti.* Nec dubitandum quin in rebus incorporalibus ad fundandam Publicianam sufficit etiam facta traditio: cuius multæ sunt species & modi, veluti per fictionem brevium manus, traditionem clavium, appositionem custodis, &c. Nec dum dominus effectus dicitur, qui rem a non domino acceptam nondum nisi cepit *d. l. 1. §. 1. sed ubi Ulpianus ait*, si res utrapia fit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam, quamquam nec ipsi domino Publiciana deneganda, si forte eum difficultis esset, ut scire solet, dominium probatum, hæc actione, tanquam remedio expeditiore, sub qualitate bonae fidei possessoris, omnia quaestione dominii, uti melius, quam civis in rem

Vinnii Quaest.

actione experiri. Introducing enim hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quin & ulu forensi receptum est, ut eodem libello Publiciana cum rei vindicatione cumularetur atque alternatim proponi possit, id est, res peti jure dominii vel quasi dominii. *Oldendorp. class. 3. act. 3. Myling. ad §. 4. Infit. de act. n. 6. Gail. 1. obs. 62. n. 5.* Atque hæc quidem ut ex prædicto Transegrediamur nunc ad quaestionem propositam.

Igitur, sicut iam intelleximus, ut actio Publiciana locus sit, rem vel verè vel fictè traditam esse oportet: nam cum nec sine traditione possessio transferri & nec sine possessione usufructio procedere possit, *l. 25. ff. de usufructu.* consequens est nec posse colorem quaesit per ulcupationem dominii praecedi, ubi res tradita non est. Quid ergo, an non licebit ex iis causis, ex quibus dominium citra traditionem potestatis juris transferatur, etiam ante traditionem Publiciana experiri? Nimirum est regulariter & jure gentium dominia rerum sine traditione non transferuntur, *l. traditionibus 20. Code pacti. §. per traditionem 40. Infit. de rer. div. jure tamen civili quibusdam ex causis etiam sine traditione, veluti additione hereditatis, restitutione fideicommissi universalis, agnitione bonorum possessionis, legati, fideicommissi specialis, donatione mortis causa, venditione aut donatione facta civitati, Ecclesiae, locis ad eorum & alimoniam egenorum publice comparatis, *l. 23 §. 1. C. de SS. Eccl.* Finge igitur v. c. rem alicui legatam esse ab eo, qui dominus putabatur, aut ex SC. Trebelliano alicui restitutam hereditatem, quaeritur an Publiciana experiri possit, etiam si non fuerit nasus possessionem? Næque D. Bachovius disput. 3. de act. thes. 18. Utitur Bachovius hoc argumento, cui putat nihil esse, quod reponi queat, nempe quod Publiciana non datur, nisi ei, qui usufructu cepit: adeo, inquit, ut auctore Jafone in *d. §. 4. num. 17.* argumentum ab usufructu ad Publicianam, & contra affirmativè & negativè procedat: usufructio autem sine possessione non contingit, *l. 25. ff. de usufr. ac proinde, inquit, cessat in casu propositio color dominii per ulcupationem acquisitum, quod fit essentialiter hujus actionis requisitum; ut scilicet actor intendat se usufructu esse: quod utique praetendere non possit ubi res tradita non est, neque possit ullo translati. Hoc amplexa fit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam, quamquam nec ipsi domino Publiciana deneganda, si forte eum difficultis esset, ut scire solet, dominium probatum, hæc actione, tanquam remedio expeditiore, sub qualitate bonae fidei possessoris, omnia quaestione dominii, uti melius, quam civis in rem**

Ergo verè locum hæc ad eas duntaxat species

(G)

pertinere arbitror, in quibus ad dominium acquirendum traditio aut apprehensione possessionis est opus, edictumque conceptum esse de eo, quod *l. 7. r. n. 2. a. accedit*. Quibus autem ex causis dominium adquisitur, etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam ante quod posse, ex sententia felicit & ratione edicti, quod eorum omnium gratia comparatum est, qui alias onere probandi dominii premeantur etiam ab iniustus rei possessoribus. Nam, ut Ulpianus scribit, *l. 7. §. Publiciana. 8. ff. de public. in rem act.* in Publiciana actione omnia eadem sunt, que in rei vindicatione, ac proinde quemadmodum si in casu hoc nostro res à vero domino legata, aut verè hæreditaria fuisset, legatario aut hæredi fideicommissario competeret rei vindicatio, etiam si possessionem ejus rei nacti non essent: ita si res à non domino legata sit, aut non sit ex corporibus hæreditatis restituta, danda erit legatario aut fideicommissario in rem Publiciana, quamvis nec illi possessionem nacti sint. Atque hoc disertè responsum est de eo cui ex Trebelliano restituta est hæreditas, *l. cum sponsus 12. §. 2. d. tit. item de domino, cuius servus cum in fuga esset, rem à non domino emit, l. si servus 15. eod.* His autem casibus cum usucapio procedere non possit, *d. l. 25. ff. de usuc.* apparet præteritionem domini per usucapionem quesitum non esse hujus actionis requisitum essentiale: & proinde non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse nisi qui fuerit in conditione usucapienti. Sed & hoc ipsum falsum existimo, quod actor hanc actionem instituens expresse intendat aut prætetat de usucapiente. Quamvis enim Justinianus scribat, in hac actione eum, qui possessionem amittit, dicere, eam rem se usucapisse: illa tamen actoris intentio non ad nuda ista verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucapisset. Non dicit igitur expresse se rem usucapisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem rectè institutam pertinet, & causam actionis sua intentione complectetur. Dicit, se rem, de qua agitur, bona fide v. c. emisse à Lucio Titio, & ab eo sibi traditam bona fide accepisse patere se, ut sibi restituitur. Hoc autem qui dicit vi ipsa intendere videtur se usucapisse, quia idem petit & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si usucapisset. In causis ex quibus & qui nondum possessionem nactus est, Publiciana agere potest, dicit actor rem sibi à L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex senatusconsulto obtinet: quibus casibus

Publiciana locus sit usucapione non inchoata *d. l. 12. §. 1. d. l. 15. de Publ. in rem act.* dominium quasi usucapione quantum fingi aut prætendi non potest. Hoc olim fuit Petri de Bellapericia opinio, probata Jo. Fabro in *4. §. 1. Inst. eod. n. 12. & Donello in §. 4. eod. n. 4. & 14.*

CAPUT XXVIII.

Ususfructus sine dividuis an individuis?

Quæstio hæc non tantum ad usufructum pertinet, sed etiam ad ceteras res incorporales, puta hæreditatem, obligationes & actiones, exceptis servitutibus prætorum & nudo usu, que individua esse apud omnes in consensu est. Dividuum nostris est, quod dividi potest sine in partes numero discretas, ut decem aere, decem boves, centum amphoræ vini: si in partes corporum aut omnes res corporales, fundus, homo, navis, &c. licet plerumque harum rerum divisio in partes discretas fieri non possit, sine rei interitu aut corruptione, veluti si homo gladio in partes secetur. Navem si dividuas, inquit Cæcellius apud Macrobrum, nec tu nec focus habebitis. Sed juris nostri auctores alia ratione dividendi utuntur, ad commoditatem hominum & rei cuiusque naturam accommodata, *l. 9. §. 1. ff. de solut.* Cùm enim de divisione in partes corporis loquuntur, non intelligunt partes discretas & naturaliter divisas, sed indiscriminatas & inter se confusas, ac intellectæ magis, quam corpore divisas, ipso rei corpore integro manente: verbi causa, cum dicimus Titium & Semprium ejusdem rei esse dominos, non divitam in partes esse significamus, quarum unam Titius, alteram Semprium habeat. Verum hæ partes corporaliter separatas non sunt, sed confusæ & commixtæ, ut neuter possit suam partem à parte rectè sui discretam obtinere, *l. 5. ff. de pup. serv. l. Marcus. 66. §. 2. ff. de legat. 2.* Atque hæ partes propria appellatione partium continentur; quia cum divisio ac separatio corporalis sit, jam non amplius uno corpore tenentur; sed singulæ per se corpus discretum constituunt, & totum quiddam verum, quàm pars finit: verbi causa, si fundus in partes pro diviso dividatur, jam duo fundi esse incipiunt, *l. restit. 25. §. 1. ff. de verb. sign. l. 6. §. 1. ff. comm. præd.* Quamvis autem dividuitas per se non potest convenire nisi corpori sive rei corporeæ nihil tamen prohibet quominus etiam res incorporales, mo-

do tales sint, ut quod ex his percipitur, natura dividi possit, intellectū in partes pro indiviso fecerantur, ut non ex eo, quod sunt natura dividiuitas in his aestimetur, sed ex emolumento, quod propter partem divisi percipitur: cùm in emolumento ipsa pars quodammodo percipi videatur. Cujusmodi res sunt hæreditas, obligatio & petitio cuiusque rei dividiuæ, usufructus. Quidquid enim recipit communionem, talem etiam recipit divisionem. Hoc interet inter res plerumque mobiles, puta servum, equum & res incorporales, quod illæ per rerum naturam etiam factio ipso dividi pro partibus divisilis, & ita corrumpi possunt: at hæ, jura incorporalia ne quidem per rerum naturam factio ipso dividi possunt. Ea, que in nominibus sunt, in judicio familiaritè eriscunt non dividi, cum ipso jure in portiones hæreditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint, legitimus in *l. 6. C. fam. eriscit*. De hæreditate, nisi testator aliter diverserit, eam distribui in duodecim uncias, que assis appellatione continentur, & hæreditas, *Inst. de hæred. instit. l. 1. §. 1. ff. eod. ad d. l. 1. §. 1. 3. & 4. ff. si pars hæred. petri*. De usufructu, de quo hic ex professo, eam pro parte constitui posse, & legitimo tempore similiter amitti, *l. 3. ff. de usufruct. pro parte non frui posse, ut non posse, l. usus 19. ff. de usu & habit. l. 3. §. ult. ff. commod.* Sed falsum est, quod Hotomannus asseruit, usum formalem sine separatum partem esse five homogeneam five heterogeneam usufructus: & partium illa in similitares & dissimilares distinctio, propria est partium distinctio.

Ex contrario putaverit aliquis non minus usum quam usufructum dividuum esse, & partes pro indiviso recipere, quoniam usus nihil aliud sit, quàm parvus quidem usufructus. Sed hoc quoque falsum est: nam usufructus continet omnem utilitatem, quæ ex rei percipi potest, ut solos eos fructus, qui necessarii utentis sufficiunt. Nihil impedit, fructus omnes inter plures dividi: at res non patitur, ut plures simul, quisque ad suam necessitatem, & tamen pro parte re utantur. In usufructu nulla habetur ratio necessitatis fructuarii, sed tantum fructuum, qui quavis ratione ex re obvenire possunt, nam fructum etiam ad compendium: in usu vero non ad fructus respiciunt: sed tantum ad indigentiam personæ utuarii, cuius solo facto & consumptione usus terminatur, nihil relinquens quod dividi possit: in quo usus similis servitutibus prætorum. Plures in eundem usufructum conjungi possunt, in eundem usum plures conjungi non possunt: quia enim ratio usus divisionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Hinc est, quod usus admittit semper ad proprietatem redit, usufructus amittit ad conjunctum, *tit. ff. de usufr. accrescit*.

B. I. CAP. XXVIII. 51.

projicientis, &c. terminatur, nulla re relicta, que dividi possit. Usufructus autem dividuus est, quia licet & ipse in factio ab initio constitat, *l. un. §. quand. dies usufr. leg. factio tamen solo non terminatur, sed potest se relinquere & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem, qui fructus cum dividi possit, etiam jus eorum percipiendum, dividuum habetur: quamvis ipsius juris nulla sit physica divisio. Recipiunt quidem & prætorum servitutibus divisionem per tempora, fed ita usus servitutum non dividitur, sed per intervalla distinguitur, ut nihilominus tota semper utamur servitute, *l. 5. §. 1. ff. de servit. & est tantum modus adjectus toti five utui totius, l. arbor 19. §. ult. ff. comm. dividit*. Putaverit tamen aliquis non magis usufructum, quam utrum dividuum dici posse, cum usus, ut disputat Hotomannus *inst. quasi. 20.* sit pars homogenea usufructus, utis autem cuiusque semper in solidum est, *l. usus 19. ff. de usu & habit. l. 3. §. ult. ff. commod.* Sed falsum est, quod Hotomannus asseruit, usum formalem sine separatum partem esse five homogeneam five heterogeneam usufructus: & partium illa in similitares & dissimilares distinctio, propria est partium distinctio.*

Ex contrario putaverit aliquis non minus usum quam usufructum dividuum esse, & partes pro indiviso recipere, quoniam usus nihil aliud sit, quàm parvus quidem usufructus. Sed hoc quoque falsum est: nam usufructus continet omnem utilitatem, quæ ex rei percipi potest, ut solos eos fructus, qui necessarii utentis sufficiunt. Nihil impedit, fructus omnes inter plures dividi: at res non patitur, ut plures simul, quisque ad suam necessitatem, & tamen pro parte re utantur. In usufructu nulla habetur ratio necessitatis fructuarii, sed tantum fructuum, qui quavis ratione ex re obvenire possunt, nam fructum etiam ad compendium: in usu vero non ad fructus respiciunt: sed tantum ad indigentiam personæ utuarii, cuius solo facto & consumptione usus terminatur, nihil relinquens quod dividi possit: in quo usus similis servitutibus prætorum. Plures in eundem usufructum conjungi possunt, in eundem usum plures conjungi non possunt: quia enim ratio usus divisionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Hinc est, quod usus admittit semper ad proprietatem redit, usufructus amittit ad conjunctum, *tit. ff. de usufr. accrescit*.

Exemplo res fiet illustrari. Ponamus sylvæ amplæ & copiosæ usum tribus personis legatum esse, quæ vel decem litras lignorum ad rei familiaris usum suppeditare queat. Hic legatarii non habent tres partes (divisas vel indivisas)

unius usus, sed pro se quique ulum solidum & distinctam. Contra est si hunc usufructum pluribus legatum esse posuimus. Nam unius rei possunt plures esse usus, quia nihil impedit, quominus quique verbi causa, tantum lignorum cedat, quantum ei sufficit, ad usum & consumptionem quotidianam. Usufructus autem non nisi unusquisque rei esse potest, cum per se rem naturam fieri oportet, ut plures in solidum fruatur, & singuli omnium fructum atque utilitatem percipiant. Si equi usufructus duobus legatus sit; equus locari potest & pensio inter utrumque dividi, *l. 7. §. cum de 10. ff. comm. div.* Si utus equi legatus, licari nequit, sed tantum uterque ad suam necessitatem equo uti potest. Quod si uterque eodem tempore indigeant ad negotia sua, apparet eos in usu concurrere non posse; nec ita spiritus res transigetur, *ut d. l. 7. §. 10.* sed necesse erit uni soli ulum adjudicari. & hanc alteri in praetentionem estimationis parvis condemnari, *l. item 10. §. 1. ff. d. tit. aut utendi facultatem temporibus inter eos dividit, arg. l. arbor 19. §. ult. ff. eod.* Atque hoc ita propter necessitatem, *d. l. 10. §. 1.* Reddatur autem utile communi dividendo iudicium per *l. si cum duorum 32. ff. de stip. serv.* Non obstat, quod apud Ulpianum legimus, si tibi utus, mihi fructus legatur, concurrere nos in utroque *l. per forum 14. §. 2. ff. de usu & habit.* quoniam in tali specie ita concurrat cum usufructuario, ut percipiat, quod usufructuario superest; & ipse interim etiam fruendi causa ulum habeat, seu usum causalem, quo fructus semper inest, *l. si alii 42. junct. d. l. 14. §. 1. ff. eod.* Quod vero generaliter traditum est in *l. stipulatione 70. ff. de verb. oblig.* viam, iter, actum, ceteraque servitutis divisionem non recipere, id ad usufructum non pertinet, sed eo sensu dictum est, quo servitutis praediorum per excellentiam absolute ita nominantur, *§. ult. l. ff. de usu & habit. l. 4. & passim ff. de servit. DD. comm. ad d. l. 70. & ad l. 1. ff. de verb. obligat.* Gomez. 2. resolut. 10. num. 18. Castil. tract. de usufructu. 37. Differt. Hotom. quest. illustr. 10. cujus objectionibus facile ex his, quae a nobis disputata sunt, occurrere potest.

CAPUT XXIX.

An testator possit fructuario remittere partem cautionis fructuariae, quae est de re finito usufructu restituenda?

JUUS est usufructuario rebus alienis utendi fruendi, sed salva rerum substantia, id est, dum ita utatur fructus, ut rem salvam sevee domino. Quapropter, si dominus securus esse possit de proprietate, desiderante eo fructuarius caveat cogitur, & utrumque de boni viri arbitratu, & cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde exabit, *l. 1. & tot. ff. usufr. quemad. cau.* quae cautio satisfatio est, id est, cavere debet fructuarius datis fideiussoribus, *l. 13. pr. ff. de usufr. l. 4. C. cod. habet autem ista stipulatio duas causas, propter quas interponitur, unam de usu, alteram de restitutione;* quarum prior saepius committi potest, quoniam minus aliter utitur fructuarius, quam vir bonus arbitratur; posterior semel duntaxat, usufructu scilicet quoquomodo definito, *d. l. 1. §. pen. usufr. quemad. cau.* Pertinet porro haec cautio ad omnem fructuarium, *d. l. 13. ff. de usufr. d. l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. ff. usufr. quem cau.* excepto patre fructuario bonorum filii adventitiorum, *l. 6. §. non autem l. ult. §. 4. in fin. C. de bon. quaer. lib.* quod datum reverentia paterna; item eo, cui usufructus pure legatus proprietatem ex die certum est proprietatem ad eum perventuram, *l. 9. §. ult. ff. usufr. quem cau.* Interpretes & strictum excipiunt, & donatorem omnium vel etiam parvis bonorum retento usufructu. Quod rationem habet, per *l. 1. §. si ad fructum 16. ff. de leg. nom. cau. & l. inter eos 19. §. 1. ff. de re jud.* Sed & in quasi usufructu cautio a fructuario praestanda, (& ipsa satisfatio est) nimirum se cum morietur ut capite minuetur restitutum non eadem quidem corpora, quae accipit, quod his consumptis heri non potest, sed tantumdem, aut eorum estimationem, *§. 2. l. ff. de usufr. l. 7. ff. de usufr. car. rer. quae usufr. comm.* nam clausula de utendo boni viri arbitratur ad quasi usufructum pertinere non potest, ut recte Castil. tract. de usufr. c. 13. num. 13. In utroque autem usufructu & verbi & quasi, cautio adeo necessaria esse putatur, ut ne testator quidem eam remittere fructuario valeat, per *l. pen. C. ut in poss. legat. l. 1. C. de usufr. l. 6. ff. ut in poss. legat.* Gail. 2. obs. 143. Castil. d. tract.

JURIS QUEST. LIB. I. CAP. XXX.

2. 13. post DD. in *d. l. 1. & d. l. pen.* Et quidem illud constat remissione cautionis facta a testatore non vitiari legem unum usufructus, sed non obstante hac remissione legatarium cautione oblati usufructum petere posse, *l. 6. ff. ut in poss. leg. l. 1. C. de usufr.* quamvis contrarium putet Hinnius resp. ad *l. ff. lib. 1. tract. 2. quae 36.* idque duplici, sed utroque incepto de iustis argumentis. Primum petitur est *l. 7. pr. ff. usufr. quem cau.* ubi Jurisconsultus ait, si res usufructus nomine non exacta satisfatione tradita sit, possit haereditatem vindicare, & si obijciatur exceptio de re usufructus nomine tradita, replicandum esse. Respondeo primum, idem obtinere, & si testator cautionem non remisit, neque ulum in eo textu verbum extare, unde colligi possit, de eo casu loqui Jurisconsultum, quo cautio remissione non exacta rem fructuariam tradidit ipse rem vindicare, & excipientem legatarium de re usufructus nomine tradita, nisi paratus sit satisfare, replicatione doli mali removeve. Alterum argumentum et tamen est, quia quicquid contra legem fit, ipso jure nullum est. Concedimus nullum esse, quod contra legem fit, sed non ultra quam quatenus in legem peccatum est. Non peccat autem testator in legem legando usufructum, sed contra legem facit remittendo cautionem; quam remissionem idcirco etiam nullius momenti esse fateamur. Sic est donatio quae summam quingentorum solidorum excedens actus infirmata non est contra legem fiat, non tamen ibi in totum irrita est; sed tantum quatenus legitimum modum excedit, *l. Justinianus 34. C. de donat.* Ceterum an in totum verum sit & ad utramque clausulam cautionis fructuariae pertineat, quod ultra traditur, cautionem istam a testatore remitti non posse, merito dubites, in quasi usufructu quoniam proprietatem transit in fructuarium, nec fructuario praestat cautionem de re boni viri arbitratur utenda, & finito usufructu restituenda ipsa re, sed tantum de restituenda tantumdem, non potest testator remittere cautionem de tali vel tali summa restituenda, *l. 6. ff. ut in poss. leg. l. 1. C. de usufr.* Ratio est, ut hac saltem via securitatem sibi addere possit proprietarius, quippe qui hic finito usufructu nullam actionem in rem adversus fructuarium habeat, sed personalem duntaxat; scilicet quantitatis conditionem, *l. 3. §. 1. ff. de usufr. car. rer.* quae actio proprietario inutilis erit, si finito usufructu debitor inops reperiat. At in vero & proprio usufructu, cum cautio ad hac duo pertineat, primum ut fructuarius boni viri arbitratur utatur fructus; deinde ut rem finito usufructu restituat, hic primam qui-

dem cautionem testator remittere non potest, *l. pen. C. ut in poss. leg.* quoniam remoto hujus cautionis metu invaderetur ad delinquendum in re aliena, quod fieri non debet, *arg. l. si unus 27. §. 3. ff. de pact. tum etiam quia hic haeres quidem habiturus est actionem contra fructuarium, ubi res negligentia ejus deterior facta est, *l. 13. §. 2. vers. demque ff. de usufr.* ceterum quae haereditas inutilis futura, si forte finito usufructu ad inopiam fructuarius redactus fuerit. At probabiliter defendi potest, testatorem posse remittere cautionem de re restituenda; quia estis omnia sita, habet tamen proprietarius actionem in rem, quae rem ipsam finito usufructu vindicat, *l. 3. §. ult. l. 7. pr. l. ult. vers. si igitur ff. usufr. quem cau.* & sic potest testator prohibere de legatariis aut fidei commissarii cautionem ab haerede exigant nomine legati vel fidei commissarii, *l. 1. pr. ff. ut leg. nom. cau. l. pen. C. ut in poss. legat.* & ideo in *d. l. pen.* non vetatur testator remittere satisfationem de re finito usufructu restituenda, sed duntaxat de utendo fruendo boni viri arbitratur. Ita meriti disputare solum videri clarissimum & Collegam quondam nostrum D. Petrum Cuneum pie memoriae.*

CAPUT XXX.

An in argumento de servitutibus praediorum sola aedificia ad usum urbanum comparata urbanorum praediorum numero habenda?

Sicut praedia vel urbana sunt, vel rustica, ita & servitutibus, quae his inhaerent vel urbanorum praediorum sunt, vel rusticorum, sic enim a subjectis servitutibus distinguuntur, *l. 1. ff. de servit.* Praedia rustica sunt loca aedificis vacua, in urbe area, horti, ruri ager, *l. fundi 21. ff. de verb. sign.* Urbana autem praedia in hac materia appellamus aedificia omnia, etiam in villa aedificata sunt, *l. 2. ff. comm. praed. §. 1. Inst. de serv. praed.* Quae igitur locis puris inhaerent praediorum rusticorum servitutibus sunt; quae aedificis, praediorum urbanorum; distinctione scilicet non a loco sumpta, sed a materia vel genere praedii, *l. urbana 198. l. fundi 21. ff. de verb. sign.* Sunt tamen, qui a sine sumptum putant, & ea sola aedificia urbanorum praediorum numero esse, quae habitandi causa parata sunt; horrea autem quae ruri aedificantur, ad fructus reponendos & custodiendos, magis esse vel praedia rustica cen-

seantur. *Cæpoll. de servit. urb. c. 11. nu. 2. Myñ. Wolemb. Vult. ad §. 1. Inst. de tit. Bronch. cens. 1. aff. 95.* Sed male mea quidem sententia, quod quidem ad propositam tractationem attinet. Fac enim unum est domus, qui vicina aut contigua horrea habent, alteri, cui forè ad grana à palæis repurganda statu venti opus sit, cessasse servitutum alius non tollendi, aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæc servitutes utique urbanæ dicendæ sunt, non rusticæ. Quid enim interest, horreum, an aliud ædificium altius non exollatur, in parietem horrei, an in quem alium tignum immittatur? In constituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppugnando, novo opere nuntiando. Ratio autem non patitur, ut una eademque specie servitus nunc urbana, nunc rustica dicatur. Non est tamen hæc sententia usquequaque expedita. Scribit enim Neratius, *l. 2. ff. de servit. præd. rust. licere altius tollere & officere prætorio vicini servitutum esse prædii rustici: atqui prætorium significat id ædificium, in quo dominus, si quando ruri est, habitat, separatim ab habitatione villicii, ut ex Columella & Palladio constat, quale tamen prædium urbanum esse ceteri omnes faterentur. Resp. Neratium illic fuo arbitrio loqui, non considerato juris effectu. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, prædia, eorumque jura dupliciter considerari, vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit Neratius, vel cum effectu juris: qua consideratione nunquam loco distinguuntur. Cùm queritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invecitis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non autem in invecitis & illatis in prædium rusticum à colono, *l. 4. l. 7. ff. quib. in caus. pign. tac. urbanum prædium accipimus etiam tabernas, stabula, aliaque meritoria, etiam que non sunt continentiæ ædificiis, sed in villis & vicis, vel ipso teste Neratio, l. 1. 4. §. 1. Villa autem fructuaria & habitatio villicii in hac causa prædia rustica habentur arg. l. urbana 198. de verb. sign. Cùm queritur de alienatione prædiorum pupillarum aut minorum 25. annis, quæ si rustica sint aut suburbana, oratione Severi sine decreto prohibentur alienari, *l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut.* (quod constitutione Constantiani ad urbana quoque prædia postea extensum est, *l. 22. C. de adm. tut.*) prædia à sine & usu distinguuntur & rustica quoque intelliguntur horri orbiti & vinarii, qui in urbe sunt, & villæ fundi causa & propter opus rusticum ædificata: reliqua ædificia, stabula meritoria, ceteri ruri sint, horri quoque ædificiorum, unde nihil aut parum reditus, & multo magis**

area pro prædiis urbanis habentur, *d. l. urbana ff. de verb. sign.* quo loco Ulpianus orationem illam Severi interpretatur, ut Cujac. *7. obj. 24. & Gold. ad d. l. urbana* bene observaverunt. Similiter cum de servitutibus simpliciter queritur, quorum prædiorum sint loco idem, ut prædia ipsa, distinguuntur, quod fecit Neratius, *d. l. 2. ff. de servit. præd. rust.* At cum queritur de vi & effectu juris in his constituendis, acquirendis, amittendis, pignoris, novo opere earum nomina nuntiando (vide *l. 1. l. 6. ff. de servit. præd. urb. l. 6. l. 7. §. 1. ff. comm. præd. l. 11. §. ult. & l. seq. ff. de pig. l. 5. & Bell. 9. l. 14. ff. de op. no. nunc*) loci ratio nulla habetur. Sed que ædificiis inhærent, urbanæque locis puris, rusticæ dicuntur. Et quia hæc consideratione neque ulla ædificia possunt esse subiectum servitutum rusticarum, nec loca ulla ædificiis vacua subiectum urbanarum, hinc ad quædam ædificia omnia, etiam que in villis & vicis sunt, sive ad usum urbanum, puta ad habiandum, ac viatores recipiendos, aliumve questum faciendum comparata sint, sive ad usum rusticum, ad fruges condendas & custodiendas, ad stabulanda pecora, prædia urbana habentur: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe & horri ad voluptatem comparati, prædia rustica, distinctione subiecti ad naturam servitutum accomodata, idque contra Cæpollam & alios supra allegatos etiam Bachovius bene observavit ad *§. 1. Inst. de servit. præd. non obstantis* ius que diximus, *l. 7. §. 1. l. iter. 14. ff. comm. præd. l. servitutes 20. §. 1. ff. de servit. præd. urb. ubi iter dicitur deberi per prædium urbanum. Nam & iter, quod debetur per ædes, servitus rustica est: quippe quod ferè debetur per aream, quæ hic instat fundi habet: neque etiam ad iter, quia debetur per ædes, quicquam structura ædificii facit, imò magis est impedimento, Ulpianus in *l. 11. §. 1. ff. de publ. in rem act.* aqueductum per domum transductum vocat servitutum prædii urbani; que tamen & ipsa revera rustica est, que debet servitutum, sed ab ea, cui debetur, sumitur, *l. 1. §. 1. & datur. 43. ff. de acq. cott. & est.* Denique sublato ædificio hujus modi servitus adhuc præstari potest. Sed per hoc non satisficit arg. ex *appreciat. l. 10. §. 1. ibi enim non per domum sed ad domum debetur iter, consequenter dicitur à prædio donante servitus urbana que alias est rustica.**

CAPUT XXXI.

An in præscriptione servitutum semper opus sit titulo?

Servitutes, utpote res incorporales, in quas non cadit possessio, natura sua ufucapi non possunt, *l. servus 43. §. 1. ff. de acq. rer. dom. l. servitutes 14. ff. de servit. l. si aliena 10. §. 1. ff. de usuc. Et* quamvis olim moribus sive auctoritate prætorum introducta effectus servitutum in prædiis urbanis ufucapio, quod in his videatur esse continua quedam, si non possessio, at saltem quasi possessio, cum rusticarum servitutum usus non sit continuus: tamen quia nec urbanæ servitutes verè possidentur, lex Scribonia denud hærum ufucapionem, que moribus contra rationem juris invaluerat, fustulit, ut post legem Scriboniam & tempore mediæ jurisprudentiæ non magis urbanorum prædiorum servitutes, quam rusticorum ufucapi poterint, *l. 4. §. ult. ff. de usuc. d. l. 10. §. 1. eod. d. l. 14. ff. de servit. ubi duplex ratio affertur, quæ prædiorum rusticorum servitutes non ufucapiantur. 1. Quia incorporales sunt, ac proinde non possidentur. 2. Quia earum usus non est continuus, sed interruptus. Prior ratio etiam locum habet in servitutibus prædiorum urbanorum: & sola sufficit ad impediendam ufucapionem: atque ideo in *fin. pr. d. l. 14.* additur, *Idem & in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* Posterior autem causa cessat in servitutibus urbanis: atque hinc harum duntaxat ufucapio, non etiam rusticarum introducta fuit.*

Est autem servitutes ufucapi nequiverint, id est, biennio, quo tempore olim ufucapio rerum immobilium in solo italico implebatur, acquiri: tamen poterunt decem vel inter abentes viginti annorum diuturno usu ita acquiri, ut tanquam jura imposita, utilibus actionibus vindicarentur, *d. l. 10. ff. si servit. vind. l. 1. in fin. ff. de acq. & eq. ubi Antonius ait, servitutes tempore acquiri exemplo rerum immobilium: nempe præscriptione: & de rebus immobilibus seu prædiis provincialibus, quorum non erat ufucapio, sed duntaxat præscriptio. Sic idem Imperator in *l. 1. C. eod. tit.* non loquitur de ufucapione servitutus, sed de præscriptione, que longi temporis consuetudine vicem servitutus obtinet. Porro decem annorum usu, qui pro possessione est, om-*

nes servitutes acquiruntur, generalis enim est definitio, *d. l. 10. ff. si servit. vind. d. l. 1. in fin. ff. de acq. & eq. plur.* Ac proinde reiiciendum est discrimen inter servitutes continuas & discontinuas, quasi illæ decem annis, hæ non nisi tempore immemoriali præstentur. Quamvis enim usus corporalis in plerisque servitutibus rusticarum prædiorum, pura itinere, actu, &c. continuari nequit, *d. l. servitutes 14. ff. de servit.* possessio tamen earum non admittitur quædiu animo retinetur, *§. 5. Inst. de interd. l. 1. §. 3. sed & 7. ff. de acq. poss.* Nam quod iuris locis de rebus corporalibus dicitur, id vel magis in rebus corporalibus obtinere debet, & est hujus rei argumentum in *l. 1. §. 2. ff. de itin. act. priv.* Hodie post transformatam à Justiniano ufucapionem, & ufucapionem rerum soli cum longi temporis præscriptione confusam, servitutes tam ufucapione, quam præscriptione acquiri rectè defendi potest, ufucapione videlicet Justiniana, arg. *l. ult. in fin. C. de pres. long. temp. junct. l. un. C. de usuc. transformat.*

Existimo autem, quæ & communis est sententia, servitutes duobus modis per se & principaliter longa quasi possessione acquiri posse. Aïo per se & principaliter, quoniam servitutes etiam cum ædificiis longo tempore capi possunt, *l. 10. §. 1. ff. de usuc. sed uno duntaxat modo, quod scilicet & ipsa ædificia: ac tum non tam ipsa servitutus ufucapitur, quam prædium quod ufucapitur suæ conditione sequuntur, arg. l. vitæ 23. §. 2. ff. de servit. præd. rust. l. traditio 10. §. 1. ff. de acq. rer. dom. Primus modus, quo servitus per se longo usu acquiritur, est, si servitute ex justa causa sive titulo à non domino prædii, quem tamen dominum esse credidimus, constituta per decem vel viginti annos continenter usi fuerimus, qui modus cum rerum corporalium ufucapione seu præscriptione communis est, ac de hoc modo accipienda est *l. ult. C. de long. temp. presc.* ut patet ex ipso contextu. Et quia hic possessio in initium est à non domino prædii, ideo etiam titulus hic necessarius est: ac contra ignorantiam dominum nihil juvat, ut nec in ufucapione rerum corporalium *d. l. ult. C. de presc. long. temp.* Alter modus servitutum est proprius, si nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id est, domino prædii servitutes sciente & patiente, quod hinc pro traditione & vice boni initii est, per continuum legitimi temporis spatium servitute usi sumus. Nimirum quæ hic initium possessionis est, dominum à quo ideo scientiam quidem dominum à quo possessio in initium profectum est, requirimus: titulum autem non item, quoniam hic etiam titu-*