

rantur, Ultramontanorum opinio probatur, & l. stipulationes non dividuntur, in versiculo, Celsus, ff. de verborum obligationibus, usufructum, 43. §. finali, cum l. sequenti, ff. de usufructu, l. si usufructus mihi in biennium, ff. de usufructu legato, singulariter, & verè explicantur.

S U M M A R I U M.

- 1. Usufructus, vel alterius servitutis constituendæ obligatio, an sit dandi, vel faciendi? & numeris sequentibus.
- 2. Prædictam obligationem dandi esse, defenditur, & per totum caput, atque hoc numero concludens ratio redditur.
- 3. Obligatio simplex dandi, quæ dicitur; & quæ faciendi?
- 4. Angeli de Perusio doctrina in hac materia, novè adducta, & probata per Authorem.
- 5. Usufructum, vel aliam servitutem qui tenetur constituere, dare tenetur, & ad dandum vel constituendum, præcisè adstringi potest.
- 6. Udalrici Zafii opinio in hac materia novè expenditur, & confutatur per Authorem.
- 7. Raphaelis Fulgosii arguta, & subtilis resolutio in hac materia, novè adducta, & probata per Authorem.
- 8. Andreæ Alciatum rectè intellexisse, & tractasse istam materiam.
- 9. Quæ sint superioris Disputationis utilitates, & effectus, remissivè.
- 10. Proponitur difficultas leg. usufructum 43. §. finali. ff. de Usufructu.
- 11. Et Alexandri intellectus confutatur.
- 12. Facti obligationem præcisam non esse ex sententia communi, sed post moram succedere obligationem ad interesse.
- 13. Facti obligationem præcisam non esse contra communi.
- 14. L. stipulationes non dividuntur, in versiculo, Celsus, ff. de verborum obligationibus, explicatur.
- 15. Legis, qui usufructum, 43. §. finali. ff. de usufructu, difficultas dissolvitur, & num. sequentibus vera ratio illius textus proponitur.
- 16. L. quæsitum, ff. de usufructu, explicatur.
- 17. Legis, si usufructus mihi in biennium, ff. de usufructu legato, vera ratio adducta.
- 18. Proponitur difficultas legis, si servum, §. finali, ff. de verborum obligationibus, ubi Marianus Socini junioris ratio novè confutatur, & verior ratio redditur.
- 19. Usufructus earum rerum, quæ usu consumuntur, obligatio dandi est.

Quoniam usufructum, & alias servitudes, primò promitti ex quocumque solemnè tamen contractu; postmodum verò constitui: promittereque, & constituere servitudes, diversa esse, capitibus præcedentibus adnotavimus. Videndum est nunc, quod difficile est, & diversis Doctorum sententiis intricatum: Utrum usufructus, vel alterius servitutis constituendæ obligatio, sit dandi, vel faciendi, & qui usufructum vel aliam servitutem constituere tenetur, an præcisè ad constitutionem adstringi possit? In qua quæstione, variè se involvunt Doctores communiter, in l. 2. §. harrum, ff. de verborum obligationibus, ubi ex propositio disputant Bartolus, n. 3. per totum, Paulus Castrensis, n. 6. vers. in glossa, quæ incipit, qui viam, Alexander col. 3. Jason n. 21. per totum, Alciatus à n. 35. usque ad n. 56. & ibidem latissimè Joannes Marcus Aquilius ex n. 121. cum multis sequentibus. in 4. parte illius §. Fulgosius, Angelus, & Florianus in l. 3. §. dare, ff. de usu-

fructu. Idem Florianus in l. qui usufructum, §. finali. n. 3. ejusdem tit. Ultramontani & antiqui, & noviores alii Doctores, quos statim referam, Caballinus in epitome dividui, & individui, n. 18. fol. 21. & n. 68. fol. 27. Subtiliter, & eleganter Modernus in Labyrinth. dividui, & individui, in prin. n. 68. & 69. fol. mibi 34. quo loco, n. 70. & in explicatione 16. legum ad l. si partem, ff. quemadmodum servitudes amittantur, & ad l. corruptionem, C. de usufructu, n. 9, & seqq. & n. 27. & 28. Concludentibus rationibus, & argumentis ostendit, prædictam obligationem dandi esse. Quod ante eum tenuerunt etiam Petrus, Dianus, Rainierius, Albericus de Rosate, Christophorus de Castill. Raphaël Com. Petrus de Besu, Jacobus de Put. Paulus de Castro, Arctinus, & moderniores Taurinenses, in dict. §. harrum, ut refert Alciatus ibi n. 39. Jacobus, Petrus, Cinius, & Albericus etiam in l. ubi autem non apparet, §. finali. ff. de verb. oblig. Bartol. sibi contrarius in l. si is qui pro empitore, in tertia questione principali, circa medium, ff. de usucapionib. & idem tenet in l. stipulationes non dividuntur, in 4. q. principali, ff. de verb. oblig. Aquilius ubi supra. Alciatus, & alii statim referendi; quanquam enim traditio, & patientia, factum videantur continere (in quo decipiuntur passim ii Authores qui contrariam sententiam sustinuerunt) tamen, quia constituere, & dare jus ipsum servitutis personalis, vel realis, principaliter debetur; dicitur obligatio dandi, & non faciendi. Simplex enim obligatio dandi dicitur, quoties dare dumtaxat principaliter est in obligatione, ut cum debentur centum, vel fundus, aut equus, licet etiam factum traditionis debeatur, ut latius, atque subtiliter probat Modernus ubi supra, in prin. n. 17. & in dict. l. corruptionem, n. 13. cum seqq. & ab eo transcribens Caballinus in epitom. dividui & individui, n. 17. fol. 10. pariter simplex obligatio faciendi dicitur, quoties factum dumtaxat principaliter est in obligatione, & tantum ad faciendum principaliter agi potest, etiam si datio alicujus rei accessorie, & in consequentiam veniat; uti exemplis confirmat Modernus in locis supra relatis; atque ex antiquioribus non malè videtur agnovisse Angelus de Perusio in l. 3. ff. de usufructu. Dicit enim, notandum esse textum illum, dum dicit: Dare autem, &c. & sic obligatum ad usufructum, teneri ad dandum, item etiam videri, quod teneatur pati, ut in simili videmus, quod obligatus ad dandum, sit obligatus ad tradendum; & sic ad factum, cum non possit dari, nisi tradatur. Sed solvit in hunc modum, quod traditio est obligationis executio; & ideo non attenditur traditio, sed sola obligatio, in qua venit datio: ubi autem ipsum tradit est in obligatione, tunc est obligatio faciendi, quod in effectu est idem cum sententia Doderni, nempe inspiciendum esse id, quod principaliter est in obligatione, quamquam accessorie, sive in consequentiam aliud veniat. Ex his igitur, & aliis postmodum referendis securè dici potest, quod qui usufructum, vel aliam servitutem constituere tenetur, dare tenetur, & consequenter ad constituendum, & sic ad dandum præcisè adstringi potest; per regulam legis, ubi autem non apparet, §. finali, & l. si servum, §. finali. ff. de verbor. obligationibus. & alia jura, & fundamenta, quæ latissimè congerunt, & sic defendunt Joannes Marc. Aquilius, Alciatus, Modernus Parisiensis & alii in locis superioribus citatis. Cinius in l. corruptionem, C. de usufructu. Bartol. in l. stipulationes non dividuntur, n. 27. in fin. ff. de verbor. obligationibus. ubi existimat veram, & juridicam sententiam. Marianus Socinus junior n. 347. Albericus in prin. Fulgosius n. 4. & Florianus n. 3. in l. 3. §. dare, ff. de usufructu. Et ita tenendum est quicquid aliter intelligat istam materiam Udalricus Zafius in dict. l. stipulationes non dividuntur, n. 32. & 33. fol. mibi 541. Ubi primò refert distinctionem Bartoli ibi, quam communem esse dicit, scilicet, quod aut est imponenda servitus, sive realis, sive personalis; & tunc hoc debet præcisè fieri: aut est præstanda patientia, postquam servitus est constituta, & tunc non

non compellitur præcisè quis ad factum, sed solvendo interesse liberatur, si non præstatur patientia. Deinde & secundo asserit, hanc asseritionem non esse tutam, per facilem & expeditam rationem secundum eum; nam imponere servitutem, nihil aliud est quam præstare patientiam, per textum in dict. l. 3. §. dare, ff. de usufructu, & in l. quoties, la 2. ff. de servitutibus. Unde infert, quod si distinctio Bartoli, & Doctorum procederet, hoc esset imponere verbis legem, cum re, & effectu non sit differentia, nam si concedit Bartolus, quod nemo possit cogi ad factum præstandæ patientiæ, sed succedat interesse, secundum eum: idem etiam recipi debet in constituenda, vel imponenda servitute. Verum hæc doctrina evidenter convincitur ex dictis supra, & prædictæ argumentationi facile, & verè satisfieri potest ex his, quæ cum Moderno, & aliis superius adnotaveram; nam licet patientia, aut traditio, factum videantur continere; tamen, quia constituere, & dare jus servitutis, principaliter debetur, dicitur obligatio dandi. Præterea, quia etiam is, qui per patientiam servitutem constituerit, debet intelligitur, per textum, in dict. §. dare, ubi dare videtur, qui induxerit in fundum legatarium, cumve patiatur uti frui; & quamvis verum esset, facti obligationem esse, sive ad faciendum tantum obligatum videri, qui tradere, aut patientiam præstare tenetur, adhuc præcisè esset obligatio faciendi, ut statim n. 13. contra communem defendam. Idcirco, istam materiam rectius intellexit Raphael Fulgosius in l. 1. n. 4. ff. de usufructu. Primùm enim docuit ibi, stipulationem, sive promissionem usufructus esse dandi, & non faciendi; improbatque Bartolum, & alios, qui existimaverunt ipsam obligationem servitutis, vel usufructus, esse pariter dandi & faciendi, quia utrumque requiritur, secundum eos in dict. §. dare. Deinde constituit, litteram ejusdem §. non legendam copulativè: sed alternativè; quemadmodum enim dare dominium intelligitur dominus, qui induxerit in fundum eum, cui dare velit, ut in l. traditionibus C. de pactis; vel si dominus patiatur ex titulo habili ad traditionem dominii, à creditore possideri, ut in l. 2. C. de acquirenda possessione: ita & in usufructu alterutrum horum sufficit, sicut & in pignore; nam sufficit ad constitutionem pignoris jure civili, vel rem tradere, vel etiam pati, ipsum creditorè præcedente obligatione nancisci. Tandem constituit, textum in dict. §. dare, non facere ad propositum pro communi sententia, & contrariam satis probari in l. stipulationes non dividuntur, in prin. & in l. 2. §. harrum ff. de verborum obligationibus, quæ loquuntur in stipulationibus, quæ in dando consistunt, & tamen ibi fit mentio servitutis: nec ob stare litteram textus, in dicto §. dare, nam simile est in obligatione dandi fundum dare intelligitur, si tradat, ut in l. si stipulatus ff. de usuris: sicut dicimus & in re corporali; nam in consequentia stipulor rem tradi, ut in l. 2. §. I. ff. de actionibus empiti. Idem etiam tradit, & rectè intelligit istam materiam Andreas Alciatus in dict. §. harrum, ex n. 35. Primò enim pro utraque parte leges, & fundamenta adducit. Deinde veriorè sententiam esse dicit, quod promittens servitutem dicatur simpliciter obligatus ad dandum, nec attendendum esse, quod teneatur præstare patientiam, quæ succedit loco traditionis, quoniam istud venit in consequentiam: postmodum vero, ex n. 44. ad jura, & fundamenta contraria responderet, & singulariter explicat textum, in dict. l. 3. §. dare, ff. de usufructu, atque superioris disputationis nonnullas utilitates, & effectus congerit, ut ibi videri poterit, ex num. 52. cum sequentibus.

Nec urget in contrariam textum in l. qui usufructum, 36 §. finali. ff. de usufructu, ubi qui fuit in mora, in præstando usufructum, tenetur ad interesse mortuo servo: uti Bartolus in Summario, & omnes Doctores communiter adnotarunt ibi, & clarè constat ex verbis ejus textus, scribit enim Africanus: Usufructus servi Titio legatus est; & cum per heredem staret, quominus præstaretur, servus mortuus est: aliud dici non posse ait, quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii interfit, moram fa-

ctam non esse: ut scilicet ex eo tempore in diem, in quo servus sit mortuus, usufructus aestimetur. Cui illud quoque consequens fit, ut si Titius ipse moriatur: similiter ex eo tempore, quo mora Titio facta sit, in diem mortis aestimatio usufructus heredi ejus præstetur. Ergo videtur, quod prædicta obligatio dandi usufructum, potius sit faciendi, quam dandi, cum post moram succedat obligatio ad interesse. Huic difficultati succurrit Alexander in dict. l. stipulationes non dividuntur, dicens, quod in dict. §. finali, hæres non erat amplius obligatus ad constituendum usufructum, quia cum testamento fuisset relictus, ab adita hæreditate habebatur pro constituto; & sic solum erat obligatus ad patientiam, & sic ad factum: ideo succedit obligatio ad interesse, si non facit hæres, ex versic. Celsus, dicta leg. stipulationes non dividuntur. Sed improbat Marianus Socinus ibidem n. 347. per textum statim sequentem in l. quæsitum, 44. ff. de usufructu. ubi disponitur idem, cum per stipulationem debitus est usufructus, & per moram non fuit præstitus; tamen tunc usufructus non habetur pro constituto, sed constitutione opus est. Deinde convincitur Alexander ex textu, in dict. l. 3. §. dare, ff. de usufructu, qui loquitur, quando usufructus relictus fuit in testamento, & nihilominus dicit, quod hæres tenetur dare. Unde pro vera explicatione constituendum est primò, prædictam solutionem Alexandri originaliter fuisse Bartoli, in l. si usufructus mihi in biennium ff. de usufructu legato. quem refert, & nonnullis fundamentis rectè improbat Jason (quem omisit Socinus) in dict. l. 2. §. harrum, ff. de verborum obligat. n. 21. versic. Quid tenendum. Secundo non esse ita certum id, quod pro vero, & indubitato supponunt Alexander, & Bartolus; obligatum ad aliquid faciendum non teneri præcisè facere, sed liberari, solvendo interesse, sive post moram ad interesse obligationem succedere, quamvis idem defendat etiam ipse Bartolus, & Doctores communiter in dict. l. stipulationes non dividuntur, & ex multis veram, & communem resolutionem agnoscant Antonius Gomez tom. 2. variarum cap. 10. de individuis, n. 22. Bæga de inope debitore, cap. 1. n. 4. Parladorius rerum quotidianarum, lib. 1. cap. 6. §. 2. n. 1. Matienço in l. 2. tit. 16. lib. 5. novè recopilat. glossa 6. in prin. Joannes Gutierrez de juramento confirmatorio, 1. part. cap. 39. in prin. & Petrus Dueñas regula 155. Contrarium enim, facti obligationem præcisam esse, nec esse simpliciter mora succedere obligationem ad interesse, rectius docuerunt Glossa in l. unica, C. de sententiis, quæ pro eo quod interest. Martinus Doctor antiquissimus relatus per Bartolum, in dict. l. stipulationes non dividuntur, num. 36. in prin. Corrañus Miscellan. Juris civilis, lib. 2. cap. 3. Cujacius in dicta l. stipulationes non dividuntur. Modernus in l. si quis ab alio, in fin. ff. de re judicata, & in tractatu dividui, & individui, in prin. n. 69. in fin. vers. Nimis enim erroneum, fol. 35. & 2. part. 2. parvis num. 319. fol. 245. D. Ferdinand. Mendoça disput. juris civil. lib. 3. cap. 2. n. 11. versu. Quod adeo, fol. 572. Curtius optimè comprobans in d. l. unica, num. 60. ubi Jacobus de Sancto Georgio n. 61. dicit, hanc esse verissimam sententiam, & contrariam nulla lege probari: nec re vera probat eam text. in d. l. stipulationes non dividuntur, in versic. Celsus, nam qui promittit aliquid facere, præcisè tenetur ad factum. Sed quia aliquando post moram promissor facti adimplere non potest id, quod promittit, vel si potest, jam stipulatoris, sive creditoris non interest illud fieri, favore ipsius, odioque debitoris, sive promissoris morosi, succedit obligatio ad interesse; non tamen liberatur ab obligatione faciendi: sic enim ex sua mora, & culpa commodum reportaret, quod juri, & rationi minimè convenit, ut evidens est. Stipulator ergo petere potest, vel factum præcisè præstare, vel aestimationem solvere, illudque eligere, quod sibi magis expedire decernat.

Tertio constituendum est, superiorem difficultatem 15 dicta