

uo. in puncto illo, an taciturnitas, & patientia inducant consensum super actio difformi: exemplum, quando aliquis occupavit possessionem rei meae, me sciente, & patiente: nam ibi notatur, quod aut praecedat contractus, ex cuius natura teneor illud pati, & tunc videor tacite consentire: *argument. l. 2. & quod ibi notatur, C. de acquirenda possessione*: aut non procedit contractus, ex cuius natura debeam illud pati, & tunc si tractatur de magno praerudicio, non videor consentire, sed si de modico praerudicio, ex iuribus *ibidem* adductis, & his quae post alios quamplures eruditè resolvit Barbosa in *dict. l. que dicitur*: idcirco Guillel. ipse in contrarium existimat se habere veritatem; & ad id dicendum movet eum elegans doctrina Baldi in propriis terminis sequentis Guillelmi de Cuneo in *l. 1. C. de usufructu*, ubi super quaestione praedicta, an usufructuarius non praestita cautione faciat fructus suos, notatè ad propositum dicit, quod aut usufructuarius est adeptus possessionem bona fide, ut quia haeredes tradidit sibi possessionem rerum haereditarum ad usufructuandum nec petit cautionem, & tunc facit fructus suos propter bonam fidem, *l. sed si lege. §. si lege. ff. de petitione hereditatis*: aut fuit in possessione mala fide; puta, quia occupavit possessionem rerum auctoritate propria, ut contingit, dicit ipse, in uxoris testatoris relicta usufructuarius; & tunc non facit fructus suos ante praestitam cautionem, quia videtur eos indebitè percipisse: & haec Baldus; cuius doctrinam nonnullis rationibus comprobat Guillelmus de Perusio, *ubi supra*, ex *n. 9.* & ultra eum expressè probatur illam nonnulli, quos cum Baldo sequutus est Pinellus, *dicta 2. parte legis l. 1. C. de bonis maternis n. 79. versicul. in eodem consil. ubi rectissime adnotavit, & ratione fundavit, ad eò verum esse, fructuarius non facere fructus suos si vitiosè, hoc est, non de manu haeredis possessionem accepit, ut tale vitium minime purgetur ex scientia, & taciturnitate proprietarii: quod in effectu est idem, quod cum Guillelmo superius dicebamus. Baldi etiam distinctionem expressim probavit Andreas Gaill. *lib. 2. dict. observat. 46. n. 6. §. 7.* ubi in praedicta quaestione distinguendum dicit; Utrum fructuarius mala fide, aut invito, vel infcio haerede; an verò eo sciente, & permittente, in possessionem rerum haereditarum venerit? ut sic resolvì debeat, prout *supra* resolutum est.*

20 Huic inferitur primò, Authores relatos *supra* n. 15. non rectè percipisse, aut minus congruè resolvissè istam materiam, quatenus scientia dumtaxat & taciturnitate haeredis contenti erant, nec doctrina Baldi, & distinctione superiori utebantur: similiter nec integrè, nec perfectè tractassè eam Hieronymum de Caevallos, (ut initio hujus capituli dicebam) *communium contra communes quest. 408. n. 9. 10. §. 15.* is enim praedictorum Authorum nullam mentionem facit, multaque praetermittit, quae ad hujus quaestionis resolutionem omninò necessaria erant, ut ex dictis *supra* constat aperte. Deinde imperfectè distinguit, quòd aut cautio fuit petita, vel non; ut cum petita non est, fructuarius suos faciat fructus; cum verò petita fuit, minime illos suos faciat: neque enim sufficit petitam non esse, nisi (ut dictum est) bona fide, & de manu haeredis possessionem accepit legatarius: & haec de usufructu vero & proprio, aut earum rerum quae usu non consumuntur.

22 Nunc verò quarta limitatio sit, & hic agendum de improprio, aut utilitatis causà introducto usufructu, hoc est, earum rerum, quae usu, aut tempore consumuntur: in quo superior resolutio limitari solet, ut in eo scilicet, de substantia usufructus dicatur esse cautio, sic ut jus utendi & fruendi ante cautionem subsistere nullo modo possit: ita observant Glossa, Bartolus, Paulus, Jacobus Buttrigarius, Alexander, Salicetus, Fulgositus, Baldus, Angelus, Aretinus, uterque Socinus, & Alciatus, quos in unum congregavit Pinellus *2. part. leg. l. 1. C. de bonis maternis n. 78. in princ.* his addo tenentes idem Ruinum, in *consil. 51. n. 9. §. in consil. 206. n. 25.*

volum. 2. Guillelmum de Perusio in *consil. 76. n. 2. §. 3. inter consilia ultimorum voluntatum, lib. 1. Cavalcanum de usufructu mulieri relicto, n. 89. fol. 260. §. 261.* qui ex hoc, post Angelum Aretinum in *princ. Instit. de usufructu n. 3. in fine*, (cujus meminit etiam Pinellus *ubi supra*) securè inferunt duo. Primùm, cautionem praedictam in his rebus, quae usu consumuntur, praestandam esse, etiam haerede non petente illam, quod in usufructu proprio secus esse ex multis tradebam *supra* n. 14. 24. Secundùm, quòd usufructuarius non facit fructus suos in praedictis rebus nisi post cautionem datam, & perceptos tenetur restituere, ut probat Cavalc. *ubi supra*, & ex aliis refert Pinellus, *dicto n. 78.* Praecipuum autem hujus communis sententiae fundamentum est; quòd cum ex Senatusconsulto, utilitatis gratià in praedictis rebus datà cautione admissus fuerit usufructus, §. *constituitur. Institut. de usufructu, l. 1. cum seqq. ff. de usufructu earum rerum*, cautioque succedat loco proprietatis, aut reservationis juris illius, sit consequens, quod de substantia usufructus esse videatur.

26 Verùm, contrariam sententiam, imò quod in usufructu improprio, sive earum rerum, quae usu consumuntur, cautio non sit de substantia, sicut in usufructu proprio dictum est, sentit Glossa *verb. sava rerum substantia, in princ. Institut. de usufructu*. & expressè Gloss. in *l. 1. C. de usufructu, Azon in summa, C. eodem, n. 2. versic. dicitur*, & sequuntur Imola in *cap. ultimo n. 18. de pignoriis*. Joannes Faber in *§. 1. n. 2. Institut. de usufructu. Decius in consil. 418. n. 19.* & constanter defendit Arias Pinellus *dicta 2. part. legis l. 1. C. de bonis maternis, n. 78. versicul. sed ego praedictam doctrinam. Menchaca optimè comprobans, de succed. creatione lib. 1. §. 7. n. 25. §. n. 27. versicul. qua ratione idem quoque. & pro hac parte est textus velut expressus in l. hoc Senatusconsultum, §. si pecunia, ff. de usufructu earum rerum*. ubi in his rebus, quae usu consumuntur, ante cautionem praestitam constare, & finiri usufructum respondet Ulpianus: unde constat, & ante cautionem legatum usufructum consistere, & fructuarius rectè percipisse fructus: ut ex illo textu rectè deduxerunt Pinellus, & Menchaca, *locis relatis sup.* ultra quos animadvertendum erit, quòd in his rebus, quae usu consumuntur, id quod succedit loco proprietatis, est ipsa obligatio fructuarii, quae adstrictus est, finito usufructu restituere tantundem, vel aestimationem solvere, juxta textum in §. *constituitur, Institut. de usufructu, l. si tibi, ff. de usufructu earum rerum, §. cap. seqq.* plenius distinguetur: Non verò cautio ipsa, prout quamplures, sed malè quidem, arbitrati sunt; quia cautio potius est firmitas praexistens obligationis, argumento *l. contrahitur, ff. de pignoriis*, & eorum quae norantur per Doctores in rubrica, *de fide instrumentorum, §. in l. 3. C. de verborum significatione*. Praeterea, quia cautio respicit securitatem, respectu proprietatis, & conservacionis juris haeredis in his rebus, non verò respectu juris utendi, & fruendi, cum in illis, etiam abuti possit fructuarius, hoc est, consumere eas, ut *cap. seqq.* probabimus. Non est ergo de substantia usufructus ipsa cautio, etiam in his, quae usu consumuntur; unde subsequitur necessariò dicendum, quòd negato praedicto Antecedente, Consequentia & illatio Angeli Aretini vera non erit, ut fructuarius ante cautionem in dictis rebus fructus suos non faciat, cum in eis militet eadem ratio, quae assignatur in usufructu immobilium, & consequenter fructuarius legitime possidens, etiam ante cautionem, commodo fructum gaudere debeat. Quod est de mente Bartoli in *dict. l. uxori, ff. de usufructu legato, Glossae, Azonis, & Alexandri*, quos cum aliis, ad hoc cum judicio expendit, & sic defendit Pinellus *dicta 2. part. l. 1. C. de bonis maternis, n. 78. in versic. Patet igitur. Menchaca dict. §. 7. n. 25. §. 27.* & multis rationibus confirmat Borgninus *de usufructu mulieri relicto, n. 89. versic. Tamen alia ratione, fol. mibi, 264. in princ.* qui affirmat etiam in foro conscientiae securum esse fructuarius

28 Quarium percipientem fructus ante cautionem, & licet posse retinere illos. Id quod intelligendum est, si rem absque vitio possideat, ut adhuc dictum est.

CAPUT XVII.

Usufructuarius quomodo, & qualiter cavere debeat, tam circa res, quae usu consumuntur, aut minuuntur, & deteriorantur, quam circa eas, quae usu non consumuntur, & de differentia in modo cavendi in praedictis rebus: ubi haec materia absolutà, & distinctà manu tractatur, & quae hucusque ab aliis intricatè, & confusè scripta fuere, luci, & claritati restituta traduntur, nonnullaque ab Authore novè adnotata in medium proponuntur.

SUMMARIUM.

- 1 Usufructuarius cavere debet, sive satidare, tam in usufructu immobilium, & aliorum, in quibus proprie cadit usufructus; quam in usufructu mobilium, vel eorum, quae usu ipso consumuntur, aut tempore minuuntur, & deteriorantur.
- 2 Authores praecitantur, qui de materia hujus capituli melius tractarunt.
- 3 Antonii Galeatii Malvassiae consilium 110. per totum volumine primo, optimum esse, & notandum in hac materia.
- 4 Usufructuarius in iis rebus, quae usu non consumuntur, sive mobiles sint, sive immobiles, cavere debet de utendo & fruendo arbitrio boni viri, deque rebus ipsis, prout existant, finito usufructu restituendis.
- 5 Senatusconsultum, utilitatis gratià, in rebus etiam, quae usu consumuntur, mediante cautione, quasi usufructum constitui statuit.
- 6 Usufructuarius dominium consequitur, & proprietatem rerum mobilium, quae usu consumuntur, & servando servari non possunt, cum in hoc dentur illi, ut ejus fiant; sive res ipse aestimare fuerint, sive non: dummodo, si aestimatio omisa fuerit, ab usufructuario satisdatum sit, de tantundem in genere restituendo, ejusdem qualitatis, & bonitatis.
- 7 Usufructuarius pecuniae qualiter cavere debeat?
- 8 Pecuniam non esse de rebus, quae servando servari non possunt, cum Pinello, contra communem.
- 9 Usufructus bonorum mobilium, quae recipiant functionem in genere suo, & servando servari non possunt, si relicta fuerit, qualiter cautio praestari debeat; & vera, novaque resolutio traditur, & numeris sequentibus.
- 10 Authores nonnulli decepti in hac materia, novè considerantur ab Authore.
- 11 Sententiam, etiam juxta communem, in l. si tibi, ff. de usufructu, Socini, & Bertrandi, contraarium probatur ibi.
- 12 ff. de jure d. i. servitium rerum, quae usu non consumuntur, in genere suo esse esse dicunt; & idem probatur in l. 2. ff. de usufructu, & plenè declarant dictam regulam Bartolus, & ejus discipuli, & non dividuntur, n. 35. in fine, ff. de verborum obligationibus. Antonius Gomez tom. 2. variar. cap. 11. n. 39. Duenas regula 235. sub. tom. diversarum regularum Juris, fol. mibi 285. Everardus in loco à natura alternativorum, folio mibi 666.
- 13 Verum communis haec resolutio, quae in specie, ex omnibus, quod viderim, à nemine impugnatur, placere mihi nullo modo potest; videntur enim hujus opinionis Authores, & illorum sequaces contra aperta jura verba facere. Et imprimis contra textum in §. *constituitur, Joan. del Castillo Quotid. Controv. Juris, Tom. I.*

rerum, etiam quae usu consumuntur, & functionem in genere suo recipiunt, potest ad ipsam aestimationem, praecise compelli, etiam ex mente communis sententiae.

20 Usufructuarius qualiter cavere debeat in his rebus, quae usu ipso consumuntur, sed functionem in genere suo non recipiunt.

21 Antonium Galeatium Malvassiam frustra in quaestione superiori dubium habuisse, novè consideratum ab Authore.

22 L. si tibi, in versiculo finali ff. de usufructu earum rerum, novè explicata.

23 Aestimatio rei fructuarie in omni usufructu fieri debet, habito respectu ad tempus constitutionis, & traditionis, non ad tempus restitutionis.

24 Usufructus si relinquatur in ipsis rebus mobilibus, seu supellecilibus, quae quodam modo ipso longo usu non dicuntur consumi, sed potius inveterascunt, aut forte quodam modo aequaliter tantum minuuntur, qualiter cautio praestari debeat?

25 Panormitani aliorumque sententia consutatur.

26 Ferdinandus Vasque de Menchaca, noviter ab Authore notatus.

27 Pauli Parisi distinctio relata, & consutata.

28 Antonius Galeatius Malvassia consil. 110. num. 9. vol. 1. novè consutatur ab Authore.

29 Joannis Baptistae de sancto Severino, inter consilia Socini senioris, consil. 9. num. 7. vers. Concluso igitur, vol. 4. resolutio expenditur, & ejus distinctio novè improbat.

30 Quaestiois propositae supra ex num. 24. vera resolutio traditur, & communior sententia recipitur.

31 Usufructu finito, quid praecise restitui debeat ab usufructuario, tam in his rebus, quae quodam modo ipso longo usu non dicuntur consumi, sed potius inveterascunt, sive aequaliter tantum minuuntur, quam in his, quae naturaliter ipso usu consumuntur, & servando servari non possunt.

32 Dominium, & proprietatem non solum bonorum mobilium, quae naturaliter ipso usu consumuntur, sed etiam eorum, quae quodam modo ipso longo usu non dicuntur consumi, sed tantum inveterascunt, aequaliter minuuntur, seu deteriores fiunt, in casu illius fructuarius transit sic ut ipse ad libitum admitti possit.

33 Achilles Pedroche opinio, novè ad libitum usufructuarius fieri per Authorem.

34 Usufructuarius rerum, quae longo usufructu consumuntur, qualiter cavere debeat, servando servari non possunt, contra defuncti voluntatem usufructuario consumuntur, qualiter cavere debeat, servando servari non possunt, Craveta in *consil. 32.*

Usufructuarius, ut supra in l. Cumanus, colum. fin. cavere debet, sive conditionibus demonstracionibus, & aliorum, 1. n. 90. volum. 2. Parisius quàm in usu, 3. Rolandus in *consil. 16. n. 32. lib. 3. m. 4. praesumptione 106. n. 17. §. 18. novissime tierrez tractatu, de tutel. & curis, 3. part. cap. Quod ult. 19. fol. 545. Nec credendum est, voluisse testatorem in gravare haeredem multiplicacione, hoc est, legatari usufructus, & cautionis alternative interponendae, ut in simili argumentatur Corneus in *consil. 230. vers. Quia non est, volum. 4. Afflicti decif. 44. n. 18. vers. cum ergo. Rolandus in consil. 8. n. 28. volum. 2. Cephalus in consil. 517. n. 44. volum. 5. Pedrocha Brixienis in consil. 7. n. 152. & nonnulla dicit Marcus Antonius Eugenius in consil. 100. num. 14. §. seqq. lib. 1. Ex quibus facile dissolvi poterit communem Doctorum fundamentum, de quo superius mentionem fecimus, cum in quaestione nostra, non concesserit lex fructuario facultatem restituendi alternative unum aut alterum, sed potius denegaverit, volueritque rebus non aestimatis, tantundem in genere restituendum; aestimatis verò rebus, quòd pecuniae nomine, & aestimationis caveatur, & pretium aestimationis restituatur; posset tamen alternativa cautio interponi de**