

prietario & usufructuario pariter prospicietur, nec cuique de jure: aut commoditate sua quicquam detrahetur, firmat Minfingerus *centuria 6. dicta observ.* 48. n. 8.

21 Ego autem, ut superius dixi, in puncto juris, & de rigore, primam opinionem veritiorem esse existimo (quod quamplures etiam & maximi nominis Authores relati ibi fatentur) duram tamen esse, & contrariam voluntati testatoris legantis usufructum, volentisque fructuum commodo gaudere omnino fructuarii: idcirco totum hoc arbitrio Judicis relinquendum, qui consideratis personarum qualitatibus, negotiis, de quo agitur, circumstantiis, & quantitate patrimonii legatarii, quid fieri debeat, inspiciet, ut cum Menochio, & aliis, probarunt Simon de Præcis de interpretatione ultim. voluntatum, lib. 4. dubitat. 10. n. 81. in fine, 343. Guillemus de Perusio in *conf.* 79. n. 22. in fine, hoc etiam præsentit aperte Petrus Surdus *decis.* 141. num. 13. in fine, & 14. vol. 1. arbitrium tamen Judicis, non debere esse circa effectum & validitatem legati; nam utcumque sit, fructuarius nunquam omnino fructibus carebit, illis potius ex voluntate testatoris fruetur, ut de mente Bartoli fuit aperte in *dict.* l. 1. C. de usufructu, n. 6. Imolæ, in *cap. ult. de pignoris*, n. 27. erit ergo arbitrium circo hoc, an si fructuarius idonee cavere non possit fidejussoribus, juratoria cautione ejusdem contentus debeat esse proprietarius, quod non de facili statuet, nisi qualitas rei fructuariæ, & personæ legatarii ita suadeat, ut proprietario satis consultum esse videatur, vel hæredi sola juratoria cautione admittat: an vero res penes virum aliquem sequeltrari debeat, vel apud ipsum proprietarium remanere, ut numeris præcedentibus dictum est.

## CAPUT XIX.

Maritus, cui ab uxore relictus est usufructus omnium bonorum, vel alicujus partis eorum, alio hærede instituto in proprietate, utrum cavere teneatur, ut alii fructuarii teneantur, etiam respectu dotis, quam actione de dote restituere tenetur hæredibus uxoris; &posito, quod cavere debeat, an per cautionem fructuariam cessare, si per cautionem primitivam actio de dote, qua tenebatur bona dotalia restituere, quæstio nova in hac materia, nec hætenus scripta; ubi etiam materia l. in omnibus, 42. ff. de iudiciis, de debitore, qui efficitur suspectus ex causa de novo superveniente, & l. ultime, C. de pactis conventis; Quando scilicet provisio hominis expressa legis provisionem cessare faciat, multis exornatur, & declaratur.

## SUMMARIUM.

- 1 Questionem hujus capituli novam esse, nec per aliquem hætenus scriptam.
- 2 Primum hujus capituli dubium proponitur, & resolvitur infra n. 9.
- 3 Secundum dubium proponitur, & resolutio traditur infra, n. 20. & vide ex n. 14.
- 4 In favorem mariti, ut cavere non teneatur, primum fundamentum adducitur.
- 5 Et novè: & verè per Authorem dissolvitur, explicaturque consilium Alexandri 50. n. 5. vol. 7.
- 6 Pro marito, ut ab obligatione cavendi excusetur, secundum fundamentum expenditur.
- 7 Et de jure subsistere non posse, evidenter ostenditur, n. sequenti.
- 8 Paulum Parisum deceptum in hac materia, & ejus opinionem falsam esse.

- 9 Usufructus omnium bonorum, vel alicujus partis eorum, si ab uxore marito relictus fuerit, alio hærede instituto in proprietate, maritus ipse cautionem fructuariam præstare debet, etiam respectu dotis, quam actione de dote restituere tenetur hæredibus uxoris, & n. sequentibus.
- 10 Regulam generalem esse, usufructuarium omnem cavere debere.
- 11 Debitor quantumcumque sit efficaciter obligatus, ex causa de novo superveniente cogitur satisfacere, & materia l. omnibus, 41. ff. de iudiciis, latissime explicata, multisque exornata, remissive.
- 12 Usufructuarius etiam si offerat generalem bonorum hypothecam, adhuc cavere tenetur, & contra maritum concludens fundamentum adducitur.
- 13 Textum in l. 1. C. de usufructu, velut expressè decidere questionem propositam supra ex n. 2. & resolutam n. 9.
- 14 Maritus dato pro vero, quod in questione superiori cavere teneatur, utrum per cautionem esset, si extinguatur primitiva actio de dote, qua ipse maritus tenebatur bona dotalia restituere hæredibus uxoris, & n. seqq. fundamenta adducuntur, & concluditur n. 20.
- 15 Provisio hominis expressa, legis provisionem cessare facit, prout hoc numero latius, remissive tamen explicatur.
- 16 Hypotheca a lege tacite constituta in bonis mariti, revincitur per mulierem, etiam si ipsa habeat expressam Hypothecam per pactum acquisitam.
- 17 Hypotheca constituta a lege tacite in bonis mariti pro restitutione dotis, non fieri præjudicium per fidejussores, aut pignora recepta per mulierem, soluto matrimonio.
- 18 Provisio hominis expressa, tunc tollit provisionem legis, quando provisio legis est specialis, sive specialis aut extraordinario jure inducta, secus si est provisio legis de jure communi.
- 19 Quæ de provisione hominis expressa dicta fuere supra n. 15. latiore explanationem requirere; quod attinet tamen ad propositum præsens, tunc demum per provisionem hominis recessum videri ab ordinaria provisione legis, quando circa idem concurrunt hominis & legis provisio; secus tamen si ad idem non tendunt.
- 20 Per cautionem fructuariam, non videri extinctam primitivam actionem de dote, in questione proposita supra n. 14. resolvitur.

His, quæ capitibus præcedentibus dicta fuere, oportune annectitur alia quæstio, quæ singularis est, nec per aliquem hucusque scripta, atque, cum aliquando in iudicium, & certamen deducta fuisset, diversa fuerunt Advocatorum, & aliorum Jurisperitorum sententiæ: Utrum scilicet maritus, cui ab uxore relictus est usufructus omnium, vel alicujus partis bonorum, alio hærede instituto in proprietate, cautionem usufructuariam præstare teneatur, sicut alii fructuarii tenentur, etiam respectu dotis, quam actione de dote restituere tenetur hæredibus uxoris; an vero sufficiat pro cautione, vel loco illius, dotis hypotheca, & actio. Et in hoc consistit primum dubium. Secundum verò dubium est, an dato pro vero, quod cavere teneatur, dicendum sit, per cautionem cessare, sive extinguatur primitivam actionem de dote, qua maritus tenebatur bona dotalia restituere hæredibus uxoris. Et deveniendo ad primum dubium, in favorem mariti ut minimè cavere debeat, illud præcipue urgere videtur, quod ubicumque usufructuarius habebat tempore usufructus sibi relictus, aut tempore mortis testatoris, possessionem earum rerum, quarum usufructus sibi relictus est, non tenetur fructuariam cautionem præstare, sed possessio ab obligatione cavendi excusat. Quemadmodum videtur præsentire Alexander in *conf.* 50. n. 5. vol. 7.

vol. 7. sed tempore, quo usufructus relictus fuit, maritus habebat possessionem rerum dotalium, l. in rebus, C. de jur. dotium & cap. 4. hujus lib. plene probavimus: ergo cautionem fructuariam præstare non debet; verum huic fundamento, in quo principaliter nonnulli insistere videbantur, facile satisfieri potest, nam si prælegamus originaliter Alexandrum loco supra relato, inveniemus aperte, non probare eum, liberum esse debere ab obligatione cavendi possidentem res fructuarias, sed solum scribit, posse ipsum propria autoritate fructus percipere, nec teneri capere eos de manu hæredis; quod longè diversum est: teneri tamen usufructuarii, etiam res possidentem, cautionem fructuariam præstare, cum ab eo petita fuerit, nec propter possessionem ab obligatione cavendi excusari, licet ante cautionem petita, possidendo legitime fructus suos faciat, multorum allegatione, & doctrina capitibus præcedentibus comprobavimus, & ex aliis probat Pinellus 2. part. l. 1. C. de bonis maternis n. 79. post princ. & in hunc sensum intelligi debet Alexander ubi supra, *dict.* n. 5. ut intelligit Antonius Gabriel communium opinionum, lib. 5. tit. de usufructu, conclusione 1. num. 8. versic. Quarto limita.

Secundo loco & pro marito nonnulli urgere existimabant, quod is, cui relictus est usufructus omnium bonorum, alteri proprietate relicta hæres est pure, quæ admodum per textum, in l. ex facto, ff. de hæredibus instit. observat Ruinus in *conf.* 51. lib. 1. & in *conf.* 174. lib. 2. sed explorati juris est, hæredem pure non teneri cavere; sicigitur nec maritus tenebitur, cui ab uxore relictus est usufructus omnium bonorum. Quod in terminis videtur dixisse Paulus Parisius in *conf.* 95. n. 63. & in *conf.* 6. num. 51. vol. 3. sed hoc fundamentum per quam fallum est, nec subsistere potest; quippe cum contrarium verius multò sit, & communi omnium consensu probatum, maritum sic relictum usufructuarium omnium bonorum, non esse hæredem, sed legatarium tantum, ut scribunt Baldus, Paulus, & Jason, in l. filius a patre ff. de liberis & posthumis, Covarruvias variat. l. 2. cap. 2. n. 4. & 5. Gualdensis de arte testandi, tit. de legat. cautela 39. Cavalcanus de usufructu mulieri relicto, n. 69. & seqq. folio mihi 233. Simon de Præcis, Grassus, Menochius, Peregrinus, Marcus Antonius Eugenius, & alii, quos supra hoc eodem libro cap. 8. n. 29. in unum congesti. Nec contrarium firmat

Ruinus in dictis consiliis, licet in eo articulo probet contra fundamenta, atque argumentationes adduxerit. Parisius autem in locis relatis ubi supra, *dicto conf.* 95. n. 63. & *dict.* conf. 61. n. 51. post Aretinum in *dict.* l. filius a patre, licet voluerit, quod cum relinquitur alicui usufructus omnium bonorum alio hærede instituto pure, vel post mortem ejus, non teneatur cautionem fructuariam præstare; & sequantur Philippus Portius lib. 3. communium, opin. concl. 18. limitatione 7. Antonius Gabriel de usufructu, *dicta concl.* 1. in fine; tamen decipitur aperte, cum in eisdem terminis, teneri talem fructuariam cautionem præstare, rectius scripserint, quamplures, quos supra hoc eodem lib. 8. num. 35. in unum congesti, & ex multis adnotavit Cavalcanus de usufructu mulieri relicto, n. 74. fol. 240. Quocirca in specie proposita supra, cum usufructus omnium bonorum, vel alicujus partis eorum ab uxore marito relictus est, alio hærede instituto in proprietate, quod maritus ipse cautionem fructuariam præstare debeat, etiam respectu dotis, quam actione de dote restituere tenetur hæredibus uxoris, verius mihi videtur, & si casus cõtingeret, sic observarem. Ad quod principaliter moveor ex sequentibus. Primò regulam generalem esse, usufructuarium omnem cavere debere: Id quod abundè capitibus præcedentibus adnotatum est, & probatur in l. 1. & per totum, ff. usufructuarius quemadmodum caveat, l. si cuius, cum l. seq. ff. de usufructu, l. 1. & 4. C. eodem tit. capitulo ultimo de pignoris, l. 20. tit. 31. part. 3. sed hæc regula non reperitur limitata in marito, cui

ab uxore relictus est usufructus omnium bonorum; imò in eo expressè est idem statutum, ut dicemus statim, & ex communi omnium sententia, etiam si relictus sit usufructuarius omnium bonorum, alio hærede instituto post mortem ejus, quod fortius est, cavere tenetur, ut diximus supra hoc eodem libro, cap. 8. n. 35. igitur maritus in proposita specie omnino cavere debet.

Secundò, nam debitor quantumcumque sit efficaciter obligatus, ex causa, quæ de novo superveniat, cogitur satisfacere, l. in omnibus, 41. ff. de iudiciis, quam infinitis exornant Bartolus in l. si constante, in princ. n. 6. ff. soluto matrim. idem Bartolus in l. in possessionem, ff. ex quibus causis in possessione eatur. Jason in §. actionum, n. 64. de actionibus. Rodericus Juarez in l. 2. tit. de los emplaçamientos, vers. sed attende quod aliquid, fol. mihi 191. Palacios Rubios, in repet. cap. per vestras, §. 9. per totum, fol. mihi 139. Menochius de arbitrariis, lib. 1. Centuria prima, casu 88. Antonius Gomez tom. 2. variarum, cap. 11. de qualitatibus contractuum, n. 57. Joannes Guierrez de juramento confirmatorio, 1. parte, cap. 16. n. 22. & 23. Alvarus Valascus consultatione 66. a n. 33. Molina de Hispanorum primogeniis, lib. 1. cap. 15. n. 11. & seqq. Mieres de majoratu, part. 4. quest. 34. per totam. Barbosa 2. parte, l. 2. ff. soluto matrimonio, a n. 28. sed in casu nostro supervenit causa de novo, hoc est, legatum usufructus, de cujus natura est, ut fructuarius cavere debeat; ergo maritus quantumcumque sit efficaciter obligatus actione & hypotheca dotis, cogendus est satisficere, si usufructum habere velit.

Tertiò facit, quod usufructuarius, etiam offerat generalem bonorum hypothecam, adhuc cavere tenetur, sicut observant Ruinus in *conf.* 51. n. 8. & in *conf.* 206. n. 25. vol. 2. Portius lib. 3. communium, conclusionem 18. versiculo 8. Amplia Bellonus in *conf.* 54. n. 1. Rolandus in *conf.* 92. n. 11. volum. 1. ergo generalis hypotheca bonorum mariti pro dote restituenda, non debet sufficere pro cautione; eò magis, quod per hypothecam & obligationem reddendi dotem, non erit satis succursum, aut consultum ei, ad quem, finito usufructu pertinerent res fructuariæ, si contingat, ipsum fructuarium rebus abuti, aut consumere & deteriorare illas, nec postmodum solvendo esse: quod inconveniens cessat, si cautio fructuaria præstita fuerit, eo, quod debet, modo, juxta naturam rei fructuariæ; siquidem damno dato, dolo aliquo admisso, sive qua deterioratione interveniente, tenebitur fidejussor, ut proprietatis & rerum substantia semper salva esse debeat. Et si naturam cautionis, & legislatoris finem inspicias, ne dolus malus committatur, utque proprietario vel hæredi satis consultum esse debeat, non minus propriè habebit locum in hoc casu obligatio præstandi cautionem, quam in alio quocumque, cum eadem ratio generalis militet. Tandem & ultimo, & non eundo per alia suffragia, hanc partem velut expressè videtur probare textus in l. 1. C. de usufructu, ubi Imperatores, maritum relictum usufructuarium omnium bonorum ab uxore, necessitate cavendi adstringunt, quibus bona etiam dotalia contineri, nullus dubitare poterit, qui verba ejus legis cum iudicio perpendat; scriptum enim est: Si usufructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est, quamvis cautionem a te prohibuerit exigi, tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam Senatus-consulti cautione. Maritus ergo relictus usufructuarius omnium bonorum uxoris, cavere tenetur ex illo textu, etiam in fortioribus terminis, cum prohibuerit testator exigi cautionem, quantum magis in nostro casu, ubi nulla prohibitio fuit. Et hætenus de primo dubio.

Quod attinet verò ad secundum, anposito, quod in 14 quæstione superiori maritus cavere teneatur, per cautionem cesset, sive extinguatur primitiva actio de dote, qua ipse maritus tenebatur bona dotalia restituere hæredibus uxoris: animadvertendum est, quod pro parte affirmativa, ut cesset actio ordinaria de dote, videtur facere