

presenti pro altera medietate: primo, per text. in l. cum quidam, C. de verb. obl. ubi dicitur, quod tam in contractibus, quam in ultimis voluntatibus dictio alternatiua posita inter personas honoratas, resoluitur in coniunctam, & utriusque quæritur ius, vel actio pro parte virili: per quem text. hoc ita tenent omnes, secundum Ial. in l. cum qui ita, §. qui sibi aut filio, num. 4. ff. de verb. obl. Greg. Lop. Ant. Gom. Matienz. & Azeued. ubi supra.

6 Quo fit, ut quamvis attenda l. item si seruus duorum, §. fin. ff. de stipul. seruo. si seruus stipuleretur alternatiue Titio, aut Seio dominis suis, propter incertitudinem vitietur stipulatio: attamen secundum Bart. ibi, & communiter DD. ille textus est hodie correctus: quia imo debitum diuiditur viriliter inter dominos, ex dict. l. cum quidam; ubi etiam hoc probant & tenent Petrus, Cynus, Bartol. & communiter DD. secundum Anton. Gomez, qui & eos sequitur d. num. 20. in vers. confirmatur etiam, & Gregor Lopez in dict. leg. 7. gloss. 2. in vers. aduerte tamen, Matienz. in presenti gl. 5. n. 8.

Secundo per hanc nostram legem Regiam duobus modis consideratam. Primo in illis verbis: *O que fue fecho el contrato, o obligacion entre absentes*: & iterum ibi, *A otra persona priuada en nombre de otros entre absentes*. Secundo, quoniam si iure communi antiquo attenditur, ille tertius reputabatur adiectus solutioni, non vero principalis creditor, procedebat ex eo, quod actio vel obligatio illo iure alteri per alterum non quærebat, ut probauimus supra num. 2.

7 At vero hodie per nostram legem Regiam est correctum: quia alteri per alterum, ea attenda: in prædictis verbis quæritur actio & obligatio: quod lege vel statuto fieri potest, sicut contrarium iure communi erat dispositum: ergo eodem iure tolli potest, & in terminis ita tenet Gregor. Lopez in d. leg. 7. gloss. 1. verb. Tercera persona, titul. 11. part. 5. Anton. Gom. d. num. 20. vers. hodie tamen iure Regia, & prius ibidem num. 18. in medio, & Doct. Couarr. lib. 1. var. resol. cap. 14. num. 13. Didac. Petez in l. 3. titul. 8. lib. 3. ordin. colum. 1058. in princ. Villalob. in animo iuris civil. & Reg. litera A. num. 18. ubi in idem citat Couar. in §. quamuis pactum, 2. part. §. 4. per totum, præcipue num. 10. de pact. in 6. idem probauimus & nos in repet. l. unic. num. 35. C. quando non per. part. & post nos Matienz. in presenti gl. 5. num. 6. & Azeued. num. 30. Ergo hoc attenditur, tertius ille non censetur iam adiectus solutioni, à ratione legis cessante: sed eidem pro virili acquireretur actio & obligatio: & in terminis hanc secundam partem & resolutionem ex prædictis iure Regia tenent ac probant Gregor. Lopez in d. l. 7. gloss. 2. & Anton. Gom. 1. nom. var. resol. cap. 10. num. 1. in medio & dict. cap. 11. n. 20. vers. scilicet, pulchrum tamen & singulare dubium est, Villalob. ubi supra d. num. 20. & Olanus in sua concordia iuris, litera P. num. 74. & Matienz. in presenti gl. 5. n. 10. & Azeued. n. 37 & 38.

8 Limitanda fit tamen est hæc communis nostrorum resolutio, quando constaret illum tertium non esse adiectum obligationi, sed solutioni: veluti, si illud, quod promittitur, erat debitum tantum stipulanti: nam tunc alter videtur tantum adiectus solutioni & non obligationi: non enim præsumitur, quod ille, cui debebatur debitum, vel illi donare, cum in dubio hoc non præsumatur: si enim ita vel aliter constaret de hoc, tunc procederet omnes leges iuris communis, quæ de ad-

iecto solutioni loquuntur, de quibus supra in 1. parte huius quæst. ita in terminis dicit ac tenet Gregor. Lopez in fin. d. gl. 2. in l. 7. item sequitur in effectu Ant. Gomez. dict. num. 20. circa fin. ibi, *Quod tamen*, dicens, quod resolutio præcedens debet intelligi, quando ille tertius esset nominatus & adiectus principaliter ipsi dispositioni & substantiæ obligationis, ut si quis promissit Titio aut Seio: secus vero si sit nominatus & adiectus executioni & soli solutioni, ut quia promissit Titio decem, quæ promissit soluere sibi, aut Seio, quia tunc non quæritur ius vel actio pro aliqua parte illi tertio, sed tantum erit simpliciter adiectus solutioni & nudus minister ad solutionem recipiendam, sicut de iure communi: & hoc casu haberent locum omnia supradicta. de iure communi in adiecto solutioni, nec sunt correctæ per nostram legem hac in specie: quia in ea non est intentio partium aliquid queri illi tertio, sed tantum cum nominare ad solutionem. Hanc etiam limitationem cum omnibus in ea dictis sequuntur Matienz. in presenti, d. gloss. 5. num. 11. & Azeued. d. num. 38.

Similiter etiam, fit si quis stipulatur copulatiue sibi & tertio extraneo decem, aliamve quantitatem, licet iure communi attenditur, valeat in persona stipulatoris per medietate, & sic in quinque & in persona tertij extranei fit inuisibilis stipulatio pro altera medietate: ut in l. stipulatio ista, §. alteri, vers. eum, qui ita ff. de verb. oblig. cum similibus iuncta communi opinione relata, sequitur per statim citandos auctores: attamen hodie de iure Regia, attenda hac nostra lege Regia, supradictis modis considerata, huiusmodi promissio valet in utriusque persona & quilibet poterit agere pro medietate illum tangente, ita & bene Ant. Gomez d. cap. 11. num. 19. sequitur Matienz. in presenti gloss. 5. num. 7. dicens idem voluisse Gregor. Lopez in d. l. 7. gloss. 2. post medietatem, & Azeued. num. 35. ubi ex Rip. in repet. l. ve coniuncti, num. 223, addit quod si in hac specie vnus istorum repudiaret partem suam, alteri accresceret pars illa.

## S V M M A R I V M.

- 1 Mutuus pecuniam alteri ad emendam aliquam rem, an eam habeat obligatam à iure pro illius pecunia solutione, nec ne per totam quæst. præcipue num. 3.
- 2 Mutuus ad refectionem domus vel nauis, an & quando habeat tacitam hypothecam in re illa suis pecuniis resecta?
- 3 Mutuus ad aliquam rem emendam cum pacto, ut eadem res sibi hypothecata maneat pro solutione mutui, præferitur in illa re prioribus etiam expressis hypothecis.
- 4 Text. in auth. de equalit. dot. §. his consequens est, col. 7. intellectus.
- 5 Merces vendita, habita fide de pretio, nisi aliud dictum sit, non sunt venditori pro pretij solutione obligata, sed dominium earum transferuntur in emptorem, & ideo non sunt reddenda venditori, sed creditori hypothecarij, præferuntur in eis: limitatur n. 7.
- 6 Vendens res suas cum pacto expresso, ut sibi sint expressè hypothecate pro solutione pretij, præferuntur in illis ceteris creditoribus hypothecariis etiam anterioribus.

## QVÆSTIO LIX.

In l. 7. tit. 16. lib. 5. Nov. Collect. Reg. ibi, *Al acreedor que primero, segun derecho, deve ser pagado.*

Mutuus pecuniam alteri ad emendam aliquam rem, an eam habeat obligatam iure pro illius pecuniæ solutione, necne?

1 **Q**Uæro fit circa hanc leg. Primo, an mutuus pecuniam alteri ad emendam aliquam rem, habeat obligatam à iure eandem emptam suis pecuniis iure prioribus pro illius pecuniæ solutione, necne? Et in hoc parte affirmatiuam probare videtur textus in id. veluti expressus in auth. de equalit. dot. §. his consequens est, collation. septima. ubi inquit Iustinianus: *Scimus, nonnullas hypothecas ex privilegio à legibus ipsis concessis, tempore posteriores cum sint, vel antiquioribus creditoribus præferri: nempe cum quis pecunia sua effecerit, ut vel nauis ematur, extruaturve aut reficiatur, vel forte domus exadificetur, vel etiam ager comparatur, aut aliud quiddam: in omnibus enim hisce, posteriores creditores, quorum pecuniis res vel comparatæ vel renouatæ sunt, potiores sunt his, qui multo antiquiores existunt; & ibi nulla fit mentio expressæ hypothecæ hoc casu: igitur ea tacita est. Præterea & secundò Iustinianus ibi, parem esse censet hunc casum ei, quo quis mutuatur pecuniam ad refectionem domus vel nauis. Sed cum quis mutuatur fit refectionem, mutuanti huiusmodi tacita hypotheca à lege datur, ut in leg. interdum, & ibi gloss. fin. ff. qui prior. in pignori. hab. l. 28. tit. 13. part. 5. optime Callan. in catal. gloria mud. in 12. part. conf. 99. limit. 2. ubi quod duo ad hoc copulatiue requiruntur, vnus, quod pecunia expressè fuerit mutuata ad refectionem rei: aliud, quod res effectualiter fuerit resecta: & præterea, quod debeat lex illa interdum intelligi, quatenus pecunia mutuata necessaria fuit pro refectione adificij: secus autem in eo pluris, quod fuit mutuatum ultra quam necessitas refectionis exigeret, quia in illo pluri cessat istud privilegium. Similiter limitat dict. l. interdum, in mutuo facto hæretico in refectionem seu restitutionem: quia huiusmodi mutuus non habet privilegium hypothecæ, ut in simili dicit text. in authent. item privilegium, C. de hæret. Panorm. in cap. quia gaudemus, de hæret. & supra dicta, & alia in proposito congruit latissime Anton. de Fano, de pignori. in 2. membro, 5. part. num. 4. cum seq. & Añinus in tract. de executione §. 7. cap. 13. per totum. Ergo & mutuanti ad emptionem alicuius rei. Et in terminis nostre quæstionis hanc opinionem tenet expressè gloss. 2. per text. ibi in auth. quod iure, C. qui pot. in pignori. in vers. & idem videtur, ubi Bald. & Ang. non audent ab ea recedere, quia secundum eos communis est: & cum ea transit simpliciter. Alexand. in leg. si cum dotem §. fin. n. 5. ff. solut. mari. Ial. in l. creditor. num. 5. in fin. ff. si ver. per. sequitur etiam Campecius de dot. 4. part. q. 8. n. 3. dicens, eam semper menti tenendam, & Callaneus ubi supra dict. 12. parte, consideratione 99. colum. 7. limitatione tertia, circa finem, in vers. imo plus, fol. mibi 326. col. 3. ad finem.*

2 Sed fit his non obstantibus, contrarium proculdubio est tenendum in nostra quæstione principali: immo, quod ea in specie mutuus alicui pecuniam ad emptionem alicuius fundi vel alicuius rei, hoc expresso, quod ea pecunia mutuatur ad illius fundi emptionem, si in eam conuertatur, habeat in actione personali privilegium prælationis, quo mediante præferatur aliis creditoribus solum personalem habentibus, non vero habeat tacitam hypothecam, nisi dictum fuerit, quod is fundus expressè sit pro mutuata pecunia solutione obligatus vel hypothecæ subiectus, ita tenet gl. in l. quod quis ff. de priuil. cred. & in l. interdum, ver. credidero, ff. qui pot. in pignori. hab. & ibi Bart. gloss. 2. in l. licet, C. eodem tit. ubi habet opinionem sequuntur Cynus, Bartolus & Salycet. n. 3. est communis secundum eundem Salycet. indit. authent. quo iure, n. 3. ubi Bald. in fin. inquit, quod hæc opinio est communis glossarum, & ab ea non est recedendum: tamen Bald. in dict. l. licet, velit contrarium, dicens esse quæstionem dubiam. Eandem sententiam glossarum sequitur, & dicit communem Alexand. ubi supra. & Anton. de Fano de pignori. in secundo membro, 5. part. princ. num. 3. ubi limitat, nisi mutuus suam pecuniam in contractu mutui recepisset hypothecam omnium bonorum ab eo, cui mutuauit, quia tunc res empta à debitore, comprehenderetur in dict. generali obligatione, & esset hypothecata mutuanti, secundum Salycet. in d. l. interdum. Eandem opinionem glossarum sequitur plures referens dicens veteriore, & frequentiori calculo receptam videri D. Couarr. lib. 1. var. resol. c. 7. num. 3.

Huius fit opinionis primum fundamentum est dicit. l. licet, C. qui prior. in pignori. habeantur à contrario sensu, cui consonat l. 30. tit. 13. part. 5. ubi appositæ expressæ hypotheca in fauorem mutuantis ad emptionem fundi, præferitur in fundo prioribus etiam expressis hypothecis: igitur non adiecta hypotheca expressa, nulla competet mutuanti, neque hypotheca tacita, nec prælatio pignoris iure. Hoc tamen fallit fauore pupilli, in re namque empta eius pecunia per ratorem, pupillus est priuilegiatus, quia præferitur prioribus creditoribus: ut dixit text. & gloss. in d. l. idemque est ff. qui pot. in pignori. hab. & l. 30. & ibi Gregor. Lop. tit. 13. part. 5. Idemque videtur dicendum in Ecclesia, cum minor seu pupillus, & Ecclesia pari passu ambulent, ut dicit & tenet Ial. in §. ex maleficiis num. 32. Insti. de all. quem refert & sequitur Callan. ubi supra 15. limitatione.

Nec dicatur, prædictum argumentum à contrario sensu ex illis legibus non esse sumendum aduersus expressam decisionem dict. §. his consequens est, ut omnes, qui de prædicto argumento à contrario sensu agunt, fatentur: Id namque diluitur, si fit consideremus non satis probari in d. §. his consequens, tacitam hypothecam à lege concedi mutuanti ad emptionem alicuius prædij, sed potius esse quasdam hypothecas, quæ expressæ vel tacite possunt dari, quibus à iure concessum est privilegium prælationis: & deinde dom dicit, partem esse hypothecam competentem mutuanti ad emptionem, illi, quæ competit mutuanti ad refectionem de hypotheca expressa potius quam tacita intelligendum est, secundum Couarr. ubi supra dict. num. 3. vers. rursus, ibi enim nulla tacita inducitur à lege. Secundum fit fundamentum nostræ sententiæ principalis est, quia mercibus venditis, habita fide de pretio, nulla competit venditori in eis hypotheca aut privilegium (nisi aliud actum sit expressè in ipsa venditione vel vendita sint non habita fide de pretio) ac proinde non sunt reddenda venditori, sed imo in eis præferuntur

runtur alij creditores hypothecarij, text. in *Liquidam fundum*, ff. de in rem ver. l. procuratoris, §. si plures, versio. sed si de doli, ff. de tribut. act. & in terminis ita tenet Bartolus & communiter DD. in l. si cum dorem, §. fin. ff. solut. matrim. vbi Alexand. col. fin. fatetur hanc opinionem communem esse la. in d. l. creditorum, §. ff. si cert. petat. & Bald. Nouell. de dote, 4. part. quest. 8. num. 2. & 3. & Cassaneus vbi supr. limitat, 3. tenet idem Bald. in l. licet, in fine, §. C. qui pot. in pign. hab. sequitur Anton de Fan. de pign. 4. part. princip. num. 35. & 36. est etiam communis, vt plures allegans refertur eam sequutus D. Couarr. vbi supr. dict. n. 3. versio. cui & illud accedit, nec non & Matienz. in presenti gloss. §. n. 6. qui num. 9. post Bald. Nouell. vbi supr. n. 3. hoc ¶ limitat, quod merces, cum iam consilium fugiendi inuisset, merces ab alio emit mercatore, qui habita fide de pretio ei merces tradiderit, prælumitur enim tunc, præcedentem dolum causam dedisse fidei habendæ de pretio, ac ideo venditionem irritam fuisse, & consequenter mercium dominium non fuisse translatum, vt scribunt Angel. & Alex. in d. l. si cum dorem, §. si mulier, ff. solut. matr. Et communis opinio prædicta n. 5. est tenenda, tametsi Bald. sibi contrarius, in l. pro debito, num. 1. Cod. de bon. aut. iud. possid. contrarium teneat, & quamuis cum ibi dicat communiter receptum Nauar. in manual. consess. lat. c. 17. n. 49. sed non ita res se habet, quoniam prior opinio Bald. hoc est in dict. l. licet, & cæterorum est vetior & communior, vt vidimus, ac proinde tenenda: Ergo si dominium translatum non est in emptorem, consequitur, venditorem creditoribus omnibus etiam hypothecariis præferendum: quod tenent Ant. de Fan. & Bembeni, quos refert & sequitur ibi: nec non & Bald. Nouell. vbi supr. Idemque esse asserit Matienz. vbi res tradita non fuisset, vere vel ficte, cum Bembenito quem citat.

8 Quod ¶ si in venditione rei propriæ actum sit, quod ipsa remaneat specialiter obligata pro pretio, tunc in ea venditor ipse merito præferendus erit cæteris creditoribus hypothecariis etiam anterioribus, vt tenet Cur. in addit ad Alexand. in d. l. si cum dorem, §. fin. num. 5. lit. B. sequitur Anton. de Fan. de pign. 4. part. princip. num. 33. & iterum in secundo membr. 5. part. principal. n. 18. vbi alios allegat Bald. Nouell. de dote, 10 part. principal. in princ. n. 3. & Bembeni, de mercat. & decollo. in tit. qui potior. in bonis decolatorum hab. in vltim. part. n. 5. diximus allegatione §. num. 1. & post nos Matienz. dict. gloss. §. n. 7. vbi agit, an satis sit, quod in eodem instrumento hæc hypotheca subiciatur post traditionem, an vero exigatur, quod fiat ante, vel in ipsa traditione à fortiori.

9 Pro ¶ pecuniis etiam expresse mutatis ad emptionem cuiuscunque rei, nec introducta à lege hypotheca inuenitur, si hoc actum non sit, vt prædiximus: & cum his remanet satisfactum fundamentis contrariæ partis: & ita ex iusto tenendum, saluo meliori iudicio: licet text. in d. §. his consequens est, multum adtunc aliter videatur pro opinione contraria.

S V M M A R I V M.

- 1 In prædio empto ex pecunia mea, & ad eius solutionem mihi specialiter obligato, sum præferendus prioribus creditoribus, etiam expressam hypothecam habentibus.
- 2 Sed an hoc procedat etiam respectu dotis prioris?

- 3 Late discutitur per totam questionem. Si vincio vincentem te, à fortiori vincam te declaratur n. 25.
- 4 Hypotheca tacita pro dote, præferitur alteri hypotheca priori tacite, non privilegiata.
- 5 Idem privilegium prælationis competit dotali hypotheca expressa, quia præferitur priori tacite non privilegiata.
- 6 Regulariter extra causam dotis, prior hypotheca siue expressa, siue tacita semper posteriori tacita vel expressa præferitur.
- 7 Hypotheca tacita pro dote non præferitur alteri hypotheca expressa priori, etiam non privilegiata.
- 8 Hypotheca expressa pro dote, an præferatur alteri hypotheca expressa anteriori.
- 9 Hypotheca prior tacita pro dote, præferitur expresse posteriori.
- 10 Hypotheca expressa procedens, an præferatur tacita posteriori pro dote, non solum in bonis prius acquisitis, sed etiam in acquisitis post dotem receptam necne?
- 11 Fisiu ratione sua tacita hypotheca, præferitur expresse alterius creditoris anterioris in bonis postea acquisitis, non vero in antea acquisitis.
- 12 Hoc tamen procedit, quando primus creditor non habet aliud privilegium quam prioritatem temporis, secus alius, puta si esset creditor ex causa tuele.
- 13 Mulier & fiscus respectu hypotheca pari passu ambulans, & vnus non præferatur alteri, sed quis prior est tempore, potior est in iure.
- 14 Muliere contentente cum fisco pro dote, non habet locum l. i. C. de iure fisco. lib. 11.
- 15 In dubio quando non constat de prioritate temporis, mulier pro dote sua præferenda est fisco.
- 16 Mulier est magis privilegiata, quam fiscus, vt hic probatur.
- 17 Hodie iure Regio fiscus præferatur anterioribus tacitis hypothecis, sicut mulier pro sua dote.
- 18 Mulier pro sua dote, sicut fiscus præferatur in bonis post suam hypothecam acquisitis, prioribus creditoribus non privilegiatis, expressam hypothecam habentibus.
- 19 Auth. de equalit. dotis, §. his consequens est, col. lar. 7. intellectus, & n. 21.
- 20 Mulier pro sua dote præferatur hypotheca expressa posteriori, de qua l. licet, C. qui pot. in pign. hab. & l. 30. tit. 13. part. 5. & n. seqq. limitatur num. 23. & 24.
- 21 Intellectus d. l. licet, C. qui pot. in pign. hab. & d. l. 30. tit. 13. part. 3.
- 22 Mulier in hypotheca dotali præferatur habenti priorem tacitam ratione mutui, ad refectionem.
- 23 L. 30. tit. 13. p. 5. omittens casum dotis, quem excepit l. 29. procedens, non ideo cum comprehendere visa fuit.

QVÆSTIO LX.

In eandem l. 7. tit. 16. lib. 5.

In prædio empto ex pecunia mea & ad eius solutionem mihi specialiter obligato, an sum præferendus doti priori expressam vel tacitam hypothecam habenti?

Varo ¶ præterea l. licet, C. qui potior, in pign. hab. cauetur, quod in prædio empto ex mea

mea pecunia, & ad eius solutionem mihi specialiter obligato præferendus sum prioribus creditoribus, etiam expressam hypothecam habentibus: cui consonat l. 30. tit. 13. part. 5. in vers. *Otro si dezimos*, el 1. an ¶ hæc dispositio atque iuris decisiō procedat etiam respectu dotis prioris: hoc est, an hypotheca de qua in dict. l. licet, & in d. l. Regia, præferatur priori hypothecæ dotali tacite vel expresse? Frequens profecto quæstio est, & quæ difficultate non caret: & videtur primo quidem dicendum, partem affirmatiuam veritatem esse in puncto iuris contra dotem, eo potissimum vulgato brocardico. Si ¶ vincio vincentem te, à fortiori vincam te, l. de accessionibus ff. de diner. & temporal. præscriptis, & in c. autoritate, de concess. præben. 6. habetur in l. Claudius, ff. qui pot. in pign. habeantur, gloss. in l. v. suscipio, C. de pign. sequitur plures citans Petrus Surdus, consil. 125. n. 14. Sed ¶ sic est, quod hypotheca tacita pro dote, licet præferatur alteri hypothecæ tacite priori non privilegiatæ, vt in l. assiduis, C. qui potior in pign. hab. & in §. fuerat, Instit. de action. per text. ibi, in c. ex liceris, de pigno. lib. 33. tit. 13. part. 5. D. Couarr. lib. 1. var. res. c. 7. n. 1. vers. 2. conclus. vbi ¶ ait idem privilegium dotali hypothecæ expressæ competere, vt priori tacite præferatur, secundum Salyc. in d. l. assiduis, in princ. & Ant. de Fan. de pign. 2. part. in 4. memb. num. 89.

7 Non ¶ tamen præferatur hypothecæ expressæ priori, iuxta gloss. communiter ibi receptam, in d. §. fuerat, Instit. de actio. secundum la. ibi, n. 72. Gomez. 27. Zaf. 2. gl. mag. in d. l. assiduis, ibi vbi dicitur, & in dict. cap. ex liceris. Quæ opinio communiter tenetur & practicitur secundum Bald. Nouell. in tract. de dor. in 1. part. n. 1. cum seq. est communis secundum Anton. de Fan. de pign. in 4. memb. 2. p. n. 89. & est communiter approbata, la. in l. 1. in 1. lect. n. 10. ff. solut. matr. & eam dicit magis communem contra Martin. plurimos referens Anton. Gom. in l. 33. Taur. num. 39. dicens esse approbatam in l. 33. tit. 13. part. 5. & ibi notat Greg. Lop. in gloss. entonnes, allertens, quod ista fuit semper communis opinio: & est communis & vera atque dict. l. Regia probata, secundum D. Couarr. vbi supr. dict. n. 1. versio. tertia conclusio, & recte, quia dict. l. partite eam approbat expresse, sed in casu d. l. licet, C. qui pot. in pign. hab. & d. l. 30. part. posterior creditor, de quo ibi præferatur priori expressam hypothecam habenti, vt vidimus: ergo à fortiori præferatur mulieri pro sua dote, quæ ab illo priori creditore expressam priorem hypothecam habente vincitur.

8 Sed ¶ antequam ad secundum fundamentum huius prioris partis transierimus, differendum est, an communis modo dicta sententia probata in d. l. 33. tit. 13. p. 5. quæ habet, tacitam mulieris hypothecam pro dote vinei à priori expresse alterius creditoris, procedat etiam si posterior hypotheca mulieris sit etiam expresse: Et in hoc Ang. in auth. de equalit. dot. §. his consequens, singulariter tenuit,

quod in hac specie hypotheca expressa dotis, licet posterior præferatur priori expresse alterius creditoris. Quam opinionem tanquam magis fauorabilem doti amplectendam suadet Bald. Nouell. vbi supr. in d. 10. part. in princ. n. 36. Nichilominus tamen contraria sententia in hoc est tenenda in iudicando & consulendo: imo quod hypotheca expressa pro dote non præferatur, sicut nec tacita anteriori expresse: & hanc opinionem tenet Salyc. in d. l. assiduis n. 3. & Bald. Nouell. sibi contrarius, vbi supr. num. 2. & cum hanc questionem late examinauerit ad vtramque partem la. in d. lib. 1. 2. lectura, numero 11. in 1. & 2. column. & in principio dixisset esse questionem pro amico postea subdit, quod ista secunda opinio contra Angel. est magis communis, & quod durum esset in practica consulendo & iudicando ab ea recedere, licet neutram firmer: sed late probat & sequitur dicens communem, & referens ex Bartol. & aliis, quod ita de consuetudine obseruatur, & ab ea non esse recedendum, Anton. de Fano, de pign. in 4. memb. 2. part. numero 100. cum sequentibus. Hanc etiam secundam opinionem sequitur, & recte defendit dicens esse communem & tenendam Andr. Alciat. in d. lib. 1. num. 17. ff. solut. matr. sequitur etiam Anton. Gomez in d. lib. 33. Taur. num. 40. nec non D. Couarr. lib. 1. var. res. cap. 7. num. 1. versio. quarta conclusio, vbi ex aliis, quos refert, testatur hanc esse communem opinionem, & contrariam à vero alienam, & frequentissime à iuris vtriusque professoribus improbatam.

Hypotheca ¶ tamen prior tacita pro dote prioris competens, præferatur expresse posteriori secundum Bald. Angel. & Salyc. in d. l. assiduis, Dyn. in regula qui prior, numero 12. de regulis iuris in 6. Anton. de Fano vbi supr., numero 97. & 98. quod sequitur & optime declarat cum aliis, quos refert Doct. Couarr. vbi supr., dict. num. 1. versio. quarta conclusio, vt procedat in priuatis nullum habentibus privilegium prælationis ratione tacite hypothecæ eis à iure concessæ, ex lib. 1. C. rem alie. gerent.

Secundo ¶ videndum est pro intellectu & optima praxi huius materię (ne facile quis sub pretextu communis resolutionis præcedentis iudicet semper generaliter contra mulierem, pro expresse hypothecæ prior) an saltem in bonis post dotem receptam præferatur ipsa mulier pro sua dote: an vera in omnibus generaliter, tam in his, quam in prius acquisitis expressa hypothecæ præcedens alterius, vel aliorum creditorum præferatur doti? In quo Ant. Gom. in l. 33. Taur. num. 39. in fin. tenet prædictam communem sententiam indistincte esse veram, nempe quod in omnibus prædictis bonis præferatur hypotheca expressa doti.

Sed ¶ contra hanc opinionem adest ineuocabile fundamentum: nempe quod fiscus præferatur ratione suæ tacite hypothecæ, priori expresse alterius creditoris anterioris in bonis postea acquisitis, licet secus sit in antea acquisitis, iuxta textum in hoc expressum in l. si is 18. in ordine ff. de iur. fisco. cuius verba sunt hæc: *Si is, qui obligauerit, que habet, habiturum esse, cum fisco contraxerit: sciendum est in re postea acquisita, si cum potior em esse debere, P. a. pinianum respondisse, quod & confirmatum est: præuenit enim causam pignoris fisco: per quem text. vt expressum ita tenent ibi Bartolus & communiter Doctores, & eos referens Alinius, in tractat. de*



in id expresse mutuatis cum pacto expresse, ut illa pro earum solutione teneretur: In hac enim specie hypotheca hanc posteriori dote precedenti non praeiudicat: quia non fuit constituta ad instantiam domini eiusdem rei, sed mutuantis nullum ius habentis, nec dominium in re emenda: At vero in casu praesentis limitationis pactum fuit celebratum inter dominum eiusdem rei, eundemque venditorem antequam dominium transferret in emptorem, & sic tempore quo res erat sua, eiusdem emptorem: potuit igitur tempore traditionis rei suae, illud onus hypothecae in suum favorem apponere, ut cum eo transferat in emptorem, ceteroque eiusdem rei possessores, donec pretium solvatur, ut in regula iuris vulgari: nec ex eo praedictum aliquid considerabile fit dote precedenti, nec aliis creditoribus; & in hac specie potest procedere & salvari prima opinio supra adducta in nostra quaest. principali praecedenti: licet re vera in hac specie non loquatur, sed in re empti ex pecuniis in id mutuo datis ea lege, ut specialiter pro earum solutione hypothecata remaneret: quod est diuersum, ut vidimus. Nihilominus hanc limitationem in nostris terminis tenet Bald. Nouel. de dote, ubi supra, n. 3. ibi, & idem forte. Effectus quoque in dubia, & eundem hanc nostra limitatio, si in contractu venditionis venditor non transferret dominium rei, quam vendit, in emptorem, sed illud in se retineret, quousque solutio pretij sibi realiter & cum effectu fiat: vel si ultra specialem hypothecam eiusdem rei, apponeret clausulam, siue pactum de non alienando ipsam, dum pretium eius non solueretur, iuxta tradita per nos in repetit. In nemo potest, n. 28. cum seq. de leg. 1. & in d. alleg. 5. Superest ut respondeamus fundamentis prioris contrariae sententiae. Et non quidem obstat priorum: nempe quod in brocardicum illud: Si vinco vincentem re, & fortiori vincam re: quia non procedit ubi cumque datur diuersa ratio vincendi, ut probatur in d. auctoritate, Martin. de concess. praeb. in 6. & tenet gloss. in d. de accessionibus, & ibi Bart. quem alij sequuntur Abb. & Felin. Rom. & Soc. quos refert & sequitur Doctor Couar. d. lib. 1. var. resol. c. 7. n. 3. vers. item aduersus. Sed in specie de qua agimus, diuersa ratione vincitur vxor a priori creditore, habente expressam hypothecam: & hic prior a posteriori habente hypothecam privilegio legis munitam: mulier enim in hypotheca dotali praefertur habenti tacitam hypothecam posteriori iure mutui facti ad refectionem, ut in d. §. huius consequens est, & tamen ipsa non praefertur priori habenti expressam hypothecam, cui posterior habens tacitam ex mutuo ad refectionem praefertendus est, ut in d. interdum. Ecce qualiter haec posterior hypotheca vincit priorem expressam, & non vincit mulierem, quae a priori vincitur.

26 Praeterea quod mulier in hypotheca dotali praefertur habenti priorem tacitam ratione mutui ad refectionem ita late disputando firmat cum Petro de Bellapert. Alber. & Angel. Salyc. in authent. quod iure, C. qui pot. in pignor. hab. & in d. interdum, re l'pondens fundamentis Cyni tenentis contrarium: Ita, in l. creditor. vers. quid autem si mutuant, ff. si cert. pet. quos refert & sequitur aduersus Bald. Nouell. sicco pede transeundo sententiam contrariam, Anton. de Fano de pignor. in 1. memb. 5. partis, n. 16. & Doctor Couar. ubi supra, d. n. 3. in vers. hoc ipsam ostenditur, ubi dicit hanc opinionem esse communiorum: sequitur & bene probat eandem

opinionem Salyc. A. finius in tract. de execut. c. 7. cap. 13. in 6. limitatione, sed hic prius ratione mutui ad refectionem praefertur priori habenti expressam, ut in d. §. huius consequens est, qui quidem ab vxore non vincitur, ut supra probauimus; ergo nil mirum si dispar ius praerogationis inter hos constitutum fuerit. Ita respondet praedicti difficultati Couar. ubi supra. Non obstat & secundum, quia ex praecedentibus iam est dilutum. Nec etiam tertium, quia quod d. l. 30. omiserit hunc casum dotis, cum eum exceperit, d. l. 29. non probat contrarium, quia leges non semper exprimunt omnes casus, quinimo quamplures per alias leges iuris communis decidendos saepe omittunt, unde ius disponit, ut casus omisit habeatur pro omisso, & remaneat in dispositione iuris communis l. commo. dist. 2. cum similib. ff. de lib. & posth. Non igitur aliquid concludit praed. mortuum, quo Gregor. Lop. mouetur ad tenendum contrarium.

S V M M A R I V M.

- 1 *Fiscus prior creditor agere potest ad pecuniam posteriori creditorum solutam a debitoribus, etiamsi ea consumpta sit bona fide, si debitor sit inops, & non habeat unde fisco satisfacere possit: quod procedit etiamsi sit soluta ex causa onerosa, ut in num. 4.*
- 2 *Idem est in alio creditore privilegiato: & quomodo hoc intelligatur, quod procedit ut in fisco, num. 4.*
- 3 *Non tamen procedit in priori creditore privilegiato, quoad actionem personalem tantum.*
- 4 *Creditor prior habens expressam hypothecam, absque alio privilegio, potest pecuniam posteriori solutam auocare, sicut fisco: non tamen procedit cum posteriori creditore pecuniam receptam consumserit cum sua, bonaque fide accepit, & consumpsit: alius secus, ut in n. 6. vel si dolo defuit possidere, vel pecunia extet, ut ibidem: sed contrarium num. 7.*
- 7 *L. pecunia, C. de priuileg. fisco, solum obtinet in fauorem fisci, vel alterius similiter privilegiati, non vero aliorum: quomodo procedat in 11. & agit in hoc n. 7. de intellectu l. 9. sit. 15. p. 5.*
- 8 *Pecunia in genere soluta, postquam est consumpta, facit extinguere dominium: quod prius penes quemcumque existeret, nec potest ab eo vendicari: & multo facilius talis consumptio debet consumere hypothecam, qua est debitoris, ut in num. 10.*
- 9 *Hypothecaria non datur, quando pecunia est consumpta: sed condicito ex lege in subsidium, quando consumens habuit causam lucrativam: secus alias.*
- 10 *Maritus potest liberè ac tuto merces venales vendere, atque earum ratione contrahere, absque eo quod eius vxor ratione sua dotis possit eas petere; ne commercium impediatur.*
- 11 *Prior creditor hypothecarius, etiam prius auocata pecunia secundo creditori solutam, si ipsamet extat in commissa: idem si esse consumpta mala fide, ut ibi.*
- 13 *Idem quando pecunia soluta non fuit creditori, sed eius procuratori, que nondum reddita est domino.*
- 14 *Idem est in casu l. fin. §. etsi praefata, C. de iur. delib.*
- 15 *Quid in creditoribus Banchis.*
- 16 *Ordo seruandus in conscientia in soluendo debitis.*

Q V A

Q V A E S T I O L X I.

In eandem l. 7. tit. 16. lib. 5.

Materia l. pecuniae, C. de priuileg. fisco. late hic & distinctè pertractatur.

1 **Q**uarto quod ulterius. Nos habemus l. pecunia, Cod. de priuileg. fisco. decidendum expresse, sicutum priorem creditorem agere posse ad pecuniam posteriori creditori a debitoribus solutam, etiamsi ea consumpta sit bona fide: si debitor sit inops, nec habeat bona unde possit fisco satisfacere: idem probat text. in l. deferre, §. vlt. ff. de iur. ff. quod in fisco absque aliqua controuersia procedit, secundum D. Couar. in pract. quaest. cap. 29. in princip. & Petr. Suid. cons. 4. n. 26. & 48. limitat in suo casu Menoch. cons. 25. num. 4. cum seq. lib. 1.

2 **I**dem quod est in alio creditore privilegiato (intellige, simile privilegium fisco hypothecae habente, ut est mulier sua dote nomine, & similes, ut infra dicemus) secundum gloss. in d. l. pecunia, verb. ex iusta causa, per l. ex facto, §. vlt. ff. de pecun. & in l. sed an hic, ff. quod cum eo, & utrobique idem voluit gloss. tamen eius opinio ex praedicti iuribus non rectè deducatur: sed eam sequitur cum aliis Capicium decis. 78. num. 5. & est communis secundum D. Couar. ubi supra num. 1. sequitur Menoch. d. consil. 25. num. 4. lib. 1. Ceph. consil. 86. num. 8. & plurimos alios citans Petr. Suid. d. consil. 4. num. 26. & Tell. Fet. in l. 32. Taur. num. 9. Hoc tamen privilegium intelligi quidem debet aliter, quam de creditore priuato, qui habet anteriorem hypothecam, de quo statim agemus: hic enim non dicitur creditor privilegiatus: de creditoribus namque privilegiatis loquitur titulus de priuileg. cred. qui non loquitur de creditore, qui solum habet anteriorem hypothecam in quo non consistit privilegium, ut patet in l. 1. ff. de priuileg. cred. ita in terminis intelligit gloss. d. l. pecunia, Matth. de Afflict. decis. Neapol. 190. num. 6. & 7. tamen aliter sentit D. Couar. ubi supra num. 1. Fatetur tamen in vers. nihilominus, semel in illo Regio pratorio Granat. iudicum sententia receptam fuisse praedict. commun. opin. in causa & privilegio dotis; tamen res fuerit diligenter disputata: & merito, quoniam dos est privilegiata, sicut fisco, ut in l. 2. Cod. de priuileg. fisco. sed in specie huius privilegij, de quo in dict. l. pecunia, idem inuenimus expressum in fauorem cuiuslibet creditoris privilegiati, ut habent glossa praedict. & commun. opin. praefata cum eis: Ergo merito quod in dote, cum sit privilegiata, hoc idem iudicum sententia decilum fuit in illo Regio pratorio: iudicium est enim, ut vidimus, & praxi confirmatum.

3 **N**on quod tamen procedit in priori creditore privilegiato, quoad actionem personalem tantum, etiamsi si non habeat hypothecam ius, ut contra Capicium decis. 78. cum. 5. optimè respondit D. Couar. ubi supra num. 2. existimans opin. contrariam Anton. Capicij esse aduersam communi omnium interpretationi & sententiae. Hanc opin. Couar. licet cum non referat, probare videtur Matienz. in praesenti gloss. num. 14. tamen Greg. Lop. in l. 11. tit. 14. part. 5. in gloss. huius demandata.

ibi, & nota, contrarium expresse teneat, nihilominus teneo quam praedixi sententiam Couar. uita.

Et decisio d. l. pecunia, C. de priuileg. fisco. cum sua ampliatione communi, ut habeat quoque locum in alio creditore privilegiato similiter, procedit nedum si posterior creditor, cui est soluta pecunia, & ab eo bona fide consumpta sit ex causa lucrativa, sed etiam si sit ex causa onerosa, ut ibi omnes interpretes sentire videntur, etque communis intellectus, ut affirmat D. Couar. ut supra num. 3. cum sequitur reprobens Ioan. Fab. contrarium asserentem in §. item si quis in fraudem, num. 25. sed est in num. 23. in fin. Inst. de act. refert Velasquez in d. l. 31. Taur. gloss. n. 7. tamen Ioannem Fabrum sequatur expresse Menoch. d. cons. 25. num. 13. & 14.

An quod dispositio dict. l. pecunia, cum similib. habeat locum in creditore priuato, habente priorem expressam hypothecam absque alio privilegio, nempe ut possit hypothecaria actione auocare solutionem factam secundo creditori, ut sibi prius satisfiat? Ingens profecto quaest. est, in qua maxime in iure inter eius interpretes controuertitur atque disputatur, pro, & contra adductis fundamentis: & in primis quinque fundamenta partis affirmatiuae atque plurimos Iurif. consultos, qui pro ea responderunt, congerit Matth. de Afflict. decis. Neapol. 195. per totam, ubi num. 2. citat huius opinionis auctores gloss. in d. l. pecunia, & ibi Salyc. & Ang. nec non & Raph. Cum in l. pupillus, ff. que in fraud. cred. dicentem quod ista est communis opin. Eandem alios allegans communem esse proficitur D. Couartus, ubi supra num. 1. cum seq. licet eam non sequatur: & hanc veram de iure, quicquid suadeat aequitas, affirmat Paris. consil. 69. num. 1. volum. 4. & plene probat Bennen. Straccha in tractatu de decisor. in vltima part. num. 18. ubi quod ab hac sententia non est discedendum. Sequitur etiam eam, saltem contra creditorem ex causa lucrativa, Telus Fernand. in dict. l. 32. Taur. num. 9. sed indistinctè idem probat plures auctores pro hac parte referens Petr. Suid. dict. consil. 4. num. 25. & 42. & Matienz. in praesenti, gloss. 5. num. 15. & Velasquez in dict. l. 32. Taur. gloss. i. num. 8. ubi inquit, quod secundum hanc obtinuit in Regia Cancellaria Vallisoleana: & tenentes contrarium loquuntur de aequitate, ut inquit Matth. de Afflict. dict. decis. 190. & decis. Perusina 45. num. 20. & ante eos tenuit Gregor. Lop. in l. 9. in gloss. Quae uerme, tit. 15. p. 5. sed loquitur in creditoribus magis privilegiatis.

Hae tamen opinio non procedit, cum posterior creditor pecuniam receptam commisit cum sua, bonaque fide accepit & consumpsit: secus autem si mala fide, tunc enim dominium sibi non acquiritur: vel si dolo defuit possidere, vel si ipsa pecunia extet: his etenim tribus casibus vltimis communis praecedens sententia locum habet, in eisque rectè procedit, ut late cum aliis probat Petrus Suid. ubi supra num. 43. & 44. & 48. circa fin. & num. 49. vers. minus, & num. 48. sic intelligit statutum ciuitatis Geneuensis. disponens, quod solutio facta per communem debitorem, secundo creditori, sit valida nec possit reuocari a primo creditore, quando facta est super Banchis, vel in pecunia numerata, vel fuit facta datio in solutum super meritis debitoris: de quo

N 4

quo

quo ipse Petrus Surd. *ibid.* num. 12. & Afinius in loco infra citando, & super eo consulit Parif. d. conf. 69. num. 4. volum. 4. nempe ut illud statutum intelligatur iuxta ius commune; nempe quando secundus creditor, qui pecuniam exegit, illam consumpsit bona fide: secus si ipsa extat, vel fingitur extare.

7 Contrariam tamen sententiam in nostra quaest. principali, imò quod constitutio, *dict. leg. pecunia, C. de privileg. fise.* solum obtineat in fauorem fisci, & in eo sit specialis (Adde tu, & in alio similiter privilegiato ut praediximus) non vero extendatur nec admittatur in fauorem alterius creditoris privati non privilegiati, etiam si priorem hypothecam habeat, probauit & tenet Fulgos. in *dicta leg. pecunia*, & in *l. cum fundus, §. seruum tuum*, num. 4. ff. si cert. pet. quod etiam tenent tenere Cuman. in *dict. leg. pupillus, colum. 2.* & hanc opinionem sequitur Matth. de Afflict. *ubi supra* num. 6. & 7. scilicet quando pecunia fuit bona fide consumpta, dicens secundum eam fuisse sententiam pronunciatam per sacrum Consilium Neapolit. sub nomine Regio: quia alias totus mundus litibus inuolueretur, & mercatores tuto non possent contrahere, & consequenter commercio priuarentur: & ad praedictam decisionem Matth. de Afflict. dicens esse notabilem, se refert Gregor. Lop. in *l. 1. tit. 14. part. 3. in gloss. A que uenit su dnda*: & rursus in eadem gloss. hanc opinionem tenet ibi. Sicut est regulare in aliis actionibus: idem Greg. Lop. in *dict. leg. 9. tit. 15. part. 5. in gloss. Qua torre*: idem tenet ob aequitatem Parifius, *dict. consil. 69. num. 2. volum. 4.* Hanc etiam sententiam tanquam iuridicam & iuri consonam approbat Gram. *decis. 1. per totam*, & Capicius *decis. 78. num. 1.* sequitur D. Couar. *dict. cap. 29. num. 1. & 2.* existimans communem sententiam contrariam supradict. non esse omnino certam, & quod fortassis in fisco sit specialis *decis. dict. leg. pecunia*. Et hanc dicit esse receptam magis DD. sententiam Menoch. *dict. consil. 25. num. 1.* Pro qua militat naturalis aequitas, & probatur apud Genuens. *dict. statuto*, vt refert Petr. Surd. *ubi supra* num. 12. & hanc sententiam in praxi probò propter auctoritatem Senatūs eiusque sequacium, & aequitatem, & vt lites cessent: quae etiam iure Regio probatur in *dict. leg. 9. Partis in sua generalitate*: dummodo traditio bonorum alteri non sit facta, vt patet ex eius verbis in *1. & 2. parte*, quae ita se habent.

*Ama à las rogadas el que es deudor de muchos, mas el pro del uno que de los otros: Et por ende acaece que ante que fagan entrega de los bienes del, que paga su denda a aquel aquien bien queria: e en tal razon como esta dezimos, que maguer los otros bienes que le fican no cumplan a pagar las dendas de los otros, que no le pueden apremiar que torne aquello que recibio en paga de mano de su deudor: esse mismo seria si la paga fiziesse otro si antes que desamparasse los bienes.*

Nec huic primae parti huius legis Regiae obstat, *l. pupillus Digesti, qua in fraud. cred.* ubi quando per gratificationem tutorum soluitur vni creditori, reuocatur sic solum ab aliis creditoribus pro rata: illud namque debet intelligi, quando vterque creditor instabat pro debito, secundum gloss. ibi verb. *per gratificationem*. Non enim tunc est locus gratificationi debitoris, sed

alteri est communicandum, quod vni creditori solutum fuit, vt expresse probat text. in *l. si non expeditur, §. 1. ff. de bon. aut. ind. poss.* secus vero, quando vnus tantum instabat, vel nullus petebat debitum suum, quia tunc debitori iuste potest gratificari cui voluerit, vt in *d. l. Regia* in verbis supra relatis: atque ita eam intelligit Gregor. Lop. ibi: *Aquel que queria bien*, ubi idem esse intelligit, quando plures instabant, & debitor vni soluit per compulsionem iudicis, vt in *l. qui auem, §. apud Labonem, Digesti, qua in fraud. cred.* ibi, *Eum enim, quam preses inuitum soluere cogat, impune non soluere iniquum esse*: sequitur alios allegans idem Gregor. Lopez in *l. 7. titul. 6. part. 6. in gloss. Que las dendas, versic. quid in creditoribus*, ibi, *Dilium Obtradi*: & iuxta hanc distinctionem intelligendū est Syluest. in *summa, verb. restit. 6. num. 8.* quem sequitur Nauar. in *Manual. Latin. cap. 17. num. 52.* dum tenent, quod creditori diligentiori in petendis suis creditis in iudicio, vel extra (aliis scilicet negligentibus) solui potest, & debet prius quam aliis, a quibus non reuocatur, quod illi solutum fuerit, vt in *d. l. pupillus, ff. qua in fraud. cred.* Hoc namque procedit, quando alius creditor, praeter illum, cui solutum fuit, non instabat: secus vero alias pluribus eodem tempore instantibus vt praediximus, & probatur expresse, in *dict. leg. si non expeditur, §. 1.*

Quod si nullus creditor vigilanti exigendo debitum, tunc iure in foro exteriori gratificationi locus erit, iuxta secundum membrum praefatae distinctionis, in *d. l. 9. Partis*, in *sua 1. part.* in verbis praecitatis: at vero in foro conscientiae secus est dicendum, secundum Syluest. *ubi supra* num. 8. & Nauar. *dict. c. 17. num. 52. in versic. tertium*, ubi affirmat, debitorem, qui sciens se debere creditoribus chirographatis, nullatenus privilegatis, & sua sponte, non vero coactus, nec exactus, nec requisitus solui posteriori, fraudans priorem ea parte quae illum contingeret, si bona venirent, secundum communem sententiam peccare grauius, & teneri ad restitutionem, eo quod soluit, quod alteri debet, iuxta textum, in *cap. ea te de iureiur.* ibi, *Onus non remittitur, sed augetur, cum cuiquam impronide soluiur, quod alij ex debito est praestandum*. Per quod inquit Nauar. damnantur multi, qui volentes gratificari quibusdam, & videntes sua bona esse diuidenda per iudicem, ob suam mortem vel ob fugam, vel aliam absentiam, inter creditores non privilegatos diminuenda credita pro rata, solvunt eis integra, quorum de numero cauet ne sit consulens hoc eiusmodi creditoribus.

Intrat nunc secunda pars *d. l. Regia 9. Mas si la paga se hiziesse despues que fuesse hecha la entrega, o que desamparasse sus bienes, quier lo fiziesse de su voluntad, quier por premia del acreedor: es nunc bien la podrian demandar los otros deudores* (hoc est, quibus etiam debetur) al que la oniesse recibido: e dene ser tornada e ayunada con los otros bienes que desamparo: e de si denenlo partir todo entre los deudores en la manera que diximos: scilicet in *l. 2. eiusdem tit.* ubi probatur quod soluitur creditoribus, seuata temporis anterioritate, & privilegio debitorum: & idem quod haec *l. Regia* in hac secunda parte disponit, probauit etiam, ea non relata, Syluest. *ubi supra* num. 8. dicens, quod postquam bona debitoris ceperunt possideri, iura

iura omnium creditorum non habentium pignora vel hypothecas, vel quae non sunt privilegatae personae, facta sunt paria: et si debitor vult vni gratificari, debet hoc omnibus communicari, & ab omnibus licentiam obtinere.

Hanc tamen *l. Regiam* in creditoribus personalibus privilegium non habentibus sed aequalitatem, intelligit Gregor. Lop. *ubi supra*, unde secus esse dicit, si alij creditores essent magis privilegiati: quod etiam videtur tenere Marienc. in *presenti gloss. 5. num. 15.* & re vera licet *d. l. 9.* in praed. creditoribus personalibus non vero privilegiatis loqui videatur idem tamen esse videtur eadem ratione in hypothecariis creditoribus, postquam fuerint alicui eorum soluta pecunia, sibi debita atque bona fide consumpta, ad hoc vt iure non concedatur, nec competat ceteris conditio pro eis, iuxta suprad. magis receptam sententiam, quam defendimus. Pecunia enim in genere soluta, postquam est consumpta, facit extinguere dominium, quod prius penes quemcumque existebat, nec potest ab eo vendicari, *l. si alieni nummi, ff. de solut. l. cum fundus, §. seruum tuum imprudens, ff. si cert. pet.* & probat late Petr. Surdus *d. conf. 4. num. 10.* Ergo multo facilius talis consumptio debet consumere hypothecam, quae est debitoris: ita Grammat. *d. decis. 1. num. 6.* & Phanutius *d. 5. part. 1. 147.* & Menoch. *d. conf. 25. n. 15.* quos refert & sequitur Petr. Surd. *d. conf. 4. num. 15.* & num. 16. allegat Bart. in *d. l. pupill.* ad hoc t quod non detur hypothecaria, quando pecunia est consumpta, sed conditio ex lege. Hoc tamen intelligendum est in subsidium, nempe quando principalis debitor non est solvendo: & praeterea quando consumens habuit causam lueratiuam, alias non secundum Fabrum in *d. §. item si qui in fraudem, num. 23. ad fin.* sequitur alios allegans Petrus Surd. *d. conf. 4. num. 13. & 14.*

Conducit t etiam pro eadem secunda parte, quam probamus, doctrina Bald. in *l. ubi adhuc col. 5. num. 19. Cod. de iur. dot.* tenentis, quod licet nullus habeat hypothecam in bonis mariti, poterit tamen maritus libere ac tuto merces venales vendere, atque earum ratione contrahere, nec vxoris habet per actionem hypothecariam petendi res illas pro dote: quod sane fit, ne commercium impediatur. Idem comprobatur Parif. *d. consil. 69. num. 3. lib. 4.* quos sequitur D. Couar. *ubi supra* num. 1. *vers. nam licet.* Idem probat nouissime Afinius in *tract. de exseq. §. 7. cap. 3. fol. 165. col. 3. circa fin.* & Greg. Lop. *ubi supra* aliud volens in articulo principali, de quo supra num. 5. cum seq. in fauorem creditorum magis privilegatorum, recte procedit in fisco, dote & similibus: secus vero respectu aliorum creditorum cum hypothecis, hi enim non dicuntur proprie privilegiati, sed fisco & simile privilegium habentes: unde in creditoribus hypothecariis non habentibus aliud privilegium, pecunia aliis prius soluta & bona fide consumpta, non habet locum *decis. d. l. pecunia cum simi.* iuxta hanc veriore & receptiore sententiam.

11 Haec t autem magis recepta sententia & tenenda in praxi, declaratur primo, vt procedat antequam traditio, hoc est, *en rega*, fiat in bonis debitoris, id est, antequam bona possideantur per creditores, vt declaratur in *l. qui auem, §. sciendum, Digesti, qua in fraud. cred.* secundum quam est intelligenda, *l. 9. in principio*, ubi, *Ante que fagan entrega, &c.* secundum Gregor. Lop

*ibidem gloss. 1. in princip.* vt idem dicit, si vnua mitatur in possessionem bonorum ex primo decreto, nam & ceteri videtur immixti, vt in *l. fin. C. de bon. aut. ind. poss.* secus autem erit dicendum facta *dict.* traditione vel immixtione, aut cessione facta bonorum; Hoc enim casu limitatur *dict.* opinio atque nostra sententia, vt expresse cauetur in *d. l. Regia in verum si la paga*, in verbis sup. relatis.

Secundo t eadem magis recepta sententia limitatur meo iudicio, vt non procedat, quoties pecunia posteriori creditori soluta, nondum esset consumpta, sed extaret in commixta; confitro quod sit eadem; vel si mala fide consumpta fuisset, Tunc enim cessant rationes nostrae sententiae, atque prioris opinionis contrariae militent, vt repetitio & vendicatio detur, sicut in alia re hypothecata extante, permixta excussione in principali debitore, vt constat ex Petro Sardo *ubi supra* num. 44.

13 Tertio t limitatur eadem ratione, quando pecunia soluta non fuit creditori posteriori, sed eius procuratori, quae nondum reddita est domino, vt probat Petrus Surd. *d. conf. 4. num. 48. & 49.*

Quarto t limitatur eadem nostra sententia in casu *l. fin. & l. si praesumam, C. de iure delib.* vt patet ex illo text. *circa fin. in versic. cum satis* ibi, *vel ad posteriores, &c.* Quasi secus sit regularetur extra casum illius text. vt optime consideratur addens eius rationem D. Couar. *dict. cap. 29. n. 1. versic. bis etiam.* Sed & alia innumera circa materiam remissius tradit Velazq. in *dict. leg. 3. 2. sur. gloss. 1. num. 9.*

Inter t creditores Banchi non inspicitur prioritas temporis in data, ita quod si sine plures qui deposuerint plures pecunias apud Bancum, & vnus exegerit suum debitum, non est inter alios communicandum, etiam si sint priores in data: nisi in casu, quo per violentiam exegerit; vel nisi debitor ei gratificatus fuerit; vel nisi cum exegerit, fuissent bona iam possessa, aut approbata per *d. l. partita*, ibi, *Mas si la paga.* Vbi etiam additur alia similis limitatio, scilicet quando cessio bonorum esset iam facta: vt ita per hanc *l. Regiam*, atque iuxta eam intelligenda & declaranda est praefata doctrina Caslanei.

18 Quis t autem ordo sit seruandus, ubi debitor non potest restituere, hoc est, soluere omnibus creditoribus, vel si potest, non tamen simul, tradit Bald. in *l. pro debito, num. 1. Cod. de bon. aut. ind. posses.* & late Angel. de Clauis. in *sua summa, verb. restituitio 2. num. 16.* & Armill. Aurea in eodem *verb. restituitio 6. num. 5.* & Nauar. post alios, quos refert in *Manual. cap. 17. n. 47. cum seq.* & Callan. *ubi supra* & nouissime alios citans Salon. *de iustitia & iur. in 2. 2. S. Thom. quaest. 62. ar. 8. col. 967. cum seq.* Cauendum tamen est ab ipso Bald. *ubi supra* & sequacibus, dum tenet

tenet, quod merces vendita habita fide de pretio, si existent, debent reddi venditori pro pretio; & si plus valent, illud plus creditoribus dari, tamen illud dicat verius Syluest. ubi supra & communiter receptum Nauar. ubi supra n. 49. & sequitur Salon. ubi supra.

Hoc namque verum non est, nec communiter receptum, sed potius contrarium; nisi vendita fuissent non habita fide de pretio, vt resoluimus supra quest. 58. num. 6. & 7. Quinimo idem Bald. in l. licet, in fine Cod. qui per. in pig. hab. tenet expresse contrarium, & plerique omnes, & Ang. l. de Clauat. ubi supra in versio. si vero habita fide de pretio.

Quod si debitor omnibus suis creditoribus non sufficiens, ordinem iuris in soluendo suis creditoribus non seruetur, sicut conscientia non satisficit; nisi credidisset esse soluendo omnibus, vel ignorasset vnum creditorem esse potterem alio: praeterquam si ignorantia non esset excusabilis: Angel. ubi supra num. 19. & Syluest. 7. post alios quos refert, & Gregor. Lopez in l. 7. tit. 6. par. 6. in gloss. Que las deudas, & Nauar. ubi supra d. num. 52. modo alij non sunt magis priuilegiati: vbi in versio. secundo etiam, limitat quando creditor aliquis in petendis suis creditis in iudicio, aut extra, sit alius diligentior; quia tunc alius negligentibus nullatenus priuilegiatus, vel hypothecam non habentibus, non solum potest, sed etiam debet prius illi quam aliis soluere, ab eoque solum non renouatur, vt in dict. l. pupilus ff. que in fraud. cred. & tenet Syluest. ubi supra n. 8. Addit tamen ibi Syluest. in hac specie iure potest, et si non foret excusaretur vt creditor debitor, si pietate motus gratificaretur plurimum indigentibus: quod non credo verum, quia id in praedictum tertij facere minime potest, vt probauimus: nec magna indigentia illius, cui gratificatus est aliquid, facit, vt eius misereri possit soluendo et quod est alienum, vel aliis potiori iure debetur.

Idem quod dictum est in debitore soluente, est dicendum in creditore petente, nempe quod non peccat accipiendo suum debitum, quod diligentius petit, si alij non sint magis priuilegiati: scilicet alias quia violat iustitiam, quae habet, vt illi prius, quam sibi satisfiat per praedicta: ita in terminis tenet Nauar. ubi supra d. num. 52. in versio. & idem: inferens inde peccate generos & natus recipientes aut retinentes de bonis focerorum, quod eis debetur, scientes eorum bona aliis magis priuilegiatis deberi. Idem eadem ratione existimo esse dicendum in foceris, & aliis creditoribus familia facientibus.

Vnde in foro conscientiae non procedit nostra praecedens magis communis sententia, quam supra defendimus a n. 7. cum sequenti, nempe quando postiores creditores recipient vel retinent de bonis debitorum quod sibi debetur, scientes eorum bona aliis creditoribus antiquioribus hypothecariis deberi, omnibusque non sufficere, ac proinde teneri ad restitutionem antiquioribus eius, quod recipient, vt retinet prioribus debitum, nisi in casu quod debitor licite soluit posteriori, nempe quia diligentior fuit aliis in exigendo debitum suum, vt praediximus: tunc enim & creditor licite recipit suum debitum, licet posterior sit, per praed. Ex supra dictis Lector deprehendet confusionem A sinij, ubi supra dict. cap. 3. per totum agentis de quaest. principali supra dict.

- 1 Quintum an deducatur de tertio prius irrevocabiliter alteri donato? per totam quaestionem: resoluuntur negative, num. 5. cum seq.
- 2 Quintum priusquam tertium deducitur ex hereditate dividenda favore animae: & quomodo intelligatur. num. 12.
- 3 Testator in dubio videtur se conformare cum dispositione iuris communis: & alia in proposito, & num. 14.
- 4 Valor bonorum quoad meliorationes attenditur tempore mortis meliorantium, & n. 10. & 15.
- 6 Melioratio tertij irrevocabilis procedens in quantum debitum deduci debet prius quam quintum.
- 7 Debita contracta post meliorationem irrevocabilem, non deducuntur ex ea.
- 8 Perfecta donatio non recipit diem, neque conditionem.
- 9 Diminutio contingens post meliorationem tertij & quinti, vel maioratum ex causa onerosa, an possit eam, vel eum, minuire vel alterare?
- 10 Melioratus ex causa onerosa matrimonij, an possit eligere valorem bonorum, secundum tempus facta meliorationis.
- 11 L. 25. Tauri loquitur & procedit quando praesens sit dos, vel donatio propter nuptias meliorationem tertij & quinti: secus vero si melioratio irrevocabilis praesens erit.
- 12 L. 214. styli intellectus, & num. 13.

Q V A E S T I O L X I I .

In l. 214. Styli.

Quintum an deducatur de tertio prius irrevocabiliter alteri donato?

Q V A E R O t an quintum deducatur prius quam tertium, in quo sit, vel alius descendens fuit primo melioratus per contractum inter vivos ex causa matrimonij cum tertio, sequuto ipso matrimonio, vel alius irrevocabiliter alteri modo, de quibus in l. 17. Taur. hodie l. 1. tit. de las meoras. lib. 5. noua Collect. Reg. vel e contra tertium praecedens irrevocabiliter inter vivos donatum, seu prius deducendum quam quintum postea vel alij, aliis descendentibus relictum vel donatum.

Et videtur prima quidem facie quintum esse prius deducendum ex bonis defuncti, qui meliorationem facit, ex l. 214. styli, id praecipiente in fauorem animae; per quam loquitur ita simpliciter & indistincte loquentes Montal. in l. 9. tit. 5. lib. 1. fori in glossa. De la quinta parte: & Roderic. Suar. in repet. l. quoniam in prioribus, 13. limitatione, versio. modus practicandi, C. de inoffic. testam. ubi dicit, quod ita seruatur in praxi. Quod etiam profertur Anton. Gomez. in l. 17. Taur. num. 2. And. Angul. in l. 9. gloss. 2. num. 2. & in l. 10. gloss. 5. n. 2. tit. de las meoras, lib. 5. noua Collect. Reg. nec non & ceteri Regnicolae hac de re agentes: diximus supra, lib. 2. pract. quest. 72. num. 3.

Secundo, quia testator in dubio videtur se conformare cum dispositione iuris communis, Bart. in l. heredes mei, §. cum ita, num. 4. & ibi Doctor. ff. ad Trebell. & in l. si duo, per text. ibi. ff. de acquir. hered. communis secundum Iulium Clarum plures referentem, lib. 3. receptorum sentent. §. testamentum, quest. 76. n. 11. diximus supra quaest. 70. n. 29. est communis vt plures referens tenent nouissime

nouissime Ioan. Vinc. Honded. consil. 70. num. 22. dicens suos descendentes eo iure, & eo ordine ad fideicommissum admitti debere, quo de iure ad successionem ab intestato vocantur: Mens namque testatoris, iuxta iuris communis dispositionem interpretanda est gloss. & Doctor. in l. quid ergo 92. versio. voluntatis ff. de legat. 1. caque praesumitur testatoris voluntas, quae de iure esse debet, Bald. in l. 1. C. de impub. & aliis substituit. quem refert Ia. in l. haec verba, n. 26. ff. de legat. 1. & testator se restringere videtur legi loquenti super actu in quo ipse disponit, vt late per Aymon. Ctauet. consil. 186. n. 9. Ia. in l. 1. n. 45. ff. de vulg. & pupill. Matthaeus de Afflict. decis. Neap. 44. n. 20. Et hanc regulam cum decem extensionibus, & vnde in declarationibus ponit Zanehus in d. §. cum ita in 9. p. num. 3. tradit Mantica. de comest. vltim. volum. lib. 6. tit. 6. §. 7. & congerit plurimos Menoch. lib. 4. praesumpt. 202. Ergo parentes meliorantes filium in tertio bonorum suorum, etiam ex causa onerosa cum tertio, vel aliis irrevocabiliter, videntur eam meliorationem facere eo modo & forma, quibus alias de iure & communi praxi & stylo obseruatur, nempe vt prius deducatur quintum favore animae, quam tertium. Nec ex hoc conuenit, aut se deceptum reputare debet tertius, in cuius fauorem facta melioratio praecedens irrevocabilis, cum sciret, aut scire deberet, quintum esse prius deducendum per praedicta: & contra eum, qui legem potuit dicere apertius, & non dixit, est interpretatio facienda, l. veribus ff. de pact. cum similib.

Tertio, quia cum meliorationes tertij & quinti communiter soleant fieri omnium bonorum praesentium & futurorum existentium tempore mortis meliorantium: & praeterea valor bonorum meliorationum eo tempore iure Regio considerandus sit, vt in l. 19. 23. & 29. Taur. licet concurrant tunc tertium & quintum, perinde esse videtur, ac si simul ambae meliorationes factae fuissent eodem tempore: & ita deduci debet prius quintum, iuxta praxim communem huius Regni, de qua supra. His tamen non obstantibus, in specie praemissa verior & tenenda est sententia contraria, imò quod tertium praedicti sit prius deducendum, quam quintum. Primo, quia cum melioratio tertij fuerit facta ex causa onerosa, nempe matrimonij cum tertio, vel alias irrevocabiliter, non debet ab ea deduci quintum postea alteri donatum, vel relictum contra voluntatem eorum, quorum fauore melioratio tertij praedicti fuit facta, in qua habent ius acquisitum: nec in praedictum matrimonij iuxta reg. ius nostrum, de reg. iur. in 6. & l. fin. ff. de pact. cum similib. Imò nec reuocari potest ex maioratus successores vel meliorati consensu in praedictum vxoris suae & filiorum illius matrimonij, cuius contemplatione facta fuit melioratio, vt cum alijs probat. D. Mol. de Hisp. prim. l. 4. c. 2. n. 18.

Secundo, quia dicta melioratio tertij, tantum debetur praecedens, deduci debet priusquam quintum: non enim dicuntur bona nisi deducto aere alieno, l. subsignatum, §. bona, cum similib. ff. de verb. sign. Cum ergo donatio tertij sit omnium bonorum praesentium & futurorum existentium tempore mortis meliorantium, & postea fiat melioratio quinti; quintum illud deduci non debet de tertio irrevocabili prius donato: quia bona illius iam non sunt bona meliorantium in quinto, sed propria meliorati prius in tertio, quamuis diuisio fiat post mortem meliorantium. Quod autem omnia debita anteriora deducantur de corpore

hereditatis ante tertium & quintum, est plusquam manifestum in iure, & constat l. 21. Taur. & praxis communis obseruat: Ergo praedicta melioratio tertij irrevocabilis, tanquam aere alienum deduci debet prius quam quintum postea donatum, vel relictum.

Tertio, quia sic videmus, quod debita contracta post factam meliorationem irrevocabilem tertij, non deducuntur ex dicto tertio, vt resoluimus late supra l. 2. p. 99. §. 53. per totam. Ergo a fortiori nec quintum postea donatum vel relictum: fortius namque est in proposito ius debitorum, quam quinti, quia debita deducuntur de corpore hereditatis ante quintum: & nihilominus non deducuntur de tertio praedicti, irrevocabiliter donato, vt praediximus.

Quarto, quia perfecta donatio non recipit diem, neque conditionem, et in l. perfecta donatio, cum similib. C. de donat. qua sub mod. sed l. 17. Tauri permittitur parentibus, meliorare descendentes irrevocabiliter in tertio ex causa onerosa cum tertio, & ceteris modis, de quibus ibi: ergo tertium hoc deducendum est prius quam quintum postea alteri donatum, vel relictum: quoniam si aliud diceremus, non esset irrevocabilis donatio tertij omnino, quandoquidem ea esset deducendum, quae prius caperet quintum, & contraentes auctoritate legis deciperentur, alias non contractanti, nisi crederent meliorationem praedicti tertij reuocari minime posse in toto, nec in parte aliqua: dareturque occasio mille fraudibus & technis, quibus praeter eos passim vteretur.

Quinto, quia quando melioratio tertij & quinti, seu maioratus sit ex causa onerosa, diminutio ex postfacto contingens non potest meliorationem vel maioratum praecedentem minuire vel alterare, cum maioratus possit eligere, vt valor tertij & quinti, non secundum tempus mortis, sed secundum tempus factae meliorationis consideratur: quod specialiter fauore matrimonij dispositum est ex d. l. 29. Taur. quae hodie est lex 3. tit. 8. l. 5. noua Coll. Reg. credimus Doct. Molin. id ipsum asserenti lib. 4. de Hisp. prim. c. 2. n. 82. versio. hac tamen omnia, & Burgos de Paz consil. 1. n. 61. Apud me tamen haec opinio scrupulo non caret, cum videam dict. l. 29. Taur. cum praerogatiua, atque electionem tribuere tantum dotibus, eaque recipientibus, non vero donationibus propter nuptias, nec ceteris donationibus confertilibus filiis factis, vt plane habet litera d. l. 29. Taur. quasi fauor hic non tantum matrimonio, sed dotibus simul factus sit a lege: ac proinde tempus tantum mortis, quoad valorem bonorum meliorantium etiam ex causa onerosa matrimonij inspicendum ac considerandum esset: quod simpliciter probauit Angel. in l. 7. gl. 1. n. 1. tit. 5. l. 5. noua Collect. Reg.

Sexto, quia l. 25. Taur. que manda, que el tercio, y quinto de meoria, becho por el testador, no se saque de las doter, y donaciones propter nuptias, ni de las otras donaciones que los hijos, o descendientes traxerem a collacion, o particion, loquitur & procedit, quando praecessit dos, vel donatio propter nuptias: scilicet vero quando eas praecessit melioratio irrevocabilis. Tunc enim ex eis extrahetur tertium & quintum huiusmodi: alias namque prima donatio irrevocabilis reuocaretur in parte: quod fieri non potest, vt bene probat Tellus Fernandez in dicta leg. 25. Taur. numero 2. & 3. quae sequuntur Martene. in lib. 9. tit. 6. libro 5. noua Collect. Reg. gloss. 3. num. 2. & Angelus in lib. 9. tit. 5. l. 5. eiusdem Collect. gloss. 1. num. 2. & nos latius supra l. 2. pract. quest. 62. Ergo eadem ratione melioratio tertij ex causa onerosa matrimonij cum tertio, facta

facta in contractu inter viros, vel alias irrevocabiliter, deduci debet prius quam quintum postea alteri relictum vel donatum: provt in terminis videtur decidere Tellus Fernand. in *dist. leg. 25. Taur. num. 2.* dicens, quod melioratio sequens non est sufficiens, vt ex donatione irrevocabili, que ante præcesserat, aliquid extrahatur: sed illud expresse in nostra questione probat & tenet Angel. in *dist. leg. 9. gloss. 2. num. 3.* ea solum ratione, quod melioratio quinti, non poterit fieri nisi salvo iure tertij prius irrevocabiliter donati: quod verissimum esse. Non obstant modo fundamenta prius in contrarium adducta. Lex enim 2. §. 4. *stili* loquitur in tertio & quinto relicto per viam meliorationis in testamento, vt constat ex litera ipsius, sedemque habet l. fori ab ea declarata sub rubrica, *De la mandas*: Nos vero loquimur in melioratione irrevocabiliter facta in contractu inter viros. Præterea l. *stili* præcæta & praxis communis cum ea distingui & interpretari debet per alia iura & rationes iuridicas, nempe vt procedat, quando in eodem testamento vel contractu factæ sunt ambæ meliorationes tertij & quinti, aut si in diversis, præcessit tamen melioratio quinti: tunc enim favore animæ deduci debet prius quintum, quam tertium, nisi contrarium testator disponat, vt tenet Cifuentes in l. 25. *Taur. num. 4.* Sed quando melioratio sit irrevocabilis per contractum inter viros, aliud est profecto dicendum, vt patet euidenter ex fundamentis supra pro nostra sententia adductis: ex quibus iustissime *dist. leg. stili*, & praxis communis limitanda & restringenda est, vt passim leges validæ, & quæ habent vim ligandi, & communes aliæ doctrinæ multipliciter iure limitantur, & nihilominus recipiuntur & observantur tales limitationes, si iuridicæ sint, provt est hæc nostra: erit igitur observanda, tamen si nosstrates antiquiores fortasse super hoc non consulti, indistincte præd. praxin producerint: quod si nuncupativè de hoc interrogati fuissent, & facti species punctualiter eis vt in hac specie proponeretur, nec non fundamenta nostra sententiæ sibi in memoriam reducerentur, non dubito quin idem responderissent, vel ipso iure postulante. Quod autem dicitur de favore animæ, eadem ratione in nostra specie prius deducendum est tertium, quam quintum, sicut cætera debita de fundi pro exoneratione animæ ipsius.

14. Ad 2. secundum responderetur, loqui in hunc sensum, quod testator in dubio videatur se conformare cum iure communi: nos vero loquimur in contractu irrevocabili expressa conventionione celebrato: sicque in claris non est locus coniecturis, vt sunt iura vulgaria. Quod autem mens & intentio contrahentium sit clara in proposito, patet, quia partes celebraverunt contractum perfectum, ex omnibusque suis partibus absolutam, atque omnino irrevocabilem eo tempore, quo quintum alteri non erat relictum vel donatum, nec de eo quicquam actum aut dispositum: ergo tertium integrum irrevocabiliter sic donatum prius deducendum est: alias enim non esset omnino ex omnibus suis partibus integrum tertium, nec irrevocabile contra expressam mentem & dispositionem contrahentium, quod si aliud velent meliorantes, id exprimere opus haberent, alias contra eos faciendum est interpretatio, per eandem l. *veribus ff. de part.* sicque etiam contra eos retorquetur argumentum. At quod testa-

tor possit præcipere quod prius deducatur tertium, quam quintum, iam supra diximus ex Cifuentes. in *dist. leg. 25. Taur. num. 4.* contrahentes vero in melioratione priorij tertij irrevocabili ex causa onerosa præcipere, nec non & alias, id factis manifeste volunt, vt est prædictum: ergo habemus intentum.

Ad 3. tertium respondei Tellus Fern. in d. l. 25. *Taur. num. 3.* sed vitra ego respondeo, quod licet valor bonorum, tempore mortis meliorantium attendendus sit: nihilominus tamen cum melioratio tertij irrevocabili præcelleret, extrahenda prius erit, quam quinti: bona namque dicti tertij fuerunt per meliorationem eius irrevocabilem effecta propria meliorati in eo: imoque exinde non dicuntur bona meliorantis: vnde melioratio quinti postea ab eo facta in alterum filium, necessatio intelligi debet, vt expresse sit bonorum meliorantis, que eo tempore sunt eius propria: at vero, que continentur in tertio irrevocabiliter iam prius donato, non sunt propria ipsius parentis nunc meliorantis in quinto, sed meliorati prius in tertio: ergo non comprehenduntur in præd. quinto, cum de eis non poterit disponere post meliorationem tertij irrevocabilem præcedentem. Melioratio igitur quinti subsequens in cæteris bonis meliorantis vel meliorantium, præter ea que occupat tertium præcedens irrevocabiliter donatum, intelligenda est, ne noceat tertio. Fit igitur ex omnibus supradictis plusquam manifestum in nostra presenti specie, tertium præcedens prius deducendum esse, quam quintum ex bonis meliorantis, vel meliorantium, Ita respondit ego D. Ioan. Gutierrez.

## SVMMARIVM.

1. Creditor hypothecarius prior ex scriptura priuata subscripta vibus testibus integra opinionis, præferat posteriori creditori habenti hypothecam ex publico instrumento.
2. Sed prædicti tres testes subscribentes debent esse masculi, ita quod non sufficiunt femine.
3. Debent etiam præd. testes recognoscere in iudicio subscriptiones suas.
4. Requiritur etiam subscriptio partis præter subscriptionem testium.
5. Testes prædicti debent esse probati & integra opinionis, hocque probari debet.
6. Hypotheca prior ex priuata scriptura præferatur instrumento publico posteriori, si illud habens fateatur, scripturam priuam confectam fuisse à parte tempore illo, cuius scriptura meminit: idem est, quoties scriptura priuata recognita est per testes in ea scriptos, licet non subscriptos ante confessionem publici instrumenti posterioris. Limitatur *dist. leg. scripturas* quoties exceptio non numerata pecunie opponitur.
7. L. *Scripturas, versic. sin autem, C. qui potiores in pignor. hab. §. l. 31. tit. 13. part. 5.* an procedant quoties veritas scriptura priuata præcedentis probatur legitime, aliter quam in eis cauetur l. 1. §. 1. num. 8.

## QVÆSTIO LXIII.

In l. 31. tit. 13. part. 5.

Materia l. *scripturas, versic. sin autem, C. qui potiores in pignor. hab. §. l. 31. tit. 13. part. 5. declaratur.*

1. QVæro: 1. Cautetur l. *scripturas, versic. sin autem, Cod. qui potiores in pignor. hab. cui consonat l. 31. tit. 13. part. 5.* quod creditor hypothecarius prior ex scriptura priuata, subscripta tribus vel pluribus testibus integra opinionis, præferatur posteriori creditori habenti hypothecam ex publico instrumento.
2. Quæ de decisis ad hoc, vt procedat, requiritur primo, quod prædicti tres testes subscribentes sint masculi, ita quod non sufficiunt femine, vt probatur in *dist. l. scripturas, & ex ea hoc ibi notat Bald. & Dec. in cap. 2. de fide instrument. dicens communem esse, quos refert & sequitur, affirmans etiam communem D. Conar. in *præct. quæst. cap. 22. numero quinto, versic. primum, & prius refertens Viuius lib. decimo octavo communium opinionum, verb. testes in scriptura, tom. 1. nec non Mascard. l. 1. tom. de probationibus conclus. 285. num. 5.**
3. Secundò 2. requiritur, quod prædicti tres testes recognoscant in iudicio proprias subscriptiones, Bald. *dist. l. scriptura, sequitur Socin. consilio 274. in casu dist. leg. colum. 7. versic. circa verum, volum. 2.* vbi reprehendit Paul. de Castr. existimantem solam subscriptionem testium sufficere, etiam si testes nihil deponerent, puta quia essent mortui: & hanc opinionem Socin. contra Paulum de Castr. sequitur Anton. de Fan. de pignor. in secundo membr. 5. part. numer. 47. necnon & D. Couar. vbi supra, versic. tertio, existimans sic esse intelligendam atque interpretandam d. l. 31. Et non requiritur vitra recognitionem testium comparatio literarum, si testes in recognitione dicant se fuisse presentes, dum scriberetur illud chirographum, & vera esse in eo contenta; alias cum simplici recognitione requiritur comparatio literarum, vt cum magis communi resoluit Mascardus vbi supra, num. 3. & 7. quod loco subscriptionis sufficit signum siue sigillum testium.
4. Tertio 3. requiritur subscriptio partis, præter subscriptionem testium, vt bene probant Socius Anton. de Fan. & Couar. vbi supra, versic. secundo, dicens satis esse, quod scriptura sit à partibus subscripta vel scripta: & iterum in versic. hinc sanè.
5. Quarto 4. requiritur, quod prædicti testes sint probati & integræ opinionis, & hæc qualitas debet probari, vt in *dist. versic. sin autem, ita Socin. vbi supra, colum. antepen. versic. postremo dico, & Anton. de Fan. etiam vbi supra, & Mascard. vbi supra, num. 6.*
6. Poterit 5. tamen hypotheca prior ex priuata scriptura probari & admitti contra instrumentum publicum posterius, vbi, qui illud habet, fateatur priuatam illam scripturam confectam fuisse à patre tempore illo, cuius scriptura meminit: ita D. Couar. vbi supra, in versic. pariter, vbi idem esse probat, quoties priuata ipsa scriptura ante confessionem publici instrumenti

fuerit lecta, recognita & intellecta per tres testes in ea scriptos, etiam si subscripti non fuerint: etenim in hoc casu priuata scriptura præferatur quoad hypothecam instrumentum publico, vt notat Bald. *consl. 198. lib. 1. colum. 2. & Bapt. de Sancto Severino in reper. l. admonendi, conclus. decimatercia & decimaquarta, ff. de inueiend. Limitatur d. l. scripturas, cum opponitur exceptio non numerata pecunie, præterquam si pupillus, Ecclesia vel ciuitas confitentur in chirographo in contractu mutui, scens in aliis contractibus, vt per Mascard. vbi supra, num. 8.*

An dispositio 7. d. l. *scripturas, d. versic. sin autem, §. l. 31. cesset, quando prædicti tres testes minime se subscriperint prædictæ scripturæ priuata hypothecam continenti: probatur tamen veritas eiusdem alias per veras & legitimas probationes, duobus nempe vel tribus testibus integris deponentibus in iudicio sufficienter de tenore d. l. *scripturas, quia fuerunt presentes eius confessioni, die mensis & anno, quorum ipsa meminit: Et videtur quidem cessare omnino, quia prædicta subscriptio trium testium introductur ab eadem lege pro forma ad fraudem tollendam, quæ posset fieri de facili repetendo diem, seu anteponendo datam ad libitum in præiudicium creditoris hypothecarij ex instrumento publico ex his, quæ consuluit Anchar. consilio 28. per totum, & voluit Aym. Crauet. de antiquit. tempor. in prima part. in cap. incipien. queritur etiam in hac materia, num. 42. & Anton. de Fan. vbi supra, n. 48. At forma non seruata actus corrumpit, l. cum his, §. si Prator, ff. de transactionibus cum similibus, latissime supra à nobis adductis hoc lib. quæst. 15. num. 5. cum sequentibus. Cui sententiæ eadem consideratione adscriptulatur d. l. 31. tit. 13. part. 5. licet multi senserunt ita requiri tres testes, vt nec duo sufficiant, nec pauciores esse possint, licet vnus illorum esset notarius, secundum Mascard. vbi supra, n. 4.**

Nihilominus 5. tamen in præmissa specie tenenda est contraria sententiæ tanquam verior & magis recepta, cessante fraude & probata legitime dicta scriptura priuata, cum sua data anteriori: quia paria sunt probationem fieri per testes subscriptos in eadem scriptura priuata vel per alios, dummodo constet de veritate, & fraus cesset. Ratio enim solemnitatis introductæ & requisitæ à d. l. *scripturas, §. d. l. 31.* vt modo dicebamus, est ad tollendam fraudem vel suspicionem ipsius: si ergo constat alias sufficienter de veritate, idem iudicium est: cessante enim ratione legis, cessare debet & ipsius dispositio, l. adigere, §. quamuis, ff. de iur. part. cap. cum cessante, de appellacionibus, late Tirac. in tract. de caus. cessant.

Non enim refert, quid ex æquipollentibus fiat, vt probauimus supra, quæst. 15. n. 18. Quæ secunda principalis sententiæ comprobatur etiam ex traditis per Couar. vbi supra, d. cap. 22. num. 5. vers. poterit, in præct. quæst. cuius supra, in hac, n. 6. meminimus, dum in proposito admittit alias probationes, quam per tres testes subscriptos: eadem enim ratione, fraude cessante admitti etiam debet alia legitima concludens & sufficiens probatio, licet testes non fuerint in iudicio examinati ante confessionem instrumenti, dummodo constet de veritate: quod voluit Bald. in d. l. *scripturas, versic. sin autem, vbi dicit, non videtur rationem diuersitatis inter vnum casum & alium, & ibi Fulgos. n. 3. in versic. nota quod cautio, idem Bald.*