

29 to superueniente, resque redducatur ad
eum casum à quo incipere poterat, tra-
dunt Doctores in d. 5. l. 1. & in l. si filius, ff.
de liberis. & posthum. vbi Alexander num. 1.
Ias. num. 1. Minchaca de successione creat.
5. 15. num. 34. Cald. d. cap. 10. num. 3. vbi
numeris sequentibus plurima iura addu-
cit, quibus efficacissime probat actum,
seu contractum à principio nullum non
conualescere, etiam si noua causa super-
ueniat, Barbosa in l. 1. solut. matrim. 5. par-
te num. 31. Dom. Valdeuela supra num. 53.
vbi quod actus omnino nullus, quatenus
in eo deficiunt substantialia, non habet
subiectum confirmabile, Tiraquel. lib. de
cessante causa, limit. 19. quo loco conclu-
dit nullitatem actus, semel inductam ob
aliquam causam perpetuam esse, & si
causa illa cesset, Ant. Faber in l. item si fi-
lius fam. 5. si pater, in princ. ff. ad maced. Go-
mes super regul. de public. quest. 17. nu. 996
& quest. 32. pag. 213.

Quare pro vera concordia prædicto-
rum iurium sic melius distinguere pote-
ris, aut enim actus, seu contractus sunt ip-
so iure nulli, & tamen principaliter ten-
dunt in fauorem priuatum, aut sunt ipso
iure nulli ex defectu substantiæ, seu ex di-
recta legis prohibitione propter defectum
solemnitatis, quæ principaliter fauorem
publicum respicit; priores data ratihabi-
tione sapissimè expolita conualescunt
si cessante nullitatis impedimento, is in
cuius fauorem dispositio annullans ema-
nauit huic nullitati renuntiauerit, poste-
riores nequaquam conualescunt nisi fictio
legis contrarium velit.

30 Quæ distinctio probabilis fiet si consi-
deres quosdam esse actus nullos ipso iu-
re, quos vel lex directè, & simpliciter pro-
hibet iuxta regulam text. in l. non dubium,
C. de legibus, l. cum lex, ff. de fideiussoribus,
regula quæ contra de regulis iuris in 6. vel
propter defectum solemnitatis, aut ali-
quam circumstantiam cui lex adeò detu-
lit, ut ea deficiente actum fieri directè pro-
hibuerit, de quo habentur exempla in
alienatione serui, de qua in l. 1. C. si man-
cipium, in minore alienante res immobi-
les absque decreto in specie nostræ prin-
cipalis ampliationis, in marito alienante
res dotales, in donationibus inter coniu-
ges in filij, aut posthumi exheredatione,
ut in l. 1. & per totum, C. de prædijs minorum
in titulo ff. de fundo dotali in titulo de dona-
tionibus inter virum, & uxorem in titulo ff.
& C. institut. de liberis, & posth. & ex hanc

dat. liber. Qui actus nedum simpliciter
propter fauorem priuatum à lege prohi-
bentur, sed etiam propter defectum ali-
cuius solemnitatis, notat Bald. in d. l. non
dubium, num. 17. vbi actus à lege simplici-
ter prohibitos nullos ipso iure vocat sub-
scribunt Ias. in l. 1. num. 10. ff. de liberis, &
posth. Salicetus in l. vit. C. de sententijs ex
breuiloco, etiam si clausula quæ irritet
non interueniat, Sanchez de matrim. lib. 1.
disp. 17. nu. 16. & alibi dixi.

31 Alios vero qui peccant in substantia,
siue quia in eis deficit consensus qui ha-
bet se pro forma cuiusque actus. l. 1.
vers. fin. ff. de contrab. empt. l. 1. ff. de pactis,
l. obligationum substantia ff. de action. & obli-
gat. notant Egidius in l. ex hoc iure, cap. 8.
num. 85. Bald. in l. in venditis. C. de contrab.
emp. num. 2. Menoth. cõsil. 3 num. 16. lib. 1.
Reinos. obseruat. 28. num. 11. Valasc. cõsult.
64. num. 5. Felic. de cõsib. lib. 1. cap. 1. num.
12. siue etiam res quæ habet se ut mate-
ria, vel quia à parte rei nõ extat, vel quod
sit extra cõmercium prout est res sacra re-
ligiosa, aut liber homo, l. nec emptio. ff. de
contrahend. empt. l. liberi hominis, ff. eodem
tit. d. l. inter stipulatam 9. sacram, notat post
Decium Cald. d. cap. 10. num. 25.

32 Alios tandem qui licet in substantia
non sint peccaminosi simpliciter tamè vel
propter defectum solennitatis à lege pro-
hibentur illorumquè nullitas, publicum
respicit fauorem, l. ius publicum, ff. de pac-
tis, l. nemo pot. ff. legat. 1. de quo habentur
exempla in solemnitatibus testamento-
rum, & similibus in quibus defectus solē-
nitatis circumstantia, & nullitas actus ten-
dit in fauorem publicum. l. vel negare, ff.
quemadmodum test. aperiāt Gutier. 3. pract.
quest. 42. num. 35. Valasc. cõsult. 108. num.
23. Fagund. de iustit. lib. 1. cap. 15. num. 10.
quod ipsum videre licet quando lex an-
nullat actum in penā, quæ semper & vbi-
què fauorem respicit publicum cuius in-
tèrest, ne delicta maneant impunita. l. ita
vulneratus, ff. ad l. Aquiliā, cap. vt fame de
sententijs excom. l. 1. C. de secund. nup. l. 4. tit.
16. & l. 2. & 6. tit. 22. lib. 8. recop. Idem
in contractibus per magistratus cū subdi-
tis celebratis in loco sue iurisdictionis
in matrimonio celebrato cum illa quam
quis poluit per adulterium, ut habetur
in l. 1. C. de contractibus iudic. & in titulo
de eo qui duxit in uxorem quā poluit per a-
dulterium.

Inter hos actus grādis est differentia,
quia priores de quibus in priori nostræ
distin

distinctionis membro sapissimè ex noua
 causa, seu consensu confirmari possunt, si
 is in cuius fauorem lex principaliter ac-
 tum annullat eidem nullitati renuntiaue-
 rit, vel aliàs approbauerit, iuxta regulā
 33 text. in l. pupillus, §. 1. ff. de auctorit. tutor. l.
Titianus, §. si quis à pupillo, ff. actionibus
 empt. l. cum huj, §. eam transactionem, ff. de
 transact. l. non eo minus, C. de procurat. in qua
 specie dispositio annullans habet eam ta-
 citam conditionem suspensiuam nisi is in
 cuius fauorem emanauit prædictæ nulli-
 tati renuntiare velit, & actum approba-
 re, l. 2. ff. de legē commissoria, *Bulgosius* in
 l. si sponsus, §. si quis rogatus, ff. de donat. in-
 ter virum. *Barbosa* 3. parte rubrica, ff. solut.
 matrim. num. 77. *Parladorus* lib. 2. rerū quo-
 tid. 5. parte, cap. fin. §. 3. nu. 6. *Scobar* de ra-
 trocinjs cap. 33. num. 5. *Dom. Vela* disertā-
 ne 17. num. 34. *Franchis* decis. 278. nu. 6.
Gusman de euis. quest. 60. num. 27. Sicquē
 declarando voluntatem suam resoluitur
 nullitas; & consequenter actus incipit va-
 lere prout ex tunc, vt in specie tradit *Pi-
 nelus* 3. part. l. 1. C. bonis mat. num. 31. quia
 scilicet res peruenit ad casum à quo inci-
 pere potuit, item quia fauori in propriā
 utilitatem introducto, vniuersusquē renū-
 tiare potest, dummodò fauor publicus
 non interueniat, aut ecclesiam respiciat,
 iuxta regulam text. in l. pen. C. de pactis ex
 34 *plicat Decius* in cap. 2. de testibus, subscribit
Felinus in cap. cum ex officijs, col. penult. de
 prescript. *Caldas* d. cap. 10. num. 50.

Secundum quæ rectè procedit intelle-
 ctus quem supra præstitimus ad text. in
 d. l. 2. §. fin. C. si maior factus. quatenus de-
 fendimus ratihabitionem, de qua in dic-
 tis iuribus trahendam esse ad initium cō-
 tractus à minore inutiliter celebrati, &
 perinde haberi, ac si à principio valide
 celebratus fuisset, ex eo enim admitti de-
 bet prædictus intellectus, quia impedi-
 mentum scilicet minoris ætatis iam ces-
 sauit, secundum communem *Bartoli*, &
 aliorum distinctionē, & insuper quia iux-
 ra modo dicta minor in cuius fauorem,
 & sic priuatum nullitas ipso iure emana-
 uit, expressè eidem renuntiavit, vt ha-
 betur in d. l. 2. vel etiam tacite iuris præ-
 sumptione per quinquenij lapsum, de
 quo in d. l. fin. quæ quidem renuntiatio
 idem importat, quod expressa iuxta re-
 gulam text. in l. cum quid, ff. si certum peti-
 tur, notat *Bart.* in d. l. fin. *Egid.* in d. l. hoc iu-
 re, 2. part. cap. 5. num. 22. *Tuscanus* præst. ver-
 bo tacitum, cōclus. 7. num. 1. tom. 2. *Dom. Ca-*

stillo cōtrouers. lib. 4. cap. 17. num. 40. *Hera-
 molilla* in l. 2. c. 1. part. 5. glossa 5. num. 1.
 in specie *Fagundes* de iustitia lib. 1. cap. 12.
 num. 13. & melius probatur per text. in l. in
 cōfirmādo 8. ff. de cōfirmat. tut. quo loco cū
 esset excitata quæstio circa confirmandū
 tutorem suspectum, respondit *Iurecōsul-*
 tus tutorem non esse repellendum, sed
 magis confirmandum si contiterit pa-
 trem per aliquos annos vixisse post testa-
 mentum cōfectū, nequē illud reuocasse,
 & ibi hoc obseruant glossa, & Doctores
 tanquam indubitatum, inde inferentes
 ad casū cōtentum in l. 3. §. si n. cum lege se-
 quenti, ff. de adimēdis legatis. vt sic per ini-
 micitias de quibus ibi si contiterit testa-
 torem per aliquot annos postea vixisse,
 & tacendo non reuocasse, legatari reuoca-
 tio minimè inducatur, quia eo ipso quod
 non reuocauit, patorem voluntatem cō-
 firmasse visus est, ad idem est text. in d. l.
 1. C. si mancipium. (illic) vel si venditor nō
 fuerit volūtatē contrariā. & in d. l. donati-
 ones quas parentes. (illic) firmas esse per fili-
 tium donatoris, obseruant *Peralta* in l. q. 2.
 testamento, ff. de legat. 2. post num. 11. *Cald-*
 d. cap. 10. num. 54. *Molina* de primog. lib.
 1. cap. 9. ex num. 41. *Ripa* in l. fin. C. reuoca-
 donat. q. 45. num. 151.

Ac vero posteriores actus ipso iure an-
 nulli ex defectu substantiæ, siue ex directā
 legis prohibitionē ratione circumstantiæ
 aut alicuius solemnitatē quæ respicit fa-
 uorem publicum nequaquam conuale-
 37 scere possunt, tum quia ius publicum re-
 nuntari non potest. l. ius publicum, ff. de
 pactis. l. nemo potest ff. de legat. 1. tum etiā
 quia dato defectu in substantia perinde
 haberi debet, ac si celebrati non fuissent.
Sánchez supra lib. 2. disp. 35. nu. 3. *Veracruz*
 in apēdice ad speculum, dub. 10. cōclus. 4. &
 consequenter nihil remanet, quod per
 nouam causam, seu consensum possit cō-
 firmari, sicquē ad illum actum in esse pro-
 ducendum requiritur necessario, vt noui-
 ter concurrant omnia ad illius essentiam
 necessaria, nullo habito respectu ad con-
 sensum prius præstitū, & ideo incipient
 valere, prout ex nunc, non vero prout ex
 tunc. l. nuptiæ, ff. rita nupt. l. si vt proponis.
 C. de nuptijs. text. quē in id pōderat. *Cald.* d.
 cap. 10. nu. 55. in l. 1. §. 1. (illic) quasi nūc da-
 tū, ff. legat. 3. text. elegā in d. l. inter stipulā-
 tem, §. sacram. (illic) non reuocatur ff. de ver-
 borum. ex quo text. manifeste dsprehen-
 ditur rei sacræ stipulationem sic inutilē
 reddi, vt ipsa nunquā conualescere pos-
 sit,

de priuilegio crediti: resolut. & extinct. iur. hyp.

38 *lit. Dom. Valdequela supra cōsil. 109. num. 2. Páguides de iustitia lib. 1. cap. 12. num. 12. cū traditis per Bonacin. de cōtract. in genere, disp. 3. pūcto 2. quest. 1. §. 1. Páguides lib. 1. cap. 3. n. 5. Lessius de iustitia lib. 6. cap. 17. dub. 5. n. 27. Sanchez de matrim. lib. 7. disp. 18. num. 12. & lib. 2. disp. 32. nu. 17. & disp. 36. num. 3.*

Quod intelligendum est etiam si res sacra expostfacto profana reddatur, quinimo si ad illum statum perueniat absque culpa, & factio promittētis ipse ab stipulatione in perpetuum liber erit, vt probatur in d. §. *sacram.* & in §. *idem iuris, vers. item cōtra instis de inutilibus stipulat.* & in l. *qui res, §. aream, ff. de solut. explicant Minfgerius in d. §. idem iuris ex num. 1. vbi Pichardus latē arguit Albornos. de arte cōtract. tit. 4. post. Bart. in l. si filius, ff. de solut. Bald. in l. ex libera C. de suis, & legit. Cald. de potestate eligēdi cap. 10. num. 25. Ratio multipliciter assignatur, prima quia ad hoc vt firma sit stipulatio, vel inutilis tempus cōtractus inspiciendum est, l. *insulam 124 ff. de verb. obligat.* secunda, quia vbi secundum præsens tempus aliquid non potest dominio nostro subiici in suo genere, non potest quoque super illo concipi stipulatio, non solum putra, sed nec etiam in diem, vel sub conditione, iuxta text. in d. §. *sacram.* & in §. *aream.* idque non obstante difficili celsi responso in l. *si chorus 77. §. fin. ff. de legat. 3. vbi in eadem specie conualescit legatum quorum iurium repugnantia. Cumanus in d. §. fin. adeo ardua visa est, vt omni fō intellectu quem ad illum textum illic assignat Acurtius & sequitur Bart. d. §. *sacram. num. 4. vbi Alexander, & Albericus num. 11. respondens in eo text. sustineri legatum, non propter primam, sed propter secundam voluntatem, tandem veriorē sententiam esse dixerit, si ultra ad eū text. quā solutionem, cum verius sit Celsum in d. l. si chorus. §. fin. existimasse legatum, & simul stipulationem conualescere, & sic hęc iura quētam repugnantiam continere, sequuntur Cuiatius & alij quos refert, & sequitur Pichardus in d. §. *idem, num. 28. vbi quod nō iniretur quis quod hęc iura quē vere pugnancia sunt in digitorum libris fuerint reuēta aduersus ea quę sustinuit pollicetur in l. 2. §. itaque & §. contrarium, C. de iure veteri enucleando. cum id bene polliceri potuerit, sed non re adimpleri propter humanę memorię fragilitatem.****

40 *41* *42* *43* *44* *45* *46* *47* *48* *49* *50* *51* *52* *53* *54* *55* *56* *57* *58* *59* *60* *61* *62* *63* *64* *65* *66* *67* *68* *69* *70* *71* *72* *73* *74* *75* *76* *77* *78* *79* *80* *81* *82* *83* *84* *85* *86* *87* *88* *89* *90* *91* *92* *93* *94* *95* *96* *97* *98* *99* *100* *101* *102* *103* *104* *105* *106* *107* *108* *109* *110* *111* *112* *113* *114* *115* *116* *117* *118* *119* *120* *121* *122* *123* *124* *125* *126* *127* *128* *129* *130* *131* *132* *133* *134* *135* *136* *137* *138* *139* *140* *141* *142* *143* *144* *145* *146* *147* *148* *149* *150* *151* *152* *153* *154* *155* *156* *157* *158* *159* *160* *161* *162* *163* *164* *165* *166* *167* *168* *169* *170* *171* *172* *173* *174* *175* *176* *177* *178* *179* *180* *181* *182* *183* *184* *185* *186* *187* *188* *189* *190* *191* *192* *193* *194* *195* *196* *197* *198* *199* *200* *201* *202* *203* *204* *205* *206* *207* *208* *209* *210* *211* *212* *213* *214* *215* *216* *217* *218* *219* *220* *221* *222* *223* *224* *225* *226* *227* *228* *229* *230* *231* *232* *233* *234* *235* *236* *237* *238* *239* *240* *241* *242* *243* *244* *245* *246* *247* *248* *249* *250* *251* *252* *253* *254* *255* *256* *257* *258* *259* *260* *261* *262* *263* *264* *265* *266* *267* *268* *269* *270* *271* *272* *273* *274* *275* *276* *277* *278* *279* *280* *281* *282* *283* *284* *285* *286* *287* *288* *289* *290* *291* *292* *293* *294* *295* *296* *297* *298* *299* *300* *301* *302* *303* *304* *305* *306* *307* *308* *309* *310* *311* *312* *313* *314* *315* *316* *317* *318* *319* *320* *321* *322* *323* *324* *325* *326* *327* *328* *329* *330* *331* *332* *333* *334* *335* *336* *337* *338* *339* *340* *341* *342* *343* *344* *345* *346* *347* *348* *349* *350* *351* *352* *353* *354* *355* *356* *357* *358* *359* *360* *361* *362* *363* *364* *365* *366* *367* *368* *369* *370* *371* *372* *373* *374* *375* *376* *377* *378* *379* *380* *381* *382* *383* *384* *385* *386* *387* *388* *389* *390* *391* *392* *393* *394* *395* *396* *397* *398* *399* *400* *401* *402* *403* *404* *405* *406* *407* *408* *409* *410* *411* *412* *413* *414* *415* *416* *417* *418* *419* *420* *421* *422* *423* *424* *425* *426* *427* *428* *429* *430* *431* *432* *433* *434* *435* *436* *437* *438* *439* *440* *441* *442* *443* *444* *445* *446* *447* *448* *449* *450* *451* *452* *453* *454* *455* *456* *457* *458* *459* *460* *461* *462* *463* *464* *465* *466* *467* *468* *469* *470* *471* *472* *473* *474* *475* *476* *477* *478* *479* *480* *481* *482* *483* *484* *485* *486* *487* *488* *489* *490* *491* *492* *493* *494* *495* *496* *497* *498* *499* *500* *501* *502* *503* *504* *505* *506* *507* *508* *509* *510* *511* *512* *513* *514* *515* *516* *517* *518* *519* *520* *521* *522* *523* *524* *525* *526* *527* *528* *529* *530* *531* *532* *533* *534* *535* *536* *537* *538* *539* *540* *541* *542* *543* *544* *545* *546* *547* *548* *549* *550* *551* *552* *553* *554* *555* *556* *557* *558* *559* *560* *561* *562* *563* *564* *565* *566* *567* *568* *569* *570* *571* *572* *573* *574* *575* *576* *577* *578* *579* *580* *581* *582* *583* *584* *585* *586* *587* *588* *589* *590* *591* *592* *593* *594* *595* *596* *597* *598* *599* *600* *601* *602* *603* *604* *605* *606* *607* *608* *609* *610* *611* *612* *613* *614* *615* *616* *617* *618* *619* *620* *621* *622* *623* *624* *625* *626* *627* *628* *629* *630* *631* *632* *633* *634* *635* *636* *637* *638* *639* *640* *641* *642* *643* *644* *645* *646* *647* *648* *649* *650* *651* *652* *653* *654* *655* *656* *657* *658* *659* *660* *661* *662* *663* *664* *665* *666* *667* *668* *669* *670* *671* *672* *673* *674* *675* *676* *677* *678* *679* *680* *681* *682* *683* *684* *685* *686* *687* *688* *689* *690* *691* *692* *693* *694* *695* *696* *697* *698* *699* *700* *701* *702* *703* *704* *705* *706* *707* *708* *709* *710* *711* *712* *713* *714* *715* *716* *717* *718* *719* *720* *721* *722* *723* *724* *725* *726* *727* *728* *729* *730* *731* *732* *733* *734* *735* *736* *737* *738* *739* *740* *741* *742* *743* *744* *745* *746* *747* *748* *749* *750* *751* *752* *753* *754* *755* *756* *757* *758* *759* *760* *761* *762* *763* *764* *765* *766* *767* *768* *769* *770* *771* *772* *773* *774* *775* *776* *777* *778* *779* *780* *781* *782* *783* *784* *785* *786* *787* *788* *789* *790* *791* *792* *793* *794* *795* *796* *797* *798* *799* *800* *801* *802* *803* *804* *805* *806* *807* *808* *809* *810* *811* *812* *813* *814* *815* *816* *817* *818* *819* *820* *821* *822* *823* *824* *825* *826* *827* *828* *829* *830* *831* *832* *833* *834* *835* *836* *837* *838* *839* *840* *841* *842* *843* *844* *845* *846* *847* *848* *849* *850* *851* *852* *853* *854* *855* *856* *857* *858* *859* *860* *861* *862* *863* *864* *865* *866* *867* *868* *869* *870* *871* *872* *873* *874* *875* *876* *877* *878* *879* *880* *881* *882* *883* *884* *885* *886* *887* *888* *889* *890* *891* *892* *893* *894* *895* *896* *897* *898* *899* *900* *901* *902* *903* *904* *905* *906* *907* *908* *909* *910* *911* *912* *913* *914* *915* *916* *917* *918* *919* *920* *921* *922* *923* *924* *925* *926* *927* *928* *929* *930* *931* *932* *933* *934* *935* *936* *937* *938* *939* *940* *941* *942* *943* *944* *945* *946* *947* *948* *949* *950* *951* *952* *953* *954* *955* *956* *957* *958* *959* *960* *961* *962* *963* *964* *965* *966* *967* *968* *969* *970* *971* *972* *973* *974* *975* *976* *977* *978* *979* *980* *981* *982* *983* *984* *985* *986* *987* *988* *989* *990* *991* *992* *993* *994* *995* *996* *997* *998* *999* *1000*

Declaro secundo, & limita supradicta non procedere si lex fingat actum micro iure ex aliqua causa de nouo validum a principio facta retrotractione, videre licebit quando lex fingat postliminium propter quod testamentum ruptum per captiuitatem testatoris si expostfacto libertatem consequatur facta retrotractione sustinetur, & conualescit, idem videre licet si quis absque mandato actum nomine alterius celebrauerit, si expostfacto ratum habeat, quia in ea specie actus a principio nullus retrahitur, ac si dominus mandatum procuratori prestitisset, & per consequens actus ille alias nullus fingitur validus, vt habetur in l. *vl. C. ad Senatusconsultum Macedonianum* & in l. *libet, ff. de iudicijs.* Dñs Ioannes Baptista de Larrea decis. 78. num. 20. Gom. tom. 2. var. cap. 11. num. 30. Surd. decis. 195. num. 12. Reinos. obseruat. 28. num. 14.

Ex quibus omnibus constat vtrumque nō ē distinct. membrum verum esse, sic quē intellectu supra prestitum ad text. in d. l. 2. & fin. C. si maior. cuius deficio seu ficti, ratihabitio perinde debet habet, ac si cōtractus a minore a principio celebratus fuisset, quod verū est, siue admitas communem distinctionem, de qua Bart. in d. l. per fundum. siue etiam nostrā distinctionem, sic vt supra declaratam, ex qua colliges declarationem ad iura in vtramque partem adducta.

Et primo colliges recte procedere text. in d. l. sed Iulianus, alias item si filius fam §. sed. ff. ad Macedonianum. ex eo enim mortuo patre, filio denegatur actio ad renocandam hypothecam inutiliter de bonis patris ab ipso factam, quia scilicet per mortem patris filio eidem herede existente cessauit impedimentum, & insuper quia nullitas de qua ibi tantum in eiusdem vtilitatem, & sic priuatam inducitur erat iuxta primum nostrę distinctionis membrum: nec obstat text. in l. cum res, C. si aliena res pignori data sit. quo probari videtur alienę rei pignorationem per dominij superuenientiam non conualescere, & sic creditori denegatur actio, ex eo cōtractus a principio fuit nullus, iuxta regulam text. in d. l. quod ab initio. Satisfit enim si dicas quod licet in terminis illius text. non detur directa actio super pignore, vtilis tamē persecutio datur, quā quidem intellectus colligitur ex verbis text. (illic) *Cum res qua nedum in bonis debitoris pignori data ab eo postea in bonis*

nisi eius esse incipiat ordinariam quidē actio-
nem non competere manifestum est, sed tamē
aquitatem facere, ut facile utilis persecutio
pignoratitia detur. & hunc intellectū post
Acartik refert, & sequitur Cald. d. cap. 10.
num. 30. intelligēdo tamē nisi creditor sciret
rem esse alienam, quia utilis denegatur,
Negusāt. de pignoribus 3. memb. 2. part. nu.
35. Cald. d. cap. 10. num. 31. Ratio est,
quia quando creditor conscius fuit, de-
bitor à dolo excusatur.

45 Secundo colliges intellectum ad text.
in d. cap. ad id de sponsalibus, in quo sum-
mus Pontifex videtur confirmare matri-
monium per violentiam contractū, sic-
quē nullum ipso iure ex defectu substan-
tię, quia scilicet coniuges exposito
cohabitarunt, cui similis est text. in d. cap.
unico de desponsatione impuberum. quo lo-
ci in sponsalibus de futuro inter mino-
res septenio contractis id ipsum Pōtifex
declarat, quæ iura declarāt glossa in cap. 1.
de eo qui duxit in uxorem. & ibi Hostiensis
Henriques de matrim. lib. 1. cap. 3. num.
16. plures Sanches supra disp. 36. num. 3.
lib. 2. ut scilicet intelligantur de validita-
te prout ex nunc, & sic de validitate, quę
contingit ex nouo consensu præsupto,
ex eo quod postea sponte cohabitarunt;
impossibile enim est matrimonium in
quo deficit substantia exposito confir-
mari iuxta secundum nostrę distinctio-
nis membrum, sicquē hæc iura intelligit
Nauar. sub titulo de spōsalibus cōclus. 12. li-
cet glossa fin in cap. insuper, qui matrimo-
niū accusare non possunt. contrarium teneat;
nam consensus qui omnino nullus fuit,
permanere non potest: quia scilicet cum
permanentiā actus existentiam suppo-
nat, consensus qui nunquam interuenit
nec permanere, nec cōualecere potest,
quia super materia inhabili cecidit, ut in
specie admittere videtur glossa in cap. non
debet, verbo de cetero de consangu. & affi.
Covar. de spōsalibus 2. part. cap. 4. in initio,
num. 2. Sanches supra disp. 35. num. 2. Na-
uar. in man. cap. 22. num. 27. Nec dubium
46 faciunt verba eiusdem text. (illic) ex rati-
habitione ex quibus verbis colligi vi-
detur summum Pontificē matrimonium
antea nulliter celebratū cōfirmare, sicquē
validum esse prout ex tunc, tollitur enim
difficultas si verbum illud ratihabitiō nō
summas in sensum quasi præteriti actus,
ut sic matrimonium celebratum cōua-
lescat, sed quatenus in nouum consensū,
nouamquē voluntatem actus præteriti

sonat, qui sensus recte deducitur ex ver-
bis precedentibus eiusdem text. ad quē
modum declarari debet text. in d. cap. in.
super iuncto text. in cap. de illis de desponsa-
tione impuberum.

47 Colliges tertio intellectum ad text. in
d. l. donationes, quas parentes de donat. inter
virum, & in cap. fin eodem titulo. propte-
rea enim donatio morte alterius ex con-
iugibus confirmatur, non in vim donatio-
nis, sed in vim legati, ut voluit Clarus in §.
donatio, quest. 9. num. 6. Palat. in rub. de do-
nat. inter virum, & uxorem, §. 76. num. 1.
in quem sensum dicitur morte donantis
confirmari, quia donatio hæc tēdit in fa-
uorem priuatum, ne scilicet coniuges mu-
tuo amore sese spolient cui fauori per
mortem quodammodo tacite videtur
renuntiatum, iam impedimento nullita-
tis cessante in eorum fauorem introduc-
to, secundum primū nostrę distinctionis
membrum, ut in specie admittere vide-
tur Barbosa in l. quæ dotis, ff. solut. matrim.
num. 35. ubi dicit, quod quando actus nō
est simpliciter nullus, sed magis suspen-
sus sub conditione si non sequatur con-
firmatio, si tamen illa subsequatur recto-
ualebit actus, quasi propter aduentum
conditionis nunquam fuerit nullus, per
Socium in l. 1. §. si vir, ff. de acquir. possess.
& ibi Crotus Palatium supra §. 69. & ad
eundem modum explicabis text. in l. vñ
ea. C. de contractibus iudic. & in d. l. non
eo minus. & in d. §. eam transactionem. Id-
circo enim, actus de quo ibi ratificatur,
& sustinentur, quia nullum cum tempō-
ris adest impedimentum quominus con-
ualecant datā ratihabitione, per eos in
quorum utilitatem dispositio antedicta
emanauit d. l. 2. ff. de lege comm. Falsōsus
in l. si spōsus, §. si quis, ff. de donat. inter vir-
& vxor. Barbosa 3. parte rubricæ. ff. sol. ma-
trim. num. 99. Dom. Vela disertat. 14. num.
34. Parlad. Gusman, & alij de quibus supra
nu. 33. quo pacto etiam intelligitur text.
in d. cap. cū nos. itē quia in specie de qua
ibi contractus ex vao latere claudicat,
quia ex parte emptoris valet. l. Iulianus,
§. si quis colludente, ff. act. empt. & ideo si vti-
lis sit ecclesiæ, illum capitulum approba-
re, & ratificare potuit, sed nota quod ra-
tificatio de qua ibi intelligenda videtur
de validitate prout ex tunc sicquē ad secū-
dū nostrę distinctionis membrū pertine-
re, quia scilicet in prohibitione alienatio-
nis rerum ecclesiæ utilitas publica con-
sideratur, argumento text. in l. 1. §. huius

de priuilegiis crediti, resoluti, & extincti iuris hypothecae

studij. ff. de instit. & iur. notant Bart. in l. 1. ff. sol. matrim. num. 2. & ibi Socinus num. 259. Barbosa in 7. part. nu. 4. quod verius videtur.

- 50 Colliges quarto intellectum ad text. in d. l. si filius f. m. ff. de testam. iuncta lege 1. §. 1. ff. de legat. 3. ex quibus iuribus deducitur minime conualescere testamentum à filio familias celebratum semoto impedimento patrie potestatis, ita vt nec legata nec fideicommissa in eo relicta debeantur, notat Cald. d. cap. 10. nu. 55. ex eo scilicet quia solemnitas testamentorum respicit utilitatem publicam, d. l. vel negare. ff. quæ admodum, testam. Valas. Gutier. & alij de quibus supra nu. 32. & ideo iuxta secundum nostram distinctionem membrum nequaquam conualescere potuit: sed nota quod licet testamentum in prefata specie minime sustineatur: codicilli tamen semoto patrie potestatis impedimento data voluntatis perseverantia recte confirmari possunt, ex quo glossa in d. §. 1. inquit potius, & facilius confirmari codicillos, quam testamenta ab initio inutiliter celebrata, neque huic resolutioni obstat quod quemadmodum filius familias non potest testamentum facere etiã interueniente patris consensu, sic etiam codicillos facere non potest iuxta text. in l. 2. ff. de legatis 1. ubi glossa fin. Fagundes de iustitia lib. 1. cap. 15. num. 10. indicatum refert Valasc. d. consult. 108. num. 19. Responde enim cum glossa in d. §. 1. dum sentit codicillos confirmari si de nouo interueniat quinquè testes ad probandam confirmationem, sequuntur Imola in l. tam is, §. fin. ad fin. de donat. caa mortis, Socin in l. 1. §. fuit quasi ff. ad Trebellianum. At hec responsio non satisfacit si aduertas quod text. ad inducendam confirmationem duntaxat petit voluntatis perseverantiam, & quod impedimentum remoueat, atque ita si predicta interueniant tãquam super certo presentit, & præsunt nouum inditum voluntatis, & confirmationem codicillorum, quare non est verum dicere solemnitatem testium ad probationem desiderari, quippe quod legis præsumptio pro euidenti, & liquida probatione habetur glossa in l. pen. C. de periculo tutorum. unde verius videtur nullum discrimen constitutendum esse inter codicillos, & testamentum, quia neutri conulescentia tribui potest, cum ex inhabilitate personarum detur defectus substantiæ, vt voluit text. in d. l. §. 1. à princip. cum traditis per Pa-
- 51
- 52
- 53

norinit. in cap. dilectus de rescrip. col. 2. quo loco dicit, quod inhabilitas impetrantis ab excommunicatione causata, ob quam impetratio rescripti nulla redditur: vt notatur in cap. 1. de rescrip. per superuenientem absolutionem, & sic habilitatem non purgatur, Crotus in d. cap. 1. de rescrip. nu. 10. sicquæ explicabis text. in d. l. si seruo. iunctis alijs iuribus, quibus priorè distinctione à Bartulo, & sequacibus traditam impugnauimus.

- 54 Colliges quinto intellectum ad text. in d. l. filio praterito, ff. de iustis raptis. secundum quem testamentum nullum per approbationem filij à patre ex hereditari conualescit, & sustinetur, quia cum in prefata specie lex propter contemptum filij testamenti nullitatem inducat, sicquæ in ipsius fauorem citra vllam causam, seu impedimentum nimirum, si data approbatione filij sustineatur, & conualescat prout ex tunc secundum primum nostram distinctionis membrum, vt ibidè voluit glossa verbo tuebitur, & communis ex las. in l. posthumo nato. C. bonorum possess. contra tabulas. iunctis resolutis per Barbosa 3. part. rubric. c. ff. sol. matrim. num. 77. Parlad. lib. 2. rerum quot. 5. part. cap. fin. §. 3. num. 6. Dom. Vela differt. 14. num. 34. Nec dubium faciant verba text. ibi, ex quibus paulatim colligitur contra iuris civilis rigorem ex æquitate prætoria testamentum illud sustineri, patet (illic) bono, & æquo: ex quibus verbis videtur dicendum Iureconsultum æquitate prætoria motum fuisse, quia verba illa in eum sensum accipienda sunt, ita vt potius referenda sint ad equitatem civilem, quæ secundum rectam legislatoris intentionem stricto verborum rigori opponitur, non vero ad equitatem prætoriam quæ iuri civili contraria est.
- 55

- 56 Colliges sexto intellectum ad text. in d. cap. cura de iure patronatus. quo loci donatio ecclesiæ per laicum facta, nulla ex defectu consensus Episcopi iuxta text. in cap. nullus de de iure patronatus, conualescit dato consensu Episcopi, vel legitime præscriptione, vt accipi debeat de validitate, prout ex nunc, non vero prout ex tunc iuxta secundum nostram distinctionis membrum, ratio est, quia cum collatio beneficiorum libera ad Episcopum pertineat, & per donationem iuris patronatus factam loco religioso iurisdicatio Episcopalis defraudetur, quo casu solemnitas delectus bonum publicum respicit, iuxta text. in d. l. §. huius studij. nimirum

cum si in prædictum sensum accipi, & intelligi debeat, ad quem non solum explicabis *text. in d. cap. sicut de electione*. nec mirum, quia ut inquit Felix. *cōsil. 1. Collatio beneficij ab ordinario facta in mēse sedi Apostolicę reservato*, sic nulla redditur, ex defectu potestatis conferentis, ut nunquam cōualescere possit quantuncūque summus Pontifex infra illū mensem non conferat sequitur Casadorus *de concessione præbende, quest. 5. num. 2. Gom. supra regul. de public. quest. 18. pag. 996. Staphil. de literis gratia. pagina 235. num. 1.*

Ad *text. vero in d. cap. auditis de elect.* dic propterea electionem de qua ibi nulliter celebratā nequaquam expostfacto cōualescere ex consensu electorū. quia prædicta electio est nulla ipso iure ex directa legis prohibitione in bonum publicum, iuxta secundum nostrę distinctionis membrum, atque ita ut valeret præsumerat, ut de nouo concurrerēt omnia quæ ad illius validitatem à principio necessaria erāt: consensus videlicet illorum qui nulliter electionem fecerāt nullo habito respectu ad id quod præcessit ita ut nec prout ex nunc valere potuerit ex cōsensu simplici expostfacto subsequuto quidquid aliter intendat glossa *ibidem. verbo expostfacto, glossa in verbo tractatus in cap. 1. de rebus ecclesię*. sicque ab impugnatio-
 58 ne prædictorum iurium verus, & iuridicus remanet intellectus, quem supra præstitimus ad *text. in d. l. 2. & si. C. si maior factus, & ad regulam legis quod ab initio, & regulam non firmatur*. quoniam hæc procedunt secundum posterius nostrę distinctionis membrum, illæ vero iuxta primum.

Vnde iam ex illorum iurium decisione sic intellecta inferri videtur ad illam quæstionem duarum hypothecarum diuersis temporibus à minori contractarū, quam quidem supra examinandam præmisimus, & tandem resolvimus pendere ab intellectu *d. l. 2. & fin.* & propterea illarum intelligentiam sic ad lōgum prælibauimus, nunc vero (ne nos oleum, & operam extra rem perdidisse existimes) illā penitus absoluius, & ut perfectius illius quæstionis resolutionē percipias, hypotheseos sic fingas oportet: minor ante vigesimum quintum annum adimpletum hypothecam super bonis suis sine decreto, & sic inutiliter contraxit, iuxta dispositionem *text. in l. 1. §. fin. ff. de rebus eorum*. quemlatē, & eleganter declarant

Cald. in l. si curatorem, verbo hanc contract. Dñs Ioannes Baptista de Larrea decis. Gra^o 40. ex num. 69. & alij de quibus infra regula 2. ampliatio 4. Postea vero factus maior secundam hypothecam generalē, aut specialem, rite, & rectē, & sic valide super eisdem bonis constituit: & expostfacto, iam factus maior, priorem hypothecam expresse iuxta terminos *text. de quo in d. l. 2. vel post quinquenium*, de quo in *d. l. fin.* tacitē ex dispositione legis ratificauit, decoxit minor iam factus maior, instant huiusmodi creditores pro sui debiti exactione, queritur nunc quis illorū in concursu preferendus veniet: atque ita verum ratihabitio prioris hypothecę tacita, aut expressa, trahatur retro in præiudicium secundæ legitimo tempore cōtractæ. Et quidem quæstio ista ex intellectu prædictorum iurium iuxta primū nostrę distinctionis membrum facile decidenda videtur, & sic ut prior hypotheca cōualescat prout ex tunc in præiudicium secundæ, eique in concursu præponi debeat,

Verum enim vero licet ex prædictorū iurium intellectu quæstio ista detegi videatur: nihilominus tamen vera illius resolutio ex prædicto intellectu non penitus absoluitur, quippe quod in specie hypothecę de qua supra non agitur de præiudicio tertij, sed solum de commodo, aut damno ratificantis: atque ita hypothesis, de qua hic ab illa longe differt, quare illius indagatio non solum ex illo intellectu, sed etiam ex alijs iuris fontibus petenda erit, quando scilicet ratificatio in præiudicium tertij retrahi debeat.

In hac igitur quæstione ut clarius, & distinctius procedamus, duo sunt examinanda: primum, quando ratificatio prioris hypothecę fuit expressa: secundum, quando fuit tacita à lege inducta, & quoad primum in fauorem prioris hypothecę respondendum videtur: ut scilicet ratificatio minoris expressa trahatur ad tempus quo nulliter fuit contracta in præiudicium posterioris, quam validē, & sic iā maior factus in bonis suis cōstituit. Cui resolutioni nimis fanere videtur generalitas: *text. in d. l. 2. expensa, & intellecta*, ut supra, quia in ea distinctio nō fit inter eum casum, quo de solo ratificantis damno agitur; & illum scilicet quo de tertij præiudicio pertractatur: cui interpretationi nimis suffragatur sententia glossę in *l. si in debitam, §. si procurator, verbo com-*
 61
 Q *mitti*

de priuilegio crediti, resolut. & extinct. iur. hyp.

miti, ff. rem ratam haberi. ubi probatur ratihabitio nem retrotrahi etiam cum alterius præiudicio, sequitur ibidem Paulus Corrasius in l. qui liberos, num. 28. ff. de ritu nuptiarum, Alciatus lib. 3. paradoxorum, cap. 26.

Secundo in fauorem huius sententiæ expendi solet decisio text in l. cum decem 71. §. 1. ff. de solutionibus iuncto text. in l. si quis offerentis §. 8. in fine, ff. eodem titulo, ubi dicitur, ratihabitio nem retrotrahi, etiam dato tertij præiudicio.

62 Tertio prædicta opinio instruitur ex text. in l. 1. ff. qui potiores in pignore habeantur, ubi hypotheca dotalis retrotrahitur ad tempus promissionis dotis in præiudicium creditorum hypothecariorum, medio tempore contractuum, expedit Barbosa 3. part. l. 1. ff. solut. matrim. num. 32. nequæ in hoc hypotheca dotalis aliquæ continet fauorem in eo text. sed tantum ius commune, Negusantius de pignoribus, 4. memb. 2. part. num. 77. & pro constanti tenet Capicius decis. 182. num. 17. teste Barbosa, qui eos refert, & sequitur in loco præallegato num. 33. in fine.

63 Quanto pro eadem sententia vrget, quia hypotheca debiti conditionalis, retrotrahitur ad tempus celebrati contractus in præiudicium hypothecæ medio tempore puto contractæ, & in concursu illius causa potior est, l. qui Balneum, §. 1. ff. qui potiores in pignore habeantur, quo argumentum eandem sententiam tueri nititur Alexander cõsil. 10. vol. 5. num. 2. refert, & sequitur Surdus decis. 245. num. 4. in fine. Ioannes Baptista Costa in tract. de retrotract. casu 4. cap. 8. num. 11.

Tandem faciunt iura supra adducta ad explicationem, & intelligentiam text. de quo in d. l. 2. & fin. in quibus contractus à principio nulliter celebratus, per approbationem illius expositio cõuallescit: iunctis his quæ tradunt Decius, & Cagnolus in d. l. quod ab initio, plures quos refert, & sequitur Menoch. de recuperanda possessione, remed. 15. num. 155. Egid in l. ex hoc iure, 2. part. cap. 5. num. 22. Trentacinq. var. lib. 2. tit. de procurat. resolut. 9. Moretus cõsil. 42. & alij de quibus supra num. 56.

64 Oppositum tamen scilicet ratificatio nem expressam prioris hypothecæ nulliter contractæ, nihil obesse secundæ hypothecæ, quam tunc, & rectè minor iam maior factus constituit, probatur ex doctrina Bart in l. si vxor in §. si quis uxorem, num.

3. ff. de adulterijs, iuxta quam necessarium est ad retrotractionem ratihabitio nis ut eo tempore quo fit ratihabitio, omnia proponantur in illo statu, in quo existerent quando contractus negotium gestum est. Nogueroi allegat. 11. num. 98. Ioannes Baptista Costa de retrotract. capit. 7. ex num. 1. quæ quidem deficiunt si alicui tertio ius medio tempore questum auferatur, tunc enim iam non dicitur res integra, & in eo statu existere, quo erat quando contractus, aut negotium gestum fuit: Decius in l. contractus, ff. de regulis iuris, num. 24. ubi quod ad hoc ut ratihabitio trahatur retro, requiritur quod res sit in eodem statu. Dom. Valenzuela Velasques cõsil. 177. num. 60. Osaschus decis. 119. num. 28. Gramaticus decis. 103. num. 119. Dominus Ioannes Baptista de Larrea decis. Grana. 78. num. 21. Costa ubi supra num. 1. Grat. discep. forens. tom. 5. cap. 957. num. 18. Molina d. lib. 2. cap. 8. nu. 22. Bald. in d. l. fin. in princ. limitat. 1. ff. ad Maced. ubi dicit, quod ratihabitio non retro trahitur quædo non inuenit principium conseruabile, allegat text. in d. l. obseruare & Bart. in l. 1. num. 4. C. ubi de crimine agi oportet. ubi loquendo de actu iudiciali dicit ratificationem non eum conualidare si initium iudicij non fuit legitimum.

66 Confirmatur proxime dicta, si aduersitas quod in hac specie ratihabitio, seu retrotractio operatur per fictionem translatitiæ; hæc autem ut locum habere possit, requiritur habitas in utroque, extremo à quo, & ad quod, colligitur ex doctrina Bart in d. §. si quis ex Bald. & Decio in locis paulo ante citatis. expresse idem Bart. in l. si is qui pro emptore, nu. 4. & 48. ff. de usucapionibus, Barbosa 2. parte, l. diuortio in principio, ff. solut. matrim. nu. 20. Dominus Ioannes Baptista de Larrea decis. 8. num. 59. & decis. 78. num. 21. Gutier. pract. lib. 3. quæst. 65. num. 6. & probatur in l. bonorum, ff. rem ratam haberi. & in l. necessario §. quod si pendente ff. de periculo, & communi rei vend. At in hoc casu deficit habitas in extremo ad quod, cum iam tempore, quo ratificatur prior hypotheca, res illa secunda affecta reperitur, igitur fictio illa locum habere non potest, & consequenter ratihabitio in præiudicium secundæ hypothecæ in concursu operari nõ potest: ut per Gom. in l. 45. Tan. num. 93. Gut. d. loco.

Denuo accedit, quod gabella quæ ex venditione debetur, sequita ratihabitio-

ne,

ne, soluenda est gabellario qui tempore ratihabitionis vectigalia colligit, non vero illi qui tempore contractus illa exigebat, constat namque data, ratihabitione, per fictionem in consensum ratum habentis, trahi ad tempus quo conventio facta est, quæ quidem fictio qua ratihabitione inducitur, cum præiudicio tertij fieri non potuit: notant *Auendañus de censibus, cap. 11. in fin. Gutierrez de gabellis quest. 15. num. 13.* & in specie emphiteutæ, qui rem sibi in emphiteusim concessam duobus specialiter obligauit, priori citra domini directi consensum. secundo vero illo adhibito, qui ex postfacto priorem hypothecam ratificauit, ut scilicet præfata ratihabitione secundo creditori, qui prius domini directi consensum obtinuit, nequaquam præiudicium inferat, defendit *Thom Mieres in constitut. Cathalon. cap. 3. quem refert, & sequitur Dom. Vela disertat. 19. nu. 54.* vbi pro eadē sententiā citat *Francisc. Solsona in lucerna laudemiorum, 8. cellulla, nu. 51.* licet contrariū velit *decis. dolana 105. circa finem.*

Ex quibus, & alijs traditis per *Surd. d. decis. 245. num. 5.* vbi pro hac parte Senatū censuisse testatur, hæc sententiā verior est, & tenenda, qua retenta non obstat *text. in d. l. 2.* quia illa procedit quando agitur de ratificantis damno, secus si de præiudicio tertij actum fuerit: *Surdus d. decis. 245. num. 7.* vbi inquit, quod ratificatio non retrahitur quando agitur de præiudicio tertij, sed solum quando de ratificantis damno pertractatur, subscribunt *Costa d. cap. 8. casu 2. nu. 11. Grat. Usfisch. Gramat. Dom. Ioannes Baptista de Larrea, & alij de quibus supra num. 65.* Non etiā officit secundum *ex text. in d. l. cum decē, §. 1.* Respondetur enim, in illo text. ratihabitionem fieri in præiudiciū illius qui negotium gessit, & ita in præiudiciū patris, non vero tertij, ut latè resoluit *Tiraquelus lib. 1. retractus, tit. 1. §. 1. glossa 10. a. num. 66.* & patet ex eodem text. vbi tractatur de validitate solutionis factæ à fideiussore, & respondetur, valere, nec soluētē posse repetere, cum ex causa fideiussionis soluerit, & licet ratihabitione fieret eo tempore quo fideiussor liberatus erat: illa tamen non erat necessaria ad validitatem solutionis, sed ut debitor per illam liberaretur: *iuxta text. in l. soluendo 41. ff. de negotijs gestis.* vnde cum in persona creditoris, ratihabitione existeret, rectè quocūque tempore propter eiusdē præiudiciū fieri potuit, & habuit effectum in præiudiciū partis ratificantis, cum quo actus fuit celebratus: prout resoluit *Paulus in d. §. 1. idem in l. pen. vbi Bart. ff. rem ratam haberi.*

Similiter non oberit *text. in d. l. si quis offerentis.* satisfit enim si adueras duos reos de quibus ibi quoad iuris censuram unicam personam reputari, *iuxta text. in l. 3. in §. vtiq; ff. de duobus reis.* ac subinde vbi alter ex illis reis ratam habet solutionē, non cēsetur inferri præiudiciū tertio: nec refragatur quod fictio per quam filij naturales sequuto matrimonio à tempore natiuitatis legitimi reputantur, trahunt retro cum præiudicio tertij: ut tradūt plures quorum meminit *Dominus Ioannes Baptista de Larrea decis. 8. num. 18. in cap. tanta,* qui filij sint legitimi: & probatur in *cap. 2. de clandestina desponsatione,* quo loco habetur approbationem clandestini matrimonij sic operari, ac si à principio matrimonij contractū esset in facie ecclesiæ, notat *Saches de matrim. lib. 3. disput. 43. num. 4.* Respondetur enim, quod licet cōcedatur dari præiudiciū considerabile, tempore quo fictio illa operatur, tale tamen præiudiciū à lege neglectum esse propter fauorem ipsius prolis tradit eleganter *Fortunius in l. Galus §. & quid si tantū, ff. de liberis & posth. num. 285.* iunctis traditis per *Tiraquelum lib. de primogenijs, quest. 34. num. 31. Cald. de potestate eligendi cap. 10. num. 17.* vbi quod legitimatio eius est naturæ, ut filiū reddat à principio habilem, ac suo statui restituat. Quinimo fictio illa non introducit respectu casus particularis (hoc est) ad illum casum, seu effectum ex quo præiudiciū resultat, sed per legem generalem ad omnes effectus, quæ minime considerat particulare præiudiciū, quod in consequentiam, & præter intentionē illius infertur *l. 1. ff. auctoritate tutor. l. si quis nec causam. ff. si certum pet.*

Ad tertium *ex text. in d. l. 1. ff. qui potiores in pignore:* dic, quod *text.* ille loquitur quando hypotheca legitime fuit constituta: secus si nulliter, ut est illa quæ per minorem contrahitur absque decreto iudicis, ut habetur *in d. l. 1. §. vlt. ff. de rebus eorum.* vnde nimirum, si hypotheca dotalis trahatur ad tempus promissionis dotis in præiudiciū creditorum medio tempore contractorum.

Ex quibus etiam responderi potest ad *text. in d. l. potior, & in d. l. qui balneus. §. 1.* prout

de priuilegio credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

72 prout respondit *Surd. d. decis. 245. in fine.* ubi propterea dicit opinionem Alexandri confirmantis sententiam, quam defēdit, ex his quæ de retrotractione contractus adduci solent nullo modo admitendam fore, quia text. ab eo allegati loquuntur quando actus non erat omnino nullus, sed quando erat validus licet nondū enenisset conditio in quam substantia debiti erat collata, ac subinde in hac specie hypothecæ minoris contrarium obseruandum fore, quia actus & sic hypotheca à minori nulliter contracta proponitur; quo casu in præiudicium tertij, & sic secūde alteri, medio tempore legitimè quæsitæ, retrotractio nequequam fieri debet.

Ad vltimum patet responsum ex his quæ in solutione prioris argumenti, & hæc de primo quæsito.

73 Quoad secundum vero cōtrarium resoluendum videtur: priorem scilicet hypothecā absque decreto contractam, sic ē ratificari in præiudiciū secundæ, & in concursu preferendam fore, vt expresse videtur probari in *d. l. fin. C. si maior factus*, (illic) *sed sic tenere quasi ab initio legitimo decreto res fuisse alienata.* Quæ quidē aperta decisio, iunctis his quæ circa illius explicationem supra adduximus, hæc partem indubitabilem reddunt: in specie *Surd. d. decis. 245. num. 11.* Nec obstat quod ratificatio expressa non trahitur retro in præiudiciū tertij, & sic secundæ hypothecæ legitimo tempore contractæ, vt constat ex modo resolutis, ac subinde

74 absurdum videtur vt plus operetur tacita legis ratihabitio, quam expressa hominis ratificatio: nam expressum maiorem vim solet habere quam tacitum: vt per *Gratianum discipulat. forens. cap. 306. num. 20. Menoch. cōsil. 110. num. 29. lib. 1. D. C. A. fillo controuerf. lib. 4. cap. 17. num. 43. Hermosilla in l. 2. tit. 1. part. 5. glossa 5. num. 3. Cesar Barcinus decis. 70. num. 24.* Satisfit enim, quod præter quam quod decisio, de qua in *d. l. fin.* pro hac sententia ita clara est, vt nullo modo canilari posse videatur, inter vnum, & alium casum longam discriminis rationem considerari, videlicet, quod lex cum velit potest confirmare actum nullum, *l. 2. C. si quis alteri, vel sibi, l. cum hic status ff. de donat. inter vi- rum, & uxorem.* atque ita fingere, vt ratihabitio præteritum respiciat, retroque trahatur in præiudiciū tertij: prout de fictione diximus in terminis *d. c. cap. tan-*

75 *ta qui filij*, diuersum procedit in hominis ratihabitione, qui nō potest sicut lex fingere quod validum sit, nunc quod olim erat nullum: *l. si forte, ff. de castrensi peculio, Bart. in d. l. si is qui pro emptore, ff. de vsucap.* & hanc differentiam, & diuersitatis rationem inter ratificationem tacitā, & expressam, posuisse *Aretin cōsil. 128. num. 4. refert, & sequitur Surdus in loco proxime citato, subscribit Menoch. in loco præallegato.*

76 Ac hæc diuersitatis ratio confundi videtur ex his quæ supra notasti circa explicationem *text. in d. l. 2. C. si maior factus.* ubi indistinctè docui contractū à minore nulliter celebratum per ratificationem expressam conualescere, quia scilicet cessauit impedimentum minoris ætatis, & sic ex noua causa contractus conualescit prout ex tunc, iuxta supra resoluta: deinde hæc opinio aperte conuincitur ex iuribus supra citatis, iunctis his quæ circa ratificationem in præiudiciū tertij resoluunt Doctores in locis supra relatis.

Quocirca in puncto iuris contraria sententia, scilicet quod secūda hypotheca legitime à minore contracta, priori in concursu sit preferenda verior videtur, & si casus euenerit ab ea in iudicando, & consulendo, vt non recedas consulo: quā si admittere velis responde ad *text. in d. l. fin.* quod illius decisio tantum admitti debet quando agitur de præiudicio ipsius ratificantis, secus si de præiudicio tertij quæstio fuerit mota, quia tunc contractus non conualescit, prout ex tunc, sed prout ex nunc, vt expendit *Surdus supra num. 11. cum traditis per Afiectū decis. 335 num. 12. Tiraquelum de retract. Lignagier §. 1. glossa 10. num. 66. Molina d. cap. 8. num. 22.*

Ad rationem vero differentię ab Aretino consideratam, sic satisfacies, quod licet fateamur, legem fingere posse vt ratihabitio præteritum respiciat, retroque trahatur, quod quidem homo fingere nō potest: negamus tamen fictionem illam operari posse in præiudiciū tertij, cui medio tempore per secundam hypothecam ius fuit quæsitum, nam cum fictio ista, translatis sit, & ad hoc vt operetur requiratur habilitas in utroque extremo, quæ quidem in proposita specie deficit, propter secundam hypothecam, reā ē fit vt illa ratihabitio retrotrahi non debeat ad initium contractus cum tertij præiudi-

præiudicio, aliàs enim si fictio hunc effectum cum tertij præiudicio operaretur; nõ equitas, sed iniquitas in illa reperiretur: contra regulam *text. in l. nec utilem, vbi Bart. num. 1. ff. ex quibus causis.* quo loco habetur quod vbi cessat equitas, fictio etiam cessare debet, quæ propter equitatem principaliter fuit introducta, vt probat *text. in l. postliminium. ff. de captiuis & postlimin.* Dominus Ioannes Baptista de Larrea decis. 8, nu. 59. Gom. tom. 2. variar. cap. 11. num. 30. Corrasias in l. qui liberos, ff. ritu nup. num. 163. Barbosa 3. part. l. 1. ff. sol. matrim. num. 25. Sed ne longius enaguemur nevé ad alia dilabamur, quæ nos à materia, & instituto nostro penitus diuertant iam superiorem resolutionem.

- 77 Declarabis, & limitabis tertio nõ procedere si cum minor rem immobilem venderet se maiorem esse dixerit, tunc enim aduersus creditores hypothecarios in concursu minime audiendus erit, pro cuius rei perfecta cognitione sciendũ est, quod minor qui se maiorem dixit, restitutionis beneficio in contractibus per ipsam celebratis non potitur: vt probat *text. elegans 3. iuncta lege 2. C. si minor se maiorem dixit, l. 6. tit. 19. part. 6.* quia scilicet deceptis, & non decipientibus iura subueniunt, *d. l. 2. l. si sine, C. ad Velleia num.* Menochius de præsumpt. lib. 6. quæst. 78. Scaccia de comertijs, §. 1. quæst. 7 part. 2. ampliatur 3. num. 123. Ioannes Baptista Costa de facti sciẽtia, centur. 2. distinct. 17. num. 10. quod tamen sic accipi, & intelligi debet nisi per aduersarij dolum, aut etatis facilitate se maiorem dicat, quia tunc beneficium restitutionis non amittit, *l. 1. & 3. in secundo responso, ff. eodem tit.* quod etiam probatur in *d. l. 6. (illic) Si lo faze en gañosamente.* Ergo si sui facilitate se maiorem dicat, hoc beneficium non priuatur.

- 78 Quod si de neutrius dolo constet, adhuc restituendus erit, quia dolum in dubio non præsumitur, *l. quoties, §. qui dolo. ff. de probat. & voluit Salicetus in d. l. 3. in fin. post Alberic. & alios quos contra Asonem in summa illius tituli, & glossam in d. l. 3. refert, & sequitur Gregorius Lopes in d. l. 6. glossa, verbo engañosamente, per d. l. 6.* quæ hoc ipsam innuere videtur in verbis modo citatis, quasi velit, quod dolum se per contra maiorem probetur; atque ita non sufficiat dicere se maiorem cum minor esset, nisi hoc fraudulenter dixisse constiterit (hoc est) vt probetur quod

ipse certo sciens, se minorem falso asseuerauit, se maiorem esse, Sfortia oddus de restitut. art. 8. in principio, quæst. 24. Egid. in l. ex hoc iure, cap. 5. tom. 2. num. 28. vbi tamen distinguit inter minorem astutũ, ac sagacem, & illum qui cauillosus, & sagax non erat: quod si minor talis aspectu appareat, & se maiorem dicat, adhuc restitutus erit nam si ipse talis appareat, facile aduersarius cognoscere poterit in dolo versari, à quo aduersarius excusari non poterit, propter minoris ætatis notitiam, aspectu ipso perceptibilem, ac subinde in dolo esse dicitur, qui quidem dolum cum dolo minoris compensabitur, Greg. Lopes in d. l. 6. glossa 1. quod & à contrario sensu probat *d. l. 6. in illis verbis (illic) Si ouiese persona que pareciesse de tal tiempo, si lo faze engañosamente.) Aseued in l. 3. tit. 10. lib. 5. recop. nu. 13.* vbi hoc iudicis arbitrio relinquit, secundum Girondam ab eodem citatum de gabellis, 3. part. num. 3. in princ. Nec mirum quia id ipsum habet locum in eo qui filio familias credidit pecuniã qui aliàs dixit se liberum à patria potestate, cum tamen creditor sciret esse filium famil. Anto. Faber in rationali ad pandectas in l. si quis patrem. ff. ad Maced. Hermosilla in l. 4. glossa 8. tit. 1. part. 5. num. 6.

His suppositis dic, quod quemadmodum in prædictis iuribus, iunctis que tradunt Doctores modo citati. Minori læso in contractu per ipsum tamen aliàs rite, & recte celebrato restitutio applicatur, prædictis declarationibus adhibitis, sic etiam ad contractum ab eodem nulliter celebratum, scilicet ad alienationem absque decreto iudicis contractam, de re immobili præfata resolutio potrigenda erit si se dolose maiorem dicat: nam & si leges de restitutione minoris loquentes quando dolose asseuerauit se maiorem hunc casum nullitatis non exprimant: nihilominus tamen cum in prædictis iuribus, ratio sit expressa, illorum dispositio extendenda erit ad omnes, & quoscunq; casus qui sub illa ratione comprehenduntur, quæ quidem ratio manifestè exprimitur in illis iuribus, vt habetur in *d. l. 2. (ibi) Cum iuxta statuta iuris errantibus non etiam fallentibus minoribus iura subueniãt & in d. l. 6. (ibi) Porque las leyes ayudan a los engaños)* Atque ita quemadmodum leges, illæ beneficium minoris ætatis causa indultum decipientibus denegant, illud quoque abnegatum censeri debet in

de priuilegio crediti, resoluti, & extincti iuris hypothecae

casu nullitatis ex mente illarum, quæ potius attendenda est quam verba, ut tradunt *Cald. in tractatu de empt. & vendit. cap. 33. num. 52. Gondicallus Mendes de Vasconcellos Lusitanus diuersorum argumentorum, lib. 2. cap. 20. num. 8. Molina de primogenijs Hisp. lib. 3. cap. 5. num. 4. post alios pater Suares de legibus, lib. 6. cap. 4. ex nu. 6. in specie Egid. de cap. 5. ex nu. 30. vbi præfatam resolutionem aduersus Sfortiam, & Mandosium eleganter defendit.*

Patet igitur ex prædictis minorem in concursu repellendum esse à re immobili per ipsum alienata, vendicanda, quoties constiterit illum dolose asseuerasse se maiorem, quod tamen intelligi debet nisi per aduersarij dolum, aut minoris facilitatem se maiorem esse dixisset, iuxta supra resoluta.

Illud autem antequam hinc abeamus, prætermittendum non erit, quod si minor velit rem immobilem cum decreto legitimè alienatam, aut aliam rem mobilem, quam tutore auctore ritè distrahere poterit, per restitutionis beneficium in præiudicium hypothecarum in ea contractarum è concursu vendicare, ex eo quod in alienando, fuit læsus, res illa sic alienata absquè vlllo hypothecæ onere libera ei restitui debet, quia restitutio illud habet inti in se, ut rem reponat in pristinum statum sicut antea erat, ut scripsit *Paulus in l. quod si minor, §. restitutio, ff. de minoribus, & colligitur ex his quæ ex Alberico, Cino, Ricardo, Fulgoso, & paulo receptum asserit Pinelus in l. 2. C. rescind. vendit. 3. part. cap. 1. ex num. 20. quatenus affirmant minori læso in vendendo in terminis d. l. 2. rem præcisè restituendam fore, subscribunt *Cald. in l. si curatorem verbo implorare, num. 15. Fagundes de iustitia lib. 2. cap. 12. num. 22. Gama decis. 212. Couar. lib. 1. variarum, cap. 3. num. 11. reiecta distinctione glos. in l. siquidem, C. de prædijs minorum. dum inquit tunc præcisè rem minori restituendam fore quando læsus sit in vendendo, non verò in pretio, de quo vide *Britum de locato. 2. part. rubrica. §. 2. num. 28. qui contra communem de qua supra glossæ sententiam tueretur.***

83 Quid dicendum si tutor qui forte decessit, rem minoris comparauerit vtrum nè resolutis hypothecis rem è concursu vendicare liceat pro præsentis dubij resolutione notandum est, tutorem res pupillorum, & minorum suorum emere à iure prohibitu esse, ex text. in *l. cum ipse,*

*C. contrahenda emtione. l. 4. & vlt. tit. 11. lib. 5. recopilat. l. 4. tit. 5. part. 5. quæ conclusio nè post alios comprobant Matiensus in d. l. 4. glo. 1. & ibi Aseued. Gut. de tutelis 2. part. cap. 15. ex num. 1. & per totum, Bobad. in polit. lib. 3. cap. 8. num. 89. Cald. in d. l. si curatorem, verbo hunc contractum ex num. 1. & de empt. & vendit. cap. 17. Flores de Mena in addit. ad Gam. decis. 295. Mascard. de probat. cõclus. 1391. Spinus in speculo testamentorum, glossa 29. num. 59. Quæ quidem prohibitio ne dum locum sibi vendicat in emptione, & venditione, ut præfata iura exprimunt, sed etiam in omni alienatione, & contractu per quem dominium transfertur, ut in *l. Statu liber. §. quintus, & ibi glos. ff. de Statu liber. Aseued. in d. l. vlt. num. 12. cum sequentibus. Gut. dicto c. 5. n. 2. Cald. verbo hunc contractum, num. 27. Idemquè erit dicendum in cõductione bonorum minoris Molina de iustitia, & iure disput. 224. vers. quod de tutoribus. Gutier. d. cap. 15. num. 3.**

86 Sed non habebit locum quādo minor venditionem, locationem, aut alium contractum iuramento firmauerit, quia iuramentum hoc licet contra bonos mores ciuiles tendat, non tamè offendit bonos mores canonicos, aut naturales: tenet in specie *Spinus d. glossa 29. num. 63. Gutier. d. cap. 15. num. 21. vbi reprobatur opinio Aseuedi in d. l. vlt. num. 6. dum contrariū defendere nititur Zeuall. comm. contra comm. quæst. 234. num. 12. vbi plures citat, quod si minor impubes sit proximus, pubertati adhuc contractus iuramenti religione firmitatem continebit prout de impubere alienante rem immobilem absquè decreto probant *Greg. Lopes in l. 6. tit. fin. part. 8. glos. verbo maior. Gut. in authent. sacrament. pub. C. si aduersus vendit. num. 117. Parladorus lib. 2. rerum quotidian. c. 4. n. 4. Zeuall. comm. contra cõm. quæst. 123. ex num. 8. contra Gom. Couar. & alios contrarium tenentes.**

87 Similiter superior resolutio limitata, & declaranda erit quando minor debitor esset sui curatoris, quia tunc poterit sibi soluere si debitum sit pecuniarium, ut in *l. quoties, §. sicut, ff. administratione tutorum Matiens. in d. l. 4. glos. 1. nu. 4. quod intellige si solutio in pecunia sit agenda, aut in rebus mobilibus quæ seruādo seruari quæunt, secus si ad alienationem immobilium deueniendum sit, quia tunc requiruntur solemnitates à iure inducte, & in specie idem voluit *Duenas regula 31. vers.**

vers. 3. fallit.

88 His prehabitis nunc inquirere oportet utrū minor rem hāc cōtraprohibitionem legis alienatā in casibus in quibus hāc alienatio interdicta est, iuxta modo resoluta, illam resolutis hypothecis, per creditores in ea contractis, licetē vendicare possit, in quo quæsito videtur negativē respondendum, quia res illa fisco applicatur, ut probat expressē *text. in l. non licet, ff. de contrahenda emptione*. vbi Martinus hāc verba conscripta reliquit. *Non licet (inquit) ex officio quod administrat quis emere quid, vel per se, vel per aliam personā alioquin, non tantum rem amitti, sed & in quadruplum conuenitur secundum constitutionem Diocorum veri, & Antonini, & hoc ad procuratorem quoque Caesaris pertinet, sed hoc ita se habet nisi specialiter quibusdā hoc concessum sit*. Ex quibus verbis clarissimē euincitur, & rem, & quadrupli æstimationem fisco applicari debere, licet enim in eo *text.* solum dicatur administratorem ex officio quod administrat, re ementem, eam dūtaxat perdere, nec fisco applicari; statim tamen dum de quadruplo mentionem facit (inquit) & hoc ad procuratorem quoque Caesaris pertinet. Atque ita in illa dictione, quoque, etiam comprehendit rem quam sicut quadrupli æstimationem fisco applicandam decedit.

89 His tamen non obstantibus contrariū videtur resoluendum, quinimo quod minor, seu pupillus rem illam sic à tutore acquisitam, si vel ipse forte sit qui decoxit, siue alius in quem fuit translata, legitime repetere poterit, & solū quadrupli æstimationem fisco applicari debeat. ut probat expressē *d. l. 4. tit. 1. lib. 5. recop.* vbi sic: *Todo hōbre que es cabecelero, o guar da de guerfanos, o otro hombre, o muger qualquiera que sea, no pueda, ni deua cōprar ninguna cosa de sus bienes de aquel, o aquellos que administrar: y si las comprar publica, o secretamente, pudiendose prouar la compra que assi fue fecha, no vala, y sea desfecha, y torne el quatro tanto de lo que valia lo que comprò, y sea para nuestra camara*. Ecce decisio clara secundum quam æstimationem quadrupli, non vero ipsa res fisco applicatur: nec obstat *d. l. non licet*, iuxta quam res empta amittitur, & fisco applicatur, quia respōdetur, quod lex illa corrigi videtur per *d. regiam constitutionem*, quæ in hoc se mitius habuit cum tutore, seu administratore.

90 Sed hæc interpretatio, & solutio vera non videtur, tum quia lex illa regia seucrius, & acrius inuehit contra hos administratores, quibus nec clam, nec publice emere concedit (patet illic) *publica, o secretamente*) cuius contrarium decisum erat per *d. l. cum ipse*, iuxta quam tutoribus pupillorum licitum erat, res illorū emere, palam, & bona fide: quod hodie non licere attēta dicta regia constitutione, contra alios defendunt *Asened. in d. l. 4. num. 3. Dueñas regula 31. ampliatio. 8. Gom. tom. 2. var. cap. 2. num. 2. Padilla in l. transactionem, num. 7. ff. de transactionibus, Castillo in l. 23. Tauri, col. 18. Villalobos in antinomia iuris civilis, litera T. num. 21*. Tum etiam quia legum correctio semper est subterfugienda, *l. præcipimus, C. appellationibus, cum similibus*.

Quare verius videtur in terminis dictæ legis non licet non proponi vendentē contractum impugnare voluisse, nam si ille ipsam rem vendicare vellet, utique fiscum excluderet, prout fieri solitum videmus in quocunque contractu à minore nulliter celebrato, ut est expressum in *l. prædiorum* (illic) *dominium tibi persequere præses opem feret*. C. de prædijs minorū. aliās enim fauor minoris, & aliorum qui sub administratione degunt in odium illorum retorqueretur: contra *regul. text. in l. quod fauore, ff. de legibus*.

Idquē procul dubio transit, si res illa esset pupilli infantis, aut proximi pubertati, si enim in terminis illius *text.* res vendita, fisco semper applicaretur, utiq; hoc etiam locum obtinere deberet in quocunque contractu nomine infantis, aut pupilli, celebrato, sed hoc est falsum, & alienū ab æquitate, & à mente Iureconsultorum igitur prædicta solutio, & interpretatio verissima est, & ab ea in iudicando, & consulendo non recedendum consulo.

91 Sed nota, quod si minor, seu pupillus in hac specie rei vendicationem intentauerit aduersus creditores, & tamen probetur pretium conuersum fuisse in utilitatem illius, vel adhuc saluum esse, non aliter ei res illa restituenda erit quā si pretium tradiderit. prout regulare est in alijs casibus in quibus fisco ius est quæsitum, *l. auferitur, ff. de iure fisci*. Ratio est, quia cum de iure fisci nullus possit opponere præter fiscum, glossa recepta in *l. his consequenter, §. 1. ff. familiæ exerciscunde*. Baldus consil. 480. num. 4. Peregrinus de iure fisci, lib. 3. tit. 19. in fine.

de priuil. credit. resolut. & extinct. iur. hyp;

ne. Dominus Ioannes Baptista de Larrea de-
cis. Granat. 95. num. 9. Si minor rem pe-
tat, possunt creditores opponere, ut
prius restituat pretium conuersum in il-
lius utilitatem, iuxta text. in l. vtere. C. de
præd. min. quâuis si fiscus opponatur credi-

toribus in pretio præferendus erit: expli-
cat Barbosa in l. 1. C. de præscrip. 30. vel
40. ann. nu. 119. & in l. 1. §. part. ff. sol. mat.
num. 38. de quo vide quæ dixi infra am-
pliat. 3. ex nu. 34. eadem regul.

S V M M A R I A.

- 1 Regula prima ampliatur aduersus credi-
tores qui hypotecam habent in re vendi-
ta cum pactis de retronendo legis commis-
soria, & additionis in diem.
- 2 Resolutio quæ decedit consignato pretio
allata meliori conditione, aut si pretium
intra statutum tempus non solvatur do-
minium absque traditione in venditorẽ
retransferri arguitur.
- 3 Ex pactis resolutiuis verbis præcipue ob-
liquis conceptis actio personalis tantum
resultat.
- 4 Quibus verbis pacta de retronendo addi-
ctionis in diem & legis commissoria con-
cipi solent ostenditur.
- 5 Pactum legis commissoria in renditione
licet cum pacto inter emphiteutam &
dominium directum cõtracto aliquam si-
militudinem habeat, nullam tamen cum
pacto in pignoribus similitudinem præ-
se fert.
- 6 Verba quibus pacta resolutiua concipi-
untur aut sunt directa obliqua, aut com-
munia.
- 7 Quæ sint directa, tam in substitutioni-
bus, quàm in prædictis pactis ostendi-
tur.
- 8 Quæ verba obliqua sunt explicatur.
- 9 Verba communia sunt quæ ad utrumq;
sensum trahi possunt.
- 10 Si pactum de retro concipiatur verbis di-
rectis consignato pretio non debetur ga-
bella secus si verbis obliquis.
- 11 Si pacta de retro verbis directis conci-
piantur consignato pretio meliori condi-
tione allata, aut si pretium statuta die nõ
offeratur dominium in venditores retrã-
fertur diuersum erit si verbis obliquis
conciplantur, quia actio personalis re-
sultat.
- 12 Excitatur quæstio vtrum in pactis legis
commissoria, & additionis in diẽ trans-
feratur dominium absque traditione.
- 13 l. si quis hac & l. si ex duobus. §. sed;
& pro parte affirmatiua adducuntur.
- 14 Venditio quemadmodum in conuento
supponit detentionem sic in agente do-
minium probat.
- 15 Inducitur pro eadem sententia l. commis-
soria 4. C. de pactis inter emptorem.
- 16 Contraria sententia ostenditur.
- 17 Nulla lex specialis reperitur quæ pactis
resolutiuis conceßerit ut absque traditio-
ne dominium retransferatur.
- 18 Inreconsultis nequaquam licet specialita-
tes constituere.
- 19 Natura actionis redhibitoria exigit ut
per eam cogatur venditor pretium sol-
uere.
- 20 Resolutio contractus eiusdem naturæ
esse debet cuius & ipse contractus.
- 21 Refertur solutio Alciati lib. 1. parergon
cap. 25.
- 22 Explicatur l. si mortis. ff. de donat. causa
mortis.
- 23 Alciatus nullam ponit vim in forma ver-
borum, quibus pacta resolutiua conci-
piuntur, sed tantum in mente contrahen-
sium.
- 24 Assignatur secunda sententia quare in
his pactis dominium absque traditione trãs-
fertur.
- 25 Refertur intellectus Minchacæ vsus fre-
quentium, cap. 69. num. 5.
- 26 Alciati intellectus refutatur.
- 27 d. l. si mortis. ff. de donat. non probat in
domi

- don autem dominium retraheretur;
- 28 Bartoli, & Tiraceli. & sequatium intellectus circa predicta rejicitur.
- 29 Explicatur lex nam ad ea ff. de legibus.
- 30 Cohærentia contractus dominij retranslationem operari non potest.
- 31 Assignatur verus intellectus ad argumenta aduersus venditorem ponderata.
- 32 Idcirco dominium in predictis pactis retransfertur sine traditione, quia usus, & praxis hoc recepit.
- 33 Explicatur glossa in, l. 1. ff. de inofficiis dotibus.
- 34 Dominium in venditorem absque traditione, non transfertur, si pacta hæc verbis obliquis celebrentur.
- 35 Couar. constituit differentiam inter pactum legis commissoriae, & additionis in diem, ut in uno sufficiant verba obliqua, in alio vero non.
- 36 Sententia Couar. rejicitur.
- 37 Expacto de retrouendendo consignato pretio sola actio personalis venditori competit.
- 38 Nemo uti potest actione personali ad rem propriam consequendam nisifurtiuam conditionem intentauerit.
- 39 Speciale est in pactis legis commissoriae, & additionis in diem ut dominium in venditorem transferatur.
- 40 Lex regia. 42. tit. 5. part. 5. pro hac sententia ponderatur.
- 41 Expacto de retrouendendo verbis directis concepto consignato pretio dominium in venditorem regreditur, ex Pauli responso in, l. voluntate. §. ult. ff. quibus modis pignus vel hypotheca.
- 42 Text. in l. si cum venderes pro eadem sententia applicatur.
- 43 Arguitur in fauorem huius sententiae ex text. in, l. 1. §. 1. ff. de donat causa mortis.
- 44 Eadem ratio quæ consideratur in pactis, legis commissoriae, & additionis in diem ad hoc, ut dominium in venditorem transferatur, eadem versatur in pacto de retro ad predictum effectum.
- 45 Plures Doctores pro ista sententia memorantur.
- 46 Ad ducitur responsum ad primum argumentum.
- 47 Casus de quo in l. 2. C. pactis inter emptorem, & vendit conceptus fuit verbis obliquis.
- 48 Dispositam in pactis legis commissoriae, & additionis in diem circa dominij retranslationem ad pactum de retrouendendo ex rationis identitate porrigi, & extendi debet.
- 49 Hypothesis de qua supra circa creditorum concursum verissima est, & ideo semper venditores cum pacto de retro additionis in diem aut legis commissoriae verbis directis concepto vniuersis creditoribus pro re ipsa preferuntur.
- 50 Proxima resolutio ampliatur etiam si pacta concipiantur verbis obliquis, adhuc enim quamtuncunque actio personalis competat venditores aduersus creditores hypothecarios dominij pralatione funguntur.
- 51 Ampliatur secundo etiam si res vendita interim possessorem translata reperitur.
- 52 Intelligitur præcedens ampliatio in pactis verbis directis conceptis, secus si pacta per verba obliqua concipiantur.
- 53 Declaratur nisi in predictis pactis verbis obliquis conceptis ad sit expressa prohibitio, de non alienando præmissa ad hoc rei vendita hypotheca.
- 54 Intelligitur proxima declaratio in hypotheca speciali secus in generali.
- 55 Contraria sententia pungitur.
- 56 Explicatur antecedens declaratio.
- 57 Declaratur etiam nisi emptor debitorem interpellauerit.
- 58 Resolutio principalis, de qua supra nedi procedit in dominio rei venditae, sed etiam in fructibus ab illa perceptis, in eis enim venditores cum predictis pactis tamquam domini vniuersis creditoribus præponuntur.
- 59 Excitatur questio verum venditori cum pacto de retro oblato pretio restituendi sint fructus à tempore oblato pretij, & pars affirmatiua pungitur ex l. Iulianus, §. si fructibus, ff. de actionibus empti.

de priuilegio credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

- 60 Fructus regulariter ad dominum pertinent.
- 61 Contraria sententia aduersus creditores adducitur.
- 62 Text. in l. fructus, C. actionibus empti aduersus creditores ponderatur.
- 63 Usura in contractibus stricti iuris veniunt à tempore litis contestatae.
- 64 In contractibus bonae fidei veniunt à tempore morae.
- 65 Definitio morae ostenditur.
- 66 Assignatur sententia quae decedit fructus pro rata diuidendos esse inter empt. & vendit.
- 67 Cumanus hanc diuisionem defendit.
- 68 Ias Cumanum reprehendit.
- 69 Bonae fidei possessor regulariter fructus suos facit.
- 70 Cumani sententia admititur.
- 71 Assignatur intellectus ad l. 2. C. pactis inter empt.
- 72 Vera resolutio circa diuisionem fructuum demonstratur.
- 73 Assignatur responsum ad iura pro vera quae parte adducta.
- 74 Quaestio supra tacta ad materiam concursus credit reducitur.
- 75 Excitatur quaestio verum in pacto de retro ad acquisitionem fructuum sit sufficiens obligatio, aut ulterius requiratur depositio, & consignatio.
- 76 Text. in l. 2. C. pactis inter empt. adducitur.
- 77 Contraria sententia ostenditur.
- 78 Pro qua inducitur text. in l. si a te. C. pactis inter emptorem.
- 79 Concordia Bartoli assignatur.
- 80 Haec concordia rejicitur.
- 81 Multum est attendendum ad formam verborum quibus haec pacta concipiuntur veluti si dicatur restituito pretio, aut tantum oblato.
- 82 Contractus ultra intentionem contrahentium operari non debent.
- 83 Assignatur intellectus ad l. 2. C. pactis inter emptorem.
- 84 Et ad text. in l. si a te. C. de pactis inter emptorem & venditorem.
- 85 Circa fructus legis commissoriae, & ad dict. in diem contrahentur.
- 86 Verum pactum de retrouendendo triginta

- ta annorum spatio praescribatur differitur.
- 87 Emptor cum sciat se obligatum reddere in mala fide constituitur, & per consequens praescribere non poterit.
- 88 Contraria sententia ostenditur.
- 89 Pars quae docet pactum de retrouendendo praescribi posse admititur, & contrariis respondetur.
- 90 Haec sententia declaratur.
- 91 Differitur, & discutitur utrum si in pacto de retro adiciantur verba praegnantia, hoc est, ut quocumque tempore, vel semper redimi possit praescriptioni triginta annorum locus sit.
- 92 Cap. 1. de in integrum restitutione pro parte affirmatiua ponderatur.
- 93 Dicta lex secunda C. pactis inter emptorem pro negatiua consideratur.
- 94 Communis quae habet ut in praedictis terminis praescriptioni locus sit admititur.
- 95 Superior resolutio ne dum procedit in vendito, sed in eius cessionario.
- 96 Verum pactum de retrouendendo a minore contractum sit obseruandum, affirmatiue resolvitur.
- 97 Text. in l. 1. §. fin. ff. de rebus eorum remissive.

Venditores qui rem vendiderunt, adiecto pacto de retrouendendo, ad dictionis in diem, aut legis commissoriae; quando consignato pretio, aut si aliàs melior conditio sit allata, pretiumue statuto tempore non offeratur resolutis hypothecis super ipsa re medio tempore legitime contractis in concursu antefferri debeant: quid pro fructibus ipsius rei pendebus, an pretij consignatio sufficiens sit, vel ulterius requiratur depositio, & consignatio, quo tempore communis debitor, vel creditores ex illius persona huiusmodi pacta praescribere possint, omnibus numeris diligens, & absoluta disputatio.

AMPLIATIO SECUNDA.



AMPLIATUR
secundo, regula
superior, ut pro-
cedat, & habeat
locum aduersus
creditorum qui
hypothecam spe-
cialiter, aut ge-
neralem contra-

1 xerunt in re vendita cum pactis de retrou-
dendo, legis commissoriae, & additionis
in die, quia resolutis hypothecis super ip-
sa re sic vendita contractis, l. si res, ff. quibus
modis, l. sic ex duobus, §. sed & Marcel. ff. de
in die addit. l. lex reftigali, ff. de pignori
Mantica de tacitis, & ambig. lib. 1. tit. 31.
num. 23. Hermosilla in l. 67. tit. 5. part. 5.
glosa 1. num. 6. Felic. de censibus lib. 2. cap.
4. num. 14. Dominus Ioannes Baptista de
Larrea decis. Granat. 76. num. 5. Fontanella
de pactis nup. tom. 2. claus. 5. glos. 8. part. 3.
num. 72. Gab. consil. 76. vol. 1. Surdus de ali-
mentis tit. 9. quest. 42. nu. 4. Cald. de empt.
& vendit cap. 28. num. 21. Noguerol allegat.
11. num. 109. Gom. tom. 2. var. cap. 2. num.
30. oblato pretio meliori conditione. alla-
ta, aut si pretium in lege commissoria non
offeratur, dominium in venditores re-
transfertur, l. ult. ff. de re commissoria l. si
quis hac 42. ff. de reuendicatione, l. volunta-
te, §. ult. ff. quibus modis pignus, vel hypo-
theca, & in d. §. Marcellus, l. 38. 39. & 42.
tit. 5. part. 5. & consequenter causa illorum
in concursu tanquam dominij preroga-
tina innixa, ceteris melior, & prior e-
rit, quod autem hi tanquam domini in
concursu resolutis hypothecis preferen-
di sint, probant in specie Cald. d. cap. 28.
num. 21. Noguerol d. allegat. 11. num. 109.
ubi ex ponte consil. 55. asserit, credentem ad
redemptionem fundi alienati cum pac-
to de retrouendendo, praeferrunt omnibus cre-
ditoribus anterioribus, Gom. d. cap. 2. nu.
30. cum traditis per Grat. discept. forens. tom.
4. cap. 616. num. 7. Hermosilla in d. l. 67.
glosa 1. num. 6. & 7. Garcia de hypotheca
post contractum, nu. 2. & 3.

2 Ceterum superior ampliatio, & reso-
lutio dum decidit post purificatam con-
ditionem in illis pactis dominium in ven-
ditores retrahendi, non semper vera est,
si praesertim non verbis directis, sed obli-
quis huiusmodi pacta concipiuntur: re-
pugnant enim pleraque Iureconsultorum

responsa, ex quorum mente deducitur;
ex pactis verbis obliquis conceptis, qui-
nimo & aliquando ex directis in pacto
de retrouendendo actionem tantum per-
sonalem ad rem tradendam resultare, in-
ter hos enim casus longam dari differen-
tiam, diuersosque oriri effectus ex eo co-
3 stabit, nam si huiusmodi pacta verbis di-
rectis emittantur, quo casu consignato pre-
tium meliori conditione allata, aut in co-
missoria pretio statuto tempore non ob-
lato, dominium in venditores absque tra-
ditione retransfertur, ut insinuant iura
supra adducta, & Doctores quorum infra
mentio fit vera est superior ampliatio, &
resolutio dum probat venditores in con-
cursu praeferrandos esse cum resolutis hy-
pothecis, & propter virtutem, & effica-
ciam horum verborum dominium in illos
retranslatum, eis rei venditio competat
secundum magis receptam, & commu-
nem sententiam, quam tuerentur Docto-
res memorati infra num. 12, quod si pac-
ta verbis obliquis concipiuntur, qua in
specie dominium in venditores retrans-
latum non intelligitur, sed emptor actio-
ne personali ad rem tradendam, seu in
illius defectum (quia in tertium fuit ab
eodem translata) ad interesse tenetur, iux-
ta ea quae tradit Cagnolus in l. 2. C. pactis
inter emptorem, & venditorem num. 129.
Consequens erit, ut hypotheca credito-
rum, super his rebus constituta, his ven-
ditoribus, actione personali tantum inni-
tentibus in concursu anteponi debeat, iux-
ta regulam text in l. eos, C. qui potiores in
pignore habeantur. quod expresse adnite-
re videtur Cumanus in d. l. in diem, Fulg. in
d. l. si res quos refert Pinelus in l. 2. C. rescin-
denda venatione, 2. part. cap. 3. nu. 15. ubi
quod cum in his pactis, actio realis poten-
tior sit, quam personalis, reali personale
cedere debere: ex quibus sat constat pra-
dictam ampliationem, sic indistincte ac-
ceptam, securam non esse, praesertim si de-
bitor communis tertius possessor esset ad-
uersus quem actio personalis non trans-
greditur, l. fin. §. fin. de contrahend. empt. l.
1. §. si heres ad Trebel. cum multis simili-
bus.

4 Quapropter ad veram praesentis dubij
solutionem, & ut materiam istam, quae
paucis tibi non ita perita erit, enuclea-
tius deinceps percipias, nonnulla circa
hac pacta resolutiua ad illorum perfec-
tam cognitionem necessaria, videlicet,
quae sint verba directa, quae obliqua, quae

de priuilegio crediti. resolut. & extinct. iur. hyp.

communis, quosque effectus, in iure producat, primo prelibare, & annotare oportet.

Et primo premitendum est, venditionem à principio legitimè celebratam, per tria potissimum conventionum genera, licite posse resolui, quæ pacta resolutionis nuncupantur: nempe, per pactum de retrouendendo, cuius forma sic concipitur, *Vendo, eo tamen pacto, & conditione, ut si infra decem annos pretium obtulerò, re restituas*: ut in d. l. 2. C. de pactis inter emptorem, & venditorem, l. 4. tit. 5. part. 5.

Si vero hoc pactum verbis directis concipiat, sic, ut *Si infra decem annos pretium tibi offeram, res sit inempta*.

Pactum additionis in diem, de quo in l. 1. & 2. & per totum ff. de in diem additio ne. & in l. 40. tit. 5. part. 5. quod sic concipitur: *Vendo tibi domum pro centum, hoc adiecto, quod si aliquis mihi infra mensem meliorem conditionem attulerit, res sit inempta*, aut si verbis obliquis concipiat, *domum restituas*. Pactum denique legis commissoriae, de quo in l. 2. 3. & 4. §. eleganter ff. de lege commissoria. & in l. 38. tit. 5. part. 5. cuius forma sic concipitur, *Vendo tibi rem pro cento, & quia illa mihi ad praesens non soluis pactum appono, quod si infra annum non soluis, res sit inempta*: aut si verbis obliquis, *rem restituas*: & hoc pactum, licet aliquam similitudinem habeat cum pacto adiecto à domino directo, ut si emphiteuta debito tempore pensionem non persoluat, in commissum cadat: ut in l. 2. C. de iure emphit. l. 28. tit. 8. part. 5. Nullam tamen habet similitudinem cum pacto legis commissoriae in pignoribus improbatum, quo creditor qui pignus accipit, cum debitore pasciscitur, ut ni intra certum tempus debitum soluat, pignus sibi vendicatum maneat pro debito, de quo in cap. significare de pignoribus l. ultima, C. pactis pignorum, l. 41. tit. 5. part. 5. notat Pinclius in l. 2. C. resc. part. 2. cap. 1. num. 17.

Secundo premitendum est, quod verba quibus huiusmodi pacta concipiuntur, aut sunt directa, obliqua, aut communia, verba, quæ apud utriusque iuris professores directa nuncupantur, sunt illa quæ alterius ministerio non indigent, veluti si in substitutionibus dicatur, *instituo, heres esto, assigno, dominus esto, adiudico, acreseat, capiat, reuertatur, moriatur, & similia*, de quibus Bart. in l. centurio ex num. 43. ff. de vulgari, Costa in cap. si pater de testam. in 6. in verbo moreretur, &

num. 7. Molina de primogenijs Hispa. lib. 1. cap. 14. & num. 2. Cald. in l. si curator. verbo sua facilitate, ex num. 53. C. restit. in integrum, Couar. in cap. Rainutius. §. 9. num. 5. de testam. Vasconcel. & cabed. diuersorum argument. lib. 1. cap. 7. num. 7. Michael Craß. receptarum sententiarum de success. ex testam. & ab intestato. §. substitutio, quest. 4.

In predictis vero conventionibus, illa, si alius meliorem conditionem attulerit: vel si intra certum tempus pretium non persoluat, aut si alias in pacto de retro, pretium restituatur, res sit inempta, vel si quocunque tempore pretium reddatur, venditio resoluitur, de quibus in l. & si fundus 4. ff. de lege commissoria, Alexander Trêtancinque variar. resolut. 10. tit. de empt. & vendit. num. 22. Couar. lib. 3. var. cap. 8. num. 1. qui ulterius subdit. Illa quoque in predictis conventionibus directa verba censerem, quæ ipso facto resolvunt celebratas dispositiones, veluti si dicatur ipso iure, ipso facto, & similia, subscribunt Cald. de empt. & vendit. cap. 23. nu. 13. Felio. de censibus lib. 1. cap. 6. nu. 6. Dñs Ioannes Baptista de Larrea de cis. Granat disput. 42. num. 16.

Verba obliqua sunt illa, quæ factum, seu ministerium alterius exigunt: prout sunt, reddatur, restituatur: detur, reddat, & similia, Molina, Craßus, Vasconcel. & Couar. in locis paulo ante citatis, glos. verbo mortis, Bart. Angel. Paul. & alij in l. 1. ff. de donat. Tiraquel. de utroque retractu, tit. 1. §. 1. glossa 2. num. 17. Trentancinque ubi supra num. 23. Mantica de tacitis, & ambiguis conuent. lib. 4. tit. 28. num. 13. Dominus Ioannes Baptista de Larrea proxime nu. 16.

Verba communia dicuntur illa, quæ ad utrumque sensum trahi possunt; nempe, vel quod quis capiat de manu datis, vel tertie personæ: ut, ita, vel nullius, vel alterius ministerium requiratur ad sui consummationem, ut est verbum reuertatur, quod æquè propriè stat sub directa, vel obliqua significatione, Guillelmus Benedict. in d. cap. Rainutius 2. part. verbo eidem impuberi. num. 14. vel si dicatur, substituo, deueniat, succedat, habeat, transeat: de quibus Molina ubi supra lib. 1. cap. 14. nu. 11. Couar. d. §. 9. num. 5. Craßus d. §. substitutio, num. 12. quibus adde verbum, deuoluatur, de quo Bart. in l. 2. de alimentis, & eibarj legat. communem dicunt Ripa, & Socinus in d. l. centurio, num. 54. subscribit Craßus ubi proxime num. 11. pertineat, de quo Bart. in d. l. centurio, num. 19. compete

cat, ut per Angel. in l. precibus, num. 12. C. in pub. & alijs, perveniat, iuxta Bart. in d. l. centurio, num. 26. potatur, tradit Imola in d. l. centurio, num. 26. relinquo, de quo Bart. in l. his verbis, num. 8. ff. de heredibus instit. remaneat, idem Bart. in d. l. centurio num. 51.

Tertio prælibandum est inter ea pacta quæ in præfatis conventionibus verbis directis concipiuntur, & illa quæ verbis obliquis emittuntur longam dari differetiam, diuersosque in iure nostro produci effectus, inter quos ille primo connumeratur, nam si huiusmodi pacta verbis obliquis concepta fuerint, adueniente conditione, cõsignato pretio, aut aliàs allata, meliori conditione, erit novus contractus, secus si per verba directa contractus extiterint, quia nõ erit novus contractus, sed distractus, atque ita in priori casu debetur gabella, non sic in secundo, **10** *Parladorus lib. 1. rerum quotid. cap. 3. §. 4. num. 1. cum sequent. Matien. in l. 7. glossa 3. num. 24. 21. & 22. tit. 1. lib. 5. recopilat. Gironda de gabellis 5. part. in princ. nu. 29. Melchor Phebus decis. Lusitana 24. num. 16. Felic. d. cap. 6. nu. 4. Gut. de gabellis, quest. 10. num. 10.*

Secundus effectus præcipuus, & ad explicationem nostre ampliationis necessarius is erit, quia si pacta illa concipiantur verbis directis, purificatis conditionibus, dominium in venditores absque traditione transfertur, secus si pacta verbis obliquis sunt celebrata, quia tantum actio personalis resultat, notant *Gut. consilio 22. num. 7. & allegat. 27. num. 2. Noguerol. Dñs Ioannes Baptista de Larrea. Cald. & alij de quibus supra num. 1.*

His sic, pro huiusmodi pactis in genere præcognitis, iam ad illorum questiones in specie descendamus, in quibus primo de pacto legis commissoria, & addict. **11** in diem, secundo de pacto de retrovend. & denique de alijs quæst. ad materiam conducentibus erit agendum, & quoad primum pro nostræ ampliationis vera cognitione, & dubij excitati solutione erit inuestigandum utrum in pactis legis commiss. & additionis in diem verbis directis conceptis, allata meliori conditione, aut si pretium die prefixa nõ offeratur, dominium in venditores retrahatur dicatur, ut inde dignoscamus quo iure veditores in concursu sese defendere poterunt, pro cuius rei perfecta declaratione duo casus distinguendi sunt, aut

enim veditores aduersus creditores intantur in huiusmodi pactis verbis directis conceptis, aut innituntur in pactis verbis obliquis emmissis.

12 In priori casu ut scilicet dominium retransferatur in veditores in utraque conventionione, hoc est, in pactis legis commissoria, & additionis, verbis directis conceptis, probant *Bald. Salicet. & alij in l. ab emptione, ff. de pactis, glossa verbo non nudis, in l. traditionibus, C. de pactis. glossa verbo mortis, in l. 1. §. 1. ff. de donat. Bart. in l. si hominem, ff. de pactis, Cald. in d. l. tractatu de empt. & vendit. cap. 28. num. 20. & 21. & in l. si curatorem, verbo sua facilitate, num. 56. Dñs Ioannes Baptista de Larrea supra num. 16. & decisione 73. nu. 21. Gut. d. allegat. 27. num. 2. Matica supra lib. 4. tit. 29. num. 22. Barbosa in l. si mora, ff. sol. matrim. num. 69. Trentancinq. d. resolut. 10. num. 23. Felician. d. cap. 6. nu. 2. Gom. tom. 2. par. cap. 2. nu. 30. Minchaca lib. 3. quest. forens. cap. 69. nu. 5. Egidius in l. ex hoc in re, 2. part. cap. 12. differet. 5. num. 9.*

Quam sententiam in pacto additionis in diem verbis directis cõcepto probat text. in l. si quis hac (illic) non potest in rem actione uti. & in l. si ex duobus, §. sed, & *Marcellus, ff. de in diem additione.*

Id ipsum in pacto legis commissoria deducitur ex text. in l. ult. §. de lege. ff. de lege commissoria. quod in questione, quæ illic mouet Iurecõsultus, sat probat, quæ sane si ex pacto legis commissoria translatum non esset dominium, omnino esset inepta, cum enim illic à Iureconsulto interrogatum esset, utrum sub pacto legis commissoria fundum venditum liceret vendenti vindicare, quippe quod pretiũ statuto tempore solutum non proponebatur, ipsum reuendicare non posse decidit, ex eo quod emptor nil contra pactum venditionis commisit innuens contractum si constaret aliquid contra legem venditionis, cõmissum fuisse, & sic reuendicationem competere, quæ sane quæadmodum in conuento supponit detentionem, sic & in agente dominium probat text. in l. naturaliter, §. nihil commane, num. 91. ff. de acquir. possess. *Valase. cõsultat. 172. num. 12.*

14 Deinde eandem sententiam expressius probat l. commissoria 4. C. de pactis inter emptorem. cuius decisio ut melius, & euicidius deregi possit, præsupponendum est concessam esse à iure electionem venditori cum pacto legis commissoria, utrum

T

scilicet

de priuilegio crediti, resoluti, & extincti iuris hypothecae

scilicet potius velit pretium petere, aut pactum illud in iudicium deducere, l. 3. l. 4. §. *elegant*, ff. de lege commissi. unde si electio deficiat, venditori variatio non permittitur, habetur in d. §. *elegant*.

Quo prehabito in eadem lege commissorie deciditur, quod si post diem venditionis praestitutum elapsum, venditor potius velit usuras pretij petere, nequaquam poterit variare, & reuendicationem in iudicium deducere, atque ita aperte sentit ex praedicto pacto sic concepto, actionem reuendicationis competere.

16 At praedictam sententiam tot iuribus, & doctoribus constabilitam, oppugnant plurima illaque non leuia fundamenta; & in primis fortiter resistit sequens argumentum, aut pactum legis commissorie, & additionis in diem, dominij retranslationem ipso iure absque traditione operatur propter vim, & efficaciam alienius legis specialis, aut propter naturam pacti verbis directis concepti, etenim nil aliud excogitari potest, ex quo dominium quari possit venditori absque traditione aduersus omnes iuris civilis regulas.

17 Primum refellitur, si dicas, nullam reperiri legem specialem, quae huiusmodi pactis talem effectum, virtutem, & efficaciam indulserit, quod facile deprehendes si attentè legeris totos titulos, ff. de die in diem addicti, & de lege commissoriae, in quibus nullum rescriptum speciale inuenies, propter quod praedictis aliqua specialitas concedatur, sed sola Iureconsultorum responsa, etenim notissimum iuris principium est, & ubique in scholis receptissimum, quod licet Imperatoribus licitum erat specialitates indulgere contra iuris civilis rigorem, Iureconsultis tamen haec potestas restricta erat, ita ut solum ad propositas quaestiones secundum ius, & illius regulas responderent, non vero specialitates constituerent, §. *responsa instituta de iure naturali gent.*

18 Quo ad secundum patet, quia si ex ipsius natura, pactum illud praedictum effectum operaretur, sequeretur quod ubi pactum illud, illis verbis conceptum inueniretur, circa dominij translationem eundem effectum produceret: sed hoc non est verum, ut deducitur ex text. in l. si a te. C. de pactis inter empt. & vendit. (illic iure dominij retineat, & ex l. si praedictum. C. ad litem actionibus) (illic) rehibitoriam actionem competere palam est. Etenim natura actionis

rehibitoriae exigit, ut per eam cogatur venditor pretium solvere, & rem recipere nec rescindit venditionem ipso iure, l. cum autem. §. Iulianus. ff. ad litem edicto, Bart. in 1. num. 10. ff. de donat. Barbosa in d. l. si mora. num. 70. & nos infra dicemus igitur.

Tandem aduersus superiorem resolutionem urget, quod regulariter quando dominium ex aliquo contractu alicui quaeritur nequaquam retraheri potest abique noua traditione, ut per glossam communiter receptam in l. 1. C. in officiosis dotibus, quod sic constitui oportuit, ut contractus resolutio, eiusdem sit naturae cuius fuit idem contractus, ut post Alexandrum in l. ult. C. de legatis, num. 3. voluit Gom. in l. 40. Taur. num. 25. in fin. Barbosa in d. l. si mora, num. 69. Ex quibus constat, quantum periclitari debeant in consensu ius creditorum, & venditorum, cum huiusmodi pactis contrahentium, sed tu a priori sententia in fauorem venditorum non recedas, quae magis communis est.

Restat nunc ut his quae in contrarium adduximus, responsum assignemus, quae rentes rationem, ob quam in huiusmodi pactis dominium in venditores absque traditione aduersus creditores retrahitur.

Et principio Alciatus lib. 1. parergon, cap. 25. asserit dominij retranslationem, absque traditione ex mente partium, quam solum modo sufficientem esse, arbitratur dimanare potuisse, in quam sententiam inducit text. in l. si mortis causa 29. vers. si vero, ff. de donat. causa mortis. quo loco probari videtur, quod si aliquis Titio aliquam rem donauerit, causa mortis, pacto interposito, ut Titius illud redderet si donans conualuisset, quo casu adueniente conualescenti rei vendicatio competit, (inquit Alciatus) ex sola mente donantis illam reuendicationem competere donanti; quippe quod non aliter a se dominium abdicare voluit, quam si mors sequeretur, atque ita dominium ex conualescentia absque traditione in ipsum regredietur; quinimo & idem Alciatus in d. l. traditionibus, C. de pactis. nullam vim ponens in forma verborum, quibus praedicta pacta concipiuntur: (inquit) contrahentium mentem spectandam esse, & ita sufficere verba aequipolentia ex his quae a Iureconsultis legi commissorie ascribuntur, sequitur Couar. d. cap. 8. num. 1.

Alij vero in ea sunt sententia, ut propterea

24 retea existimant absque noua traditione in pactis legis commissorie, & additionis in diem dominium in venditores retransferri, quia horum contractuum magna est frequentia, arque ita hic effectus totus tribuendus sit frequentie illorum, non vero alicui legi speciali, neque illorum substantie, ita Bart. in d. l. 1. num. 10. & in l. penult. C. adilitijs act. receptus ex Ias. in d. l. ab emptione, num. 7. Tiraquel. de retract. conuent. §. 1. gloffa 7. num. 8. in qua sententiam inducit text. a nemine secundum ipsummet ad id expensum, in l. iuste 44. ff. de vsucap. in illis verbis (illic) propter assiduam comparationem seruo-

25 tum. Tertio loco Minchaca d. cap. 69. num. 5. arbitratur, quod huiusmodi pacta, predictam dominij retranslationem operantur propter coherentiam contractus emtionis, & venditionis, cui adiecta proponuntur, quamuis per se talem effectum operari non possint.

26 Verum enim vero cum bona venia dictum sit, predictae rationes plurimis laborant difficultates: & primo Alciatus ex eo confunditur, quia cum iure sit ubique receptissimum, nemini licere leges contraire, & aliquid contra eas disponere. l. non dubium. C. de legibus. l. nemo potest. ff. de legat. 1. Aliud requisitum praeter mentem partium concurrere oportuit, ut sic elideretur regula iuris, quae docet dominium absque traditione non transferri.

27 Nec obstat text. in d. l. si mortis. vers. si vero satisfit enim ex traditis per Conar. in rubrica de testamētis 3. part. num. 23. clarum in §. donatio. quest. fin. num. fin. Idcirco in terminis de quibus ibi competere donati actionem reuendicationis, quia data cōualescentia, peregrinatione, aut regressu a bello non potest dici in predictis terminis ius aliquod in donatarium translatum fuisse, arque ita cum dominium adhuc in persona donantis radicatum esset, iure optimo reuendicationem in iudicium deducere potuit, ex quo, dominium retranslatum fuisse in personam donantis nequaquam dici potest.

28 Sed & Bart. sententia, Tiraquel. & aliorum qui cum sequuntur, nullo modo placere potest, nam text. in quo illorum sententia innuitur, potius contra eosdē retorquetur, pater, si aduertas, quod text. ille duntaxat insinuat propter frequentiam emptionum utilitati publicae sic san-

ciri oportuisse, non vero frequentiam cōventionum, de qua ibi contra iuris regulas operari potuisse: licet enim in consensu sit, frequentiam cōventionum tempore debito praescriptum, rationique innixum aliquid contra ius statuere potuisse, ex vi cōsuetudinis, quae ex illis actibus resultare potuit: negamus tamen per se solam frequentiam praedictum effectum operari posse.

29 Nec praedictorum sententiam iuuat regula de iusta ex text. in l. nam ad ea. ff. de legibus, dum decidit leges adaptari ad eos casus qui frequentius accidunt; satis fit enim si dicas, quod licet regula illa verissima sit, exinde tamen nequaquam sequitur frequentiam per se solam vim legis obtinere si praesertim deficient requisita necessaria ad praedictam consuetudinem inducendam, & per consequens minime operari potuit, quod in praedictis cōventionibus dominium retransferatur, contra regulam l. traditionibus. C. de pactis, cum similibus: per quam etiam plane conuenitur ratio à Menchaca supra tradita: non enim coherentia contractus emtionis, & venditionis regulam illam elidere, aut infringere potuit absque lege speciali.

Itē praedicta traditio clarius conuenitur ex text. in l. 2. C. pactis inter emptorem & venditorem. quo loco Iureconsultus proponit pactum sub ea forma in venditione appositum fuisse, ut si illi res vendita restituenda esset quotiescunque venditor, vel illius heres pretium venditionis obtulissent, & tamē ex postfacto emptore legem contractus non adimplente, reuendicatio minime venditori conceditur, sed tantum actio ex vendito, seu praescriptis verbis, ut illic Iureconsultus docuit, unde verum non est dicere coherentiam cōtractus dominij translationem operari potuisse.

31 Idcirco omissis praedictis rationibus, ut melius, & certius praedictis satisfacias, dic contra strictam disputandi rationem admissam fuisse dominij retranslationem ex verosimili mente partium, ut alias voluit Alciatus, quae tamen per se sola sufficiens non erat ad operandum praedictum effectum, prout in simili respondent Iureconsulti in l. obtinuit, 3. ff. de condit. & demonstrat. l. si ita vulneratus, §. si, vers. multa. ff. ad l. Aquiliam. & ita receptum esse in huiusmodi pactis fatetur Barbosa in d. l. si mora, num. 69. post medium

de priuilegio crediti, resoluti, & extincti iuris hypothecae.

33 subscribit *Egidius supra num. 25.* sicque resolues prædictum effectum procedere propter usum, & praxim, quæ hoc admittit, vimque legis obtinet; non vero propter vim, & efficaciam ipsorum, neque propter aliquam legem specialem, quæ quidem nullibi reperitur.

Tandem ad glossam in *d. l. 1. ff. de inofficiis* responde doctrinam illius veram esse, nisi usus, & praxis recepta aliud introduceret, & hæc circa primum casum de pactis legis commissoriae, & additionis in diem verbis directis conceptis dixisse sufficiat, ex quo in concursu proculdubio in fauorem venditoris aduersus omnes creditores hypothecarios, & priuilegiatos concludendum erit.

34 Quod vero attinet ad secundum casum, quando scilicet pacta illa verbis obliquis sunt celebrata, dicendum videtur dominium nequaquam retransferri, nec consequenter venditores creditoribus hypothecariis præferendos esse, quia scilicet resultat actio personalis, quæ reali cedere debet, *l. eos. C. qui potiores.* & in specie quod dominium non transferatur, probat post glossam in *d. l. 1. ff. de donationat. Bart. & Paul. Alexand. in l. Pöponius. §. præterea. ff. de acquir. possess. col. fin. Gom. supra num. 30. vers. item Cald. d. cap. 28. num. 24.* quamvis contrarium censisse videatur *Couar. d. cap. 8. num. 1. vers. secundus casus.* quatenus differentiam constituit inter pactum additionis in diem eisdem verbis celebratum, ita ut primus casus domini translationem nequaquam operetur, quia scilicet verbis directis non fuit celebratus, ut supra cum communi resolui, & probat expresse text. in *l. 3. C. pactis inter emptorem, & venditorem.* secundus vero, & sic pactum additionis in diem prædictum effectum operetur, quamuis verbis obliquis concipiatur, per text. in *d. l. si quis hac,* quo loco cum Iureconsultus ageret de pacto additionis in diem, verbis obliquis concepto, utens verbo obliquo (illic) *recedatur*, affirmat emptori reuendicationem non cedere, quia scilicet dominium fuit translatum in venditorem absque traditione, subscribunt *Minchaca, d. cap. 69. nu. 2. & 3.* & alij quos refert *Cald. d. loco.*

35 Sed hæc resolutio doctissimi præfatis, & sequatim nequaquam placere potest, quia verbum *recedatur*, quo utitur Iureconsultus in *d. l. si quis hac*, obliquum non est, sed directum, ut sat colligitur ex

l. 2. ff. de in diem additione. quo loco glossa æquiparat verba hæc, res sit empta, vel discedatur ab emptione, quod etiam bene colligitur ex *l. ab emptione, verbo recedi,* iuncta glossa eodem verbo, ubi eadem ferre verba inueniuntur. *C. quando liceat ab empt. discedere.* atque ita sat concluditur prædictam sententiam veram non esse, quæ etiam ex eo corrumpitur, quia inter utrūque pactum nulla potest considerari ratio differentie, utrum autem differentia inter verba obliqua, & directa vera sit, quo ad effectum retransferendi dominium tantum, vel etiam nulla detur, quo ad resolutionem hypothecarum, in qua specie is secundus casus dubius redditur. vide infra eadem ampliatione num. 9. ubi hic casus aptius resoluitur.

37 Circa vero pactum de retrouendendo, utrum si illud concipiatur verbis directis consignato pretio dominium in venditorem absque traditione retranslatum dicatur, ut sic creditoribus præferatur: magis ardua questio, erit circa quæ, ut inquit *Felicianus d. lib. 1. c. 6. n. 10.* summi iuris vertices sic dimicant, ut illorum pugna usque hodiernam diem non conquiescat: in qua pars negatiua quæ docet ex huiusmodi pacto prædictis verbis directis concepto, dominium consignato pretio in venditorem non transferri, & consequenter creditorum causam fouendam esse, probatum videtur ex text. optimo in *l. penultima, C. ad litem actionibus.* ubi proponuntur verba directa, & tamen ibidem deciditur competere redhibitoria: per quam certum est non resolui contractum ipso iure, sed tantum competere actionem ad rem tradendam, & sic actionem personalem tantum. *l. cum autem §. Iulianus. ff. ad litem editio notat Barb. in d. l. si mora. num. 70.*

38 Secundo in fauorem creditorum expendi potest. *d. l. 2. C. pactis inter emptorem.* dum in his terminis venditori solum concedit actionem præscriptis verbis, vel ex vendito, quæ quidem actiones personales sunt, & tunc sic arguitur, nemo potest uti actione personali ad rem propriam consequendam nisi furtiuam conditionem intentauerit, quæ in odium furis specialiter domino cõceditur, *l. vltima in fine. ff. de usufructu quemadmodum, §. si itaq; institut. de actionibus tradit Felicianus ubi supra nu. 10.* igitur cum *d. l. 2.* concedat vnã, aut alteram personalem actionem, consequens fit, in venditoris trans-

translatum nō fuisse dominium rei venditæ.

39 Tercio creditoribus adstipulatur, quia speciale est, & usu receptum in pactis legis commissorie, & additionis in diem, ut dominium in venditorem retransferatur, quia sine lege dominium absque traditione adquisiri non potest, ut alias favore speciali ecclesiæ absque traditione ex contractu dominium transfertur, *l. fin. C. sacrosanct. eccles. communis ex Conar. lib. 1. var. cap. 14. num. 14. Cald. de extinct. emphit. cap. 6. num. 2.* Sed non reperitur lex, neque usus proponitur, qui in pacto de retrovendendo quamvis verbis directis concipiatur obseruet, dominium sine traditione in venditorem 43 regredi, igitur.

40 Quarto pro negativa neotericorum triponderare solent regiam constitutionem, de qua in *d. l. 42. tit. 5. part. 5. in fin.* in quantum dicit, quod resoluta venditione ex pacto de retro, si emptor rem apud se retineat precise tradere cogatur sin vero illam non habeat, venditori ad interesse sit restrictus: ergo clare præsupponit actionem tantum personalem resultare, non vero rei vindicationem, & hanc sententiam post Bart. Salicet. Aretin. & alios quos refert Felic. ubi supra n. 10. defendit Bar. in *d. l. si mora, n. 69. in fin.* subscribunt plures quos refert Conar. d. cap. 8. n. 2. commanē dicit Gom. tom. 2. var. c. 2. n. 29. plures etiam pro hac parte refert Mant. ubi supra lib. 4. tit. 32. num. 45. Tiraquel. de retractu conventionali, glos. 9. §. 1. n. 12. Cald. supra num. 22.

41 Pars affirmatiua, & sic aduersus creditores suaderi videtur ex Pauli responso in *l. voluntate. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca (illic) dominium ad venditorem reuertitur* & (ibi) sed in pristinam causam res reddit resoluta venditione) cum ergo oblato pretio ex pacto de retro, verbis directis concepto, venditio resoluitur, fit consequens in pristinam causam rem reddere, ac subinde in venditorem dominium retranslatum absque traditione: aliter enim dici non posset dominium in pristinam causam reddere.

42 Secundo hæc pars ducitur ex text. in *l. si cum venderet. ff. de pignorat. actioe*, ubi dicitur, quod si creditor cui a debitorē res fuerat pignori obligata, debito sibi non soluto, alteri vendiderit, hoc pacto, ut si debitor soluerit precium emptori, liceret ei rem suam accipere, obla-

to pretio rem illam vēdicare posse, cui consequens est ut statim dominium in ipsum debitorem transferatur: igitur idem dicendum erit in pacto de retrovendendo, nempe ut venditor possit oblato pretio rem suam vendicare.

Tercio prædicta sententia fulcitur ex quadam generali ratione, quod ceterumque pactum resolutiuum habet vim legis commissorie, ipso iure dominium retransferatur in venditorem, sed ubi pactum de retro verbis directis concipitur resolutiuum est, habetque vim pacti legis commissorie: igitur, noua traditio necessaria non est: maior suadetur ex text. in *l. 1. §. 1. ff. de donat. ubi donatio dicitur, quæ sub conditione resoluitur, qualis est mortis causa donatio: sane donatio causa mortis eius est natura, ut superueniente donantis conualescētia, dominium absque traditione reuertatur ad donatē: l. si mortis causa 14. (ibi) fundum vendicantis. ff. de donat. mortis.* Cum ergo conditio, seu pactum resolutiuum eundem habeat effectum quoad dominij translationem, quam donatio causa mortis stante conualescentia: fit consequens, illud esse proprium, ac commune pactis resolutiuis quando verbis directis concipiuntur, ut dominium retrāsfertatur, glos. verbo mortis, vers. idem notat in d. §. 1.

44 Tandem iuuat, quod in pactis legis commissorie, & additionis in diem, si verbis directis concipiuntur, dominium in venditorem retransferatur, ut supra cum communi resolvisi, at qui eadem ratio est in hoc pacto de retrovendēdo, quod favore venditoris interpositum est: ergo eadē debet esse iuris dispositio: iuxta text. in *l. illud. ff. ad legem Aquil. l. his solis, C. renoc. donat. Surdus decis. 276. n. 20. Gutier. pract. lib. 3. quest. 17. num. 308 Grat. discept. forens. tom. 5. cap. 918. num. 90.* Nam ex pacto legis commissorie, & additionis in diem dominium retrāsfertur sine traditione, contra regulam *d. l. traditionibus*, quia in usu quotidiano, & praxi versantur, ut dicit Bart. in *d. l. 1. ff. de donat.* sed hoc pactum vñ frequentius est, ergo maiori favore dignū erit, *Egid. d. cap. 12. differēt. 5. num. 14. in fine* (ubi sic) Dico igitur dominij retranslationem ex pactis omnibus resolutiuis per verba directa conceptis æque procedere quam specialiter in pactis legis commissorie, & additionis in diem leges tradiderunt propter frequentiorē istorum pactorum usum, ex quo quod in

de priuilegio crediti, resoluti, & extincti iuris hypothecae.

his scriptum legimus in l. commissoria, C. de pactis inter emptorem, & venditorem, et in l. si quis hac. ff. de reuendicatione in alijs eiusdem iuris, & rationis esse negatum asserere non dehemus. Et hanc sententiam post glos. in d. §. 1. Cuman. Paul. Alexad. Cin. Bald. Dec. Boer. Rub. & alios, quos refert, et sequitur Conar. d. cap. 8. num. 2. in fin. Dñs Ioannes Baptista de Larrea supra disput. 42. num. 16. Cald. d. cap. 28. num. 2. circa fin. plures pro hac parte refert, & sequitur Matica d. tit. 32. num. 66. Gom. d. cap. 2. num. 30. ubi in specie creditorum hoc ipsum proficitur, refert, & sequitur Cald. d. cap. 28. num. 21. Noguero. d. allegat. 11. nu. 109. Grat. discep. 616. num. 7. Gut. consil. 27. num. 2. Minchaca d. cap. 69. num. 8. Felic. num. 10. Greg. Lopez in d. l. 42. verbo, deue pechar. Didacus Peres in l. 1. tit. 2. lib. 8. ordinamēt. pag. 40. colum. vlt. Sicq; in nostra specie aduersus creditores concludendum erit in fauorem venditoris, cui argumenta in contrarium adducta nihil officiant.

46 Non primum ex d. l. pen. respondetur enim, quod actio redhibitoria illic datur emptori resoluta venditione, ad hoc vt venditor cogatur rem accipere, & pretium ipsi emptori restituere obseruant Conar. & Felic. diffis locis.

47 Non secundum ex d. l. 2. nam is text. ad terminos nostrę quæstionis adaptari non potest: loquitur enim in pacto de retrouendendo verbis obliquis concepto, at species casus propositi multū differt, in quo de pacto emissio verbis directis controuertitur.

48 Non tertium, de specialitate pactorū legis commissorie, & additionis in diē: facit enim eandem specialitatis rationem in hoc pacto considerandam esse quando fuit conceptum verbis directis, vt habes supra in quarto fundamento per Egid. d. num. 24. nequē ista extensio, sed comprehensio, vel interpretatio intellectiua dicitur, vt in l. his solis. C. reuocatis donat. Bald. in l. omnes populi, ff. de iustitia, & iure, num. 25.

Ad vltimum ex l. 4. 2. respondetur, constitutionem illam loqui in pacto verbis obliquis emissio, prout communiter hoc pactum concipi solet, vt videre licebit ex illius contextura (illic) Que fueßen tenudos de tornarle aquella cosa que ansi vendiese. Illud enim verbum, tornarle, obliquum est: vel etiam respondetur, quod venditori electio conceditur, vel agenda

contra primum emptorem ad interesse, quia rem alienauit, vel rei venditionē intetare aduersus tertium possessorem, prout illam legem intelligit Greg. Lopez in glossa vlt. sequitur Felic. d. cap. 6. num. 10. in fine.

49 Ex quibus sic præhabitis, & resolutis constat veram esse nostram ampliacionem, nam si huiusmodi pacta verbis directis concipiuntur, dubiū non est quin dominium rei vendita in venditores transferatur, tam in pactis legis commissorie, & additionis in diem, quā etiam in pacto de retrouendendo, & consequenter hypothecis, & ceteris creditoribus venditores præferendos esse, secus si pacta verbis obliquis concipiuntur, quia tunc causa creditorum potior erit, atque ita creditorum, & venditorū prælationem pendere ex forma verborū, quibus à principio res vendita fuit, cum ex illis actio realis rei vendicationis, ex istis vero actio personalis resultet.

50 At quamuis prædicta differentia verissima sit, quoad dominij translationem; nihilominus tamen quoad resolutionē iuris hypothecarum indistincte videtur dicendum, quod siue pacta hæc concipiuntur verbis directis, siue etiam obliquis vtroque modo prædictas hypothecas resolui, & consequenter venditorū causam potiore esse: quod indistincte admittere videntur Gom. Cald. Noguero. Grat. & alij de quibus supra nu. 1. præter quos id ipsū videtur probari ex generalitate text. in d. l. si res, & in d. §. Marcell. iuris iuribus citatis supra in pafat. ex quibus generaliter euincitur resolutio iure datoris resolui ius acceptoris, & consequenter resolutis hypothecis rem liberam ad priorem dominium reddere, & in specie quod ius datoris resoluitur, siue in his pactis, & similibus illa concipiuntur verbis directis, an obliquis, tenet post Gabriel consil. 76. vol. 1. Surdus de alimentis tit. 9. quæst. 42. num. 4.

Pro qua sententia faciunt quę Pinel. in d. l. 2. part. 2. cap. 3. num. 15. ubi respondit Cuman. & Fulgoso in d. l. si res, & in d. l. in diem, ff. de aqua pluua arcenda. qui existimabant sententiam Baldi opinātis rem venditori laeso hypothecę onete affectam liberam ad priorem dominium reddere, ideo procedere non posse, quia actio personalis, qua emptor in remedio d. l. 2. duntaxat tenetur, hypothecæ medio tempore contractæ præferri non debet:

debet: inquit enim *Pinelus*, illis respondens, quod etiam si actio realis maior sit quam personalis, in qua uenditor tantum innititur: subest tamen periculo ex dispositione iuris, finito, scilicet iure obligantis ob causam anteriorem, etiam si in fauorem primi non extet realis obligatio: ut satis probatur ex generalitate text. in *l. lex vestigali ff. de pignoribus*, in qua non agitur de praelatione vnius hypothecæ ad alteram, sed de priori obligatione personali ratione rei, qua rescinditur ius debitoris in eadem re, & cōsequenter hypothecæ interim contracte, & hæc sententia, in fauorem scilicet actionis personalis ex dictis pactis resultantis inuitilitatem venditorum de iure regio proculdubio admitenda videtur ex *d. l. 42. vbi dicitur emptorē qui rē emit cū pacto de retrouendendo, config nato pretio, illā p̄cise venditori tradere debere*, notat *Gom. d. cap. 2. n. 29. vbi quod emptor si rē penes se habeat p̄cise se tradere tenetur, nec liberari p̄cise tradendo interesse, quæ opinio etiam de iure cōmuni æquior, & certior erat, ex his quæ contra *Cagnolam in d. l. 2. C. rescindend. num. 110. tradit Pinel. in loco proximo citato, num. 20. vbi multis adductis concludit, emptorem, qui in terminis lationis de qua in d. l. 2. actione personali duntaxat tenetur, rem necessario restituere debere, nec liberari p̄cise tradendo interesse.**

Vnde cum in hac specie emptor ex dispositione iuris rem p̄cise tradere cogatur, consequens erit, ut tunc competat actio realis rei vendicationis ex vi domini retrāsati, quia pacta verbis directis concepta fuerunt, nunc etiam personalis, quia verbis obliquis sunt celebrata, quo casu actio personalis in his pactis competit *d. l. 2. C. pactis inter emptorem*, venditorem, in concursu hypothecis medio tempore super ipsa re contractis præferendum: ut volūt Doctores supra citati.

51 Quam quidem resolutionem primo ampliabis ne dum procedere quando res p̄dictis pactis empta apud primū emptorem, qui nunc communis debitor est, inuenta sit, sed etiam si apud tertium possessorem, qui etiam effectus sit non soluendo, translata reperiat: adhuc enim allata meliori conditione con signato pretio, aut in commissoria, si debito tempore pretium non offeratur, vē

ditorum causa potior erit, cum enim in hac specie actio in rem competat, quæ etiam aduersus tertium possessorem ex p̄dictis pactis verbis directis dirigitur, iuxta ea quæ resolvunt *Alexand. consil. 11. vol. 1. Couar. d. cap. 8. num. 3. vers. hinc apparet, Felicianus d. cap. 6. num. 11. plures quos refert Cald. in d. l. si curatorem, verbo sua facilitate, num. 62. & probatur in l. Titius, ff. de seruīs exportandis. iunctis traditis per Dominum Ioannem Baptistam de Larrea supra quæst. 42. num. 18. & decis. 76. per totam. vbi hoc ius etiam extēdit ad bona in publica subhastatione vendita, sicquē indicatū; sit consequens, ut sicut aduersus primum emptorē, seu communem debitorem qui hypothecā super ipsa re constituit, venditorum causa potior est ex supra resolutis: sic etiam aduersus tertium ipsius rei possessorem causa venditorum aduersus creditores præualere debet.*

52 Quod intelligi debet, si pacta illa verbis directis, aut alijs communibus concipiantur, secus si verbis obliquis, tunc enim cum actio personalis duntaxat resultet, iuxta text. in *d. l. 2. C. pactis inter empt. iuncta glossa in d. l. 1. §. 1. ff. de donat.* quæ quidem actio aduersus tertium possessorem non transit, *l. fin. §. fin. de contrahenda emtione. l. 1. §. si heres, & ibi las. ff. ad Trebell. Pinel. in d. l. 2. part. 2. cap. 1. num. 30. Suares in l. post. rem indicatam in declaratione l. regni. ampli. 8. §. que las cum pla. Surdus decis. 52. num. 3. Amato variarum resolut. 13. num. 17. Nil mirum si in hac specie actio realis præualere debeat, cui personalis qua venditores inniuntur nihil officere potest, cum aduersus tertium illius rei possessorem transgredi non debeat.*

Idque adeo extendi debet, ut etiam si cum p̄dictis pactis expressa adsit promissio de non alienando ipsam rē, adhuc in tertium hæc actio personalis non dirigitur, nec creditoribus hypothecarijs obesse poterit, iuxta ea quæ notant Doctores per text. ibi in *l. ea lege, C. cōdition ob causam iuncta lege 43. tit. 5. part. 5. resolut pluribus citatis additio ad Molinam lib. 1. cap. 12. num. 32. in principio. Castillo in l. 22. Taur. num. 8. Valasc. cōsult. 172. ex num. 14. Felic. de cōsibus, lib. 1. cap. 10. num. 6. Cuius rei ratio est, quia ex promissione de non alienando, nihil aliud nascitur quam obligatio ad adimplendam fidem datam, & ita actio personalis, & om*

de priuil. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

num. instit. de actionibus. Valasc. d. consultat. 172. num. 15. quæ quidem rem super qua fit, non afficit, nequē in ea ius aliquod reale constituitur, quinimo eius dominium omnino liberum permanet penes dominum sicut antea erat, atquē ideo si dominus postea mutata voluntate, rem illam alienet, titulo habili cū traditione, perpetram quidem facit infringendo id quod promissit, l. 1. ff. de pactis. interim tamen dominium transfert, cū detur voluntas domini cum traditione, §. per traditionem instit. de rerum diuisione. quod plane colligitur ex l. quoties. C. rei vendicatione d. l. ult. §. ult. & passim cōmunis cum Bart. in l. filius famil. §. diui. ff. de legat. 1. num. 14. Gom. in l. 40. Taur. num. 38. Minchaca de successione creat. §. 10. num. 82. Molina d. loco num. 30. ubi additio subdit aliam rationem, scilicet, quia in obligationibus facti non cogitur quis piam præcise facere, vnde aduersus nolentem succedit obligatio ad interesse: quapropter, cum ex dicta prohibitione, seu promissione nullum ius reale super ipsa re sic vendita prædictis verbis obliquis constitutum dicatur, non mirū si prædicta clausula nihil operetur ad hoc, vt aduersus tertium possessorem actio personalis dirigi possit, atquē ita in aliquo creditore hypothecario in prædictis terminis, in concursu obesse queat.

53 Declara tamen præfatam resolutionem tunc procedere quando simplex promissio de non alienando fuerit in contractu interposita, secus si cum prædicta promissione rei hypotheca concurrat, tunc enim cum in hac specie nulla sit alienatio: iuxta text. in l. si creditor. §. ult. ff. de distract. pignor. ubi Bart. nu. 14. Loases in d. §. diui. num. 86. Barbosa in l. si filio famil. §. fin. ff. solut. matrim. num. 44. Mantica de tacitis, & ambig. conuent. lib. 4. tit. 30. num. 5. Dueñas regula 240. Peregr. de fideicommiss. articulo 51. num. 76. Suares in l. post rem indicatam, limitatione 1. num. 7. Gutier. in l. nemo potest, ff. leg. primo. num. 28. Felicianus de censibus lib. 1. cap. 10. nu. 1. Gom. qui hoc in specie pacti de retrouendendo tenuit d. cap. 2. nu. 29. & perinde haberi debeat, ac si res apud primum emptorem permaneret, consequens fit, vt etiam si pacta illa verbis obliquis concipiantur, adhuc actio personalis quæ ex ipsis resultat, quæ potius realis diceretur, sit potentior hypo-

theca super ipsa re medio tempore contracta, ex supra resolutis vers. ex quibus sicquē venditores in concursu præferendos.

Hac vero declaratio subintelligi debet quando hypotheca fuerit specialis, 54 secus si generalis, quia tunc alienatio nō impeditur, nec consequenter ius creditorum hypothecariorum ledi poterit: nam d. l. si creditor, §. ult. intelligitur de hypotheca speciali, vt per Bart. in l. qui absenti. §. 1. in fine, ff. de acquirenda possess. Bald. in d. l. ea lege, num. 5. nam hypotheca specialis magis afficit rem quam generalis, l. ab eo, C. de seruo pignori dat. & colligitur ex l. ult. C. pactis inter emptorem, & venditorem. las. per text. ibi, nu. 14. in l. qui Roma, §. cohæredes, ff. de verborum, sequuntur Aretin. in d. l. qui absenti. §. 1. col. 1. Alexad. qui communem dicit in d. l. si filio famil. §. uir. num. 4. Loases d. §. diui. num. 88. Couar. pract. lib. 2. cap. 15. num. 3. plures pro hac parte refert, & sequitur Mantica d. tit. 30. num. 12. senti. Gom. in l. 40. Tauri, num. 12. Barbosa d. §. fin. num. 34. Aueda de censibus cap. 85. num. 12. Peregrinus de fidei commiss. articulo 51. nu. 77. Villadiego in sua politica, en la forma de libellar, fol. mibi 288. additio ad Molin. d. cap. 12. num. 32. vers. limita. 1.

Et licet contrarium tenuerit Crotus in d. §. diui. num. 68. Menoch. cōsil. 63. nu. 17. 55 & 18. plures quos refert Mantica loco citato, num. 13. Suares in l. post rem indicatam in prima limitatione, num. 11. Greg. Lopes in l. 19. tit. 8. part. 5. verbo. dos casos. Gut. canonic. lib. 2. cap. 8. num. 17. A prima sententia non recedas, quæ magis communis est, posterior vero tunc admittendo erit, quando cum hypotheca generali iuramentum interueniat. Gut. de iuramēt. cōfirmat. 1. part. cap. 39. num. 7. Dom. Vela dissert. 20. num. 14. Vincētius Fusarius de substitutione fideicommiss. quæst. 674. ex num. 13. plures quos refert, & sequitur additio ad Molin. d. nu. 32. vers. tandem.

Declara secundo, prædictam primam declarationem habere locum, quando emptor nulla urgente necessitate rem alteri obligatā, & prædictis pactis affectam contra prohibitionem alienauerit, secus si illa urgente hoc fecit, nam tunc esset iniquum, emptorem non posse in alium illā transferre, quia dominiū sibi prorsus esset inutile, deducitur, hæc declaratio ex his q; Loases in d. §. diui. nu. 86: subscribunt Mantica d. tit. 30. nu. 10. Cald. de

Regula prima ampliatio secunda 41

de extinct. emphit. cap. 6. ex. num. 19. Sicq; creditores hypothecarij venditoribus præferri debent.

57 Declara tertio, habere locum quando emptor fundum obligatum irrequisito venditore alienauit, non sic dicendum erit si venditorem interpellauerit, an velit recemere, & ipse se excusauit, nã tunc poterit alij vendere, & consequenter creditores potiores erunt: quod probatur ex his quę tradunt doctores per illũ text. in d. §. cohæredes. Loases in d. §. diu. num. 87. vbi dicit hanc esse nouam, & singularem limitationem, Mantica dicto loco, num. 11. sentit Gom. in d. l. 40. Tauri, num. 44.

58 Amplia secundo, principalem resolutionem de qua supra, ne dum procedere in ipso rei dominio, pactis de retro affecta, sed etiam in fructibus illius ab eo tempore quo venditor pretium consignauit, aut alias legitime soluerit, tunc enim quemadmodum in venditorem dominũ retrahitur, & consequenter resolutionis hypothecis vniuersis creditoribus in concursu pro illa re sic vendita præferri debet, ex supra traditis, sic etiam quia dominũ fructuum in venditorem regreditur in ipũ ab eo tempore quo pretiũ rei venditę solutum, aut consignatũ fuerit, vniuersos creditores antecellet; quæ quidem resolutio probabilis fiet si cum communi ostendamus, resoluta venditione ex pacto de retro per oblationẽ, seu solutionẽ pretij fructus ex tunc venditori cedere, aut saltem pro rata diuidendos esse inter emptorem, seu nunc creditores, & ipsum venditorem, qui aduersus ipsos creditores circa prælationem bonorum debitoris controuersiam excitat.

59 Et principio fructus pendentes rei venditę cum pacto de retro ad emptorẽ pertinere, & sic ad creditores luaderi potest ex doctrina Romani cõsil. 10. ad mediũ quã sequuntur Faber de erroribus præmat. de eade 10. errore 2. Lassarte. de decima vendit. cap. 15. num. 35. Peregrinus de iure fisci lib. 6. tit. 4. num. 31. Hermosilla in l. 42. tit. 5. part. 5. glos. 9. num. 5. Thesaurus decis. Pedemontana 55. num. 15. Gom. in l. 40. Taur. num. 74. Baeza de decima tut. cap. 28. num. 14. Menoch. cõsil. 13. lib. 1. nu. 6. quorum sententia probatur ex text. in l. Iulianus, §. si fructibus, ff. actionibus empti. Quid loco pro datur, fructus saltem, qui in arboribus maturi reperiuntur, emp-

toris lucro cedere, quã non omnes venditoris emolumentum sequi debeant.

Iuvat secundo sequens argumentum dubium non est, quin fructus terre cohæreant, dum venditori res emptæ nequaquam restituitur, sicquẽ in bonis emptoris esse nemo inficiabitur, igitur eidẽ cedere debent, & consequenter creditoribus, argument. text. in l. vlt. §. non solum, ff. quę in fraudem creditorum (illie) sed, & fructus qui alienationis tempore terre cohærent.

Accedit efficax ratio vbiq; in iure nostro receptissimum est fructus ad dominum pertinere, iuxta text. in l. fructus pendentes, ff. de reuendicat. l. cum mansata §. silua. ff. de contrahẽd. empt. Couar. lib. 1. var. cap. 3. nu. 2. & cap. 15. num. 1. Menoch. cõsil. 300. num. 30. Caphalus cõsil. 3. num. 71. Reinosus obseruat. 16. num. 12. Sed nullus negare poterit, emptorem ex pacto de retro, siue verbis obliquis, siue directis concepto, dominum esse, interim dũ rem nõ restituit, igitur creditores in his fructibus præferri debent.

61 Contrarium tamen in fauorem venditoris, & aduersus creditores deduci potest ex doctrina Alexand. in l. qui Romæ in princ. nu. 9. ff. de verborum subscribunt Paulus in l. 2. C. pactis inter emptorem, & venditorem. plures relati à Boerio decis. 124. nu. 25. Mantica de tacitis, & ambiguis, lib. 4. tit. 32. num. 100. latẽ, & elegãter Couar. d. cap. 15. num. 6. Barbosa in l. si mora. ff. sol. matrim. num. 68. & in l. dinortie, 2. part. in princ. ff. eodem nu. 70. Cassaneus in cõsuet. Burgundie, rubric. 5. §. 1. num. 26. Qui omnes pro certo, & constanti præsuponũt fructibus venditori cum pacto de retro post oblatum pretium restitui deberi, quorum sententiæ auxiliari videtur text. in l. item quod. l. Imperator, ff. de in diem addit. Ex quo text. probatur, quod allata meliori conditione in pacto addicta in diem, fructus venditoris dominio cedunt, ne dum ab eo tempore quo conditio extitit, verum etiam, & illi, quos pendente conditione emptor recepit, notant Dominus Ioannes Baptista de Larrea decis. 86. nu. 22. Salgado de regia proteff. 4. part. cap. 14. nu. 142. Franchis decis. 120. nu. 8. adde text. in l. fructus, C. act. empti. iũcto text. in l. cum te. C. pactis inter empt. (illic) cum fructibus. & (illic) receptis nummis. text. melior in d. l. 2. C. illo titulo. (illic) habita ratione eorum, quæ post obla-

de priuilegio crediti, resoluti, & extincti iuris hypothecae

tum quantitatem ex eo fundo ad aduersarium perueniant. In quibus verbis sat significat Iureconsultus post oblatum pretium fructus ad venditorem pertinere.

Quibus suffragatur ratio efficacissima si consideres fructus regulariter à tempore morae in contractibus bonae fidei venire: item quando sub verbis paulo ante citatis (illic post oblatum) pactum de retro celebratur, dubium non est moram committi à tempore quo pretium, aut fuit solutum, aut oblatum; igitur verum est dicere fructus ab eodem tempore venditoris lucro cedere.

63 Primum, ex eo probabile fit si aduersitas quod quamuis usuræ, & fructus in contractibus stricti iuris post litem contestatam veniant, non verò à tempore quo mora fuit commissa: iuxta text. in *l. cum fundus in princ. ff. si cert. petat, l. uideamus la segundā, §. si actionem, l. 2. ff. de usuris*. obseruant glossa magna in *§. actionum institut. de act. Barbosa 3. part. rubrica, ff. solut. matrim. num. 70*. Nihilominus tamen in contractibus bonae fidei diuersum procedit, quia in istis, fructus à tempore quo mora fuit incurta, restituendi sunt, non à lite contestata, *l. usura 34. ff. de usuris. l. mora §. in bonæ ff. eodem titulo. Faber de erroribus pract. decad. 22. errore 3. Staphileus de saluiano interdicto, cap. 1. num. 167. Hermosilla supra glos. 9. num. 14.*

64 Secundum vero ex pacto concepto in terminis *d. l. 2. in qua specie à tempore pretij oblato, vel soluti, mora commissa videtur adhuc ex eo suadetur; nam mora nihil aliud est quam dilatio culpabilis, quæ ex legitima interpellatione causatur: l. si ex legati causa 23. (illic) interpellatus non dedisti, ff. de verborum, d. l. mora. igitur, &c.*

65 Quibus difficultatibus in utramque partem expensis, plures de quibus *Barb. in d. l. diuortio in 2. part. num. 69. Couar. d. num. 6.* mediam viam eligentes, prædictaque iura, & doctores ad concordiam reducere cupientes, in eam sententiā abiit, ut scilicet fructus in prædictis terminis diuidendi sint pro rata inter emptorem, & venditorem, saltem si in arboribus pendeant, quod ipsi deducunt ex equitate, de qua iure consultus in *l. diuortio in princ. ff. solut. matrim.* atque ita ut inter emptorem, & venditorem fieri debeat diuisio, habito respectu ad impensas, & onera quæ emptor subiit, & re-

pus quod præcessit, quæ ad modum partitionis fit inter virum, & uxorem, seu hæredes illius, habito respectu ad onera matrimonij, quæ vir sustinuit, iuxta regulam text. in *l. pro oneribus, C. de iure dotium.* & insimul ad tempus quod præcessit sequitur *Molina de primogenijs lib. 3. cap. 11. num. 9. Valasc. consult. 37. in fine.* receptum asserit *Theaurus decis. Pedemontana 56. nu. 2. Baeza de decima tutori præstanda cap. 28. nu. 14. Costa de ratione rata, quæst. 36. Grat. decis. 176. Francisc. Marc. decis. 57. part. 2. Cancerius variarum resolut. 1. cap. 13. num. 21. Canele. de usufruct. num. 244. Iaf. in d. l. qui Romæ in princ. nu. 35. Cagnol. in d. l. 2. C. pactis, nu. 100. Cuman. in d. l. diuortio.* qui hanc diuisionem, & partitionem defendens ait, quod si aliter fieret sequeretur intolerabile absurdum, quod scilicet, venditor haberet pretium, illoquæ fungeretur, toto tempore, totas illius percipiens comoditates, quibus emptor omnino careret contra equitatem, de qua in *l. curabit. C. act. empti.* Deinde, quod venditor parum sollicitus toto anno quiesceret, & expositus, adueniente tempore quo fructus colligi solent, pretium offerret, remquæ reddimeret, sicquæ perciperet fructus quos emptor proprio labore, & industria seruit, & comparauit.

68 Porro *Cumanum* reprehendit *Iaf. in d. l. qui Romæ, num. 36.* inquit diuisionem ab eo consideratam iure subsistere non posse, tametsi equitatem aliquam præferat, quia scilicet inter hanc casum, & exemplum, *d. l. diuortio*, magnum discrimen reperitur, nam in specie illius text. facta computatione à die quo dos marito fuit tradita, fructus pendentes, & iam percepti distribui debent inter coniuges, & eorum hæredes, *l. si ante. ff. solut. matrim.* nõ sic in specie nostra in qua partitione, & diuisio fructuum quos emptor percepit, nequaquam fit, quippe quod illos suos facit tanquam bonae fidei possessor, qui regulariter suos facit fructus, ex propria, vel re aliena comparatos iuxta text. in *l. Herenius 42. l. fructus 45. ff. de usuris, l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum dominio iunctis traditis per Couar. d. lib. 1. cap. 3. num. 6. Barbosa in d. l. diuortio in 2. part. in princ. num. 72. in fine.* sicquæ de vno casu ad alterum tãquam à diuerso argui non licere, *l. Papinianus, ff. de minoribus subscribit Barb. d. loco, num. 73.*

70 At sententia à *Cumano* tradita, quæ sequi

sequimur; præterquam quod æquior videtur iuri valde conformis est, cui non obstant ea quæ in contrarium expendunt *Barb. las. & Couar.* dictis locis: etenim inficiari nemo poterit sat videri contrarium equitati à Iureconsultis considerata, in *d. l. curabit*, quod venditor percipiat commoditates, & usus prætij, ita ut interim pretium nec offerat, nec restituere curet, & exposita facta, dum videt collectionem fructuum eminere, valde sollicitus pretium restituere & offerre intendat, in quo magnam inæqualitatem versari nemo inficiabitur; patet, si expendas inæquale interesse venditorem consequi, si uno, & eodem anno fructus rei venditæ, commodumque pecuniæ percipiat, quibus è contra priuatur emptor, qui sane, si eidem debito tempore pecunia soluta fuisset, dubium non est quin onestum lucrum cum ea acquirere posset, vel alias aliam rem, quæ fructus produceret, emere.

71 Nec prædictis, obicem faciunt, verba text. in *d. l. 2.* in illis verbis: *Habita ratione eorum quæ post oblatam.* Satisfit enim, si dicas, verba illa nequaquam probare omnes fructus indistincte venditori restituendos fore, sed tantum ex illis euinci, ut ratio habeatur illorum, quæ ad aduersarium peruenerunt; posteaquâ pretium fuit oblatum, ut expendunt *Tiraquelus de viroque retracta, tit. 2. §. 3. gloss. 4. num. 9. Couar. d. cap. 15. num. 7.*

72 Quapropter colligendo ea quæ in utramque partem adduximus, dic quod emptor, aliis creditores, à tempore oblatis prætij iuxta conventionis formam tenentur fructus perceptos, & pendentes restituere, seruata tamen equitate circa diuisionem fructuum, quæ fieri debet pro rata præcedentis temporis, cui resolutioni non obstant iura, quæ pro utraque parte supra expendimus, quibus ex ordine respondemus.

73 Ad primum enim ex *d. §. si fructibus*, satisfacies text. illum procedere, quando non proponitur aliud iustitiæ commutatiue dictamen, quod talem partitionem concludat.

Ad argumentum vero, secundo loco adductum, quod scilicet, fructus ad dominum pertinent, dic quod fructus ad dominum pertinet, tanquam bonæ fidei possessorem, qui regulariter suos facit fructus, dum tamen emptor in mora non constituitur per solutionem prætij, aut legitimam illius consignationem,

diuersum procedit si de oblatione prætij, aut illius legitima consignatione constituerit, quia tunc fiet particio inter emptorem, & venditorem, iuxta supra resoluta.

Ad ea vero, quæ ex aduerso ponderauimus similiter respondebis, & primo ad text. in *d. l. ite quod leg. Imperator*, dic loqui in pacto additionis in diem, quod pactum à nostra specie valde differt ad text. vero in *d. l. fruct.* responde, quod dñ regulam constituit, quod fructus ad emptorem pertinent, simulatque venditio perfecta est, verâ quidem esse nisi aliud concurrat, propter quod præsum sit aliquâ fieri fructuum diuisionem inter, emptorem & venditorem.

Ad text. in *l. cum te*, respondetur, illic interuenisse culpam ex parte emptoris, ut patet (illic) *non impleta commissi*, ad id vero quod ex *d. l. 2.* expendimus iam supra respondi ex *Couar. d. cap. 15. num. 7.*

Ad vltimum concessa maiori, negabis minorem, si venditor non patiatur fieri diuisionem fructuum, quo casu ex parte emptoris, qui rem detinet, non dabitur dilatio culpabilis, & per consequens, mora non committitur.

74 Patet igitur ex præmissis vera intelligentia ampliacionis de qua supra circa diuisionem fructuum pendendum, nam cum fructus rei venditæ cum pacto de retro pro rata iuxta supra resoluta, oblato precio, ex tunc in dominium venditoris regrediantur, quem admodum is venditor, pro ipsa re, extinctis hypothecis super ea contractis, dominij prærogatiua vniuersis creditoribus præferendus est, sic etiam pro ea parte fructuum pro rata ad ipsum pertinentem, qui ipsius dominio cedunt utrique eisdem creditoribus præponi debet, facta diuisione inter ipsum venditorem, & creditores pro rata anni.

Si vero fructus pendentes non sunt, sed collecti, adhuc huiusmodi diuisionem faciendam esse existimo pro rata anni iuxta ea quæ infra scribis hac eadem regula ampliacione sexta ex num. 53. cū seq. ubi vide quid sit dicendum in pensionibus domum quæ loco fructuum subrogantur, quod si tempore quo prætij oblatio fit, fructus iam consumpti à debitorum proponantur, nulla prælatio venditori indulgenda erit, quippe quod per immixtionem cum ceteris debitoris bonis dominium venditoris extinctum est,

de priuilegio crediti, resoluti & extincti iuris hypothecae.

vt notat doctores per text. ibi in l. si alie
ni ff. de solut. & in l. non omnis, ff. si certum
petatur.

75 An autem retentia specie de qua su-
pra, re scilicet vendita, cum pacto de re-
tro verbis directis concepto, hoc est,
Res sit inempta oblato pretio, venditor cre-
ditoribus satisfiat, & ius ad fructus ac-
quirat per solam oblationem pretij, an
vero viterius requiratur depositio, & co-
signatio, non minus ardua questio est,
quam ad propositum necessaria, & scitu
digna, & quod in his terminis sola pecu-
nia oblatio sufficiens sit, & per eam cre-
ditoribus satisfiat, neque requiratur de-
positio, & consignatio probatur ex text.
in d. l. 2. C. de pactis inter emptorem, & ven-
ditorem (illic) post oblatam ex pacto quanti-
tatem, melior text. in l. si per te, C. de usu-
ris, iuncta l. 3. §. vlt. C. conditione causa da-
ta causa non secuta.

76 Iro qua sententia facit, quod inter-
minis de quibus questio proposita fuit,
videlicet si pactum de retro fuerit con-
ceptum, per hac verba, Oblato pretio res
sit inempta, sufficiens erit sola oblatio pre-
tij ex mente contrahentium, etenim ver-
ba illa sat verificantur, salua ratione rec-
ti sermonis, quamuis ad consignationem
deventum non sit, igitur, &c. Et ideo
hanc sententiam probat Fontanela de-
cis. 24. num. 14, vbi pro hac parte in Se-
natu Sebastianiano iudicatum fuisse testatur
per Antonium Fabrum in suo Codice, lib. 4.
tit. 36. ad finem. & post Fulgosium, Cagno-
lum, & Paulum in d. l. 2. & alios a se rela-
tos sequitur Barb. in dicta l. si mora, num.
68.

77 Contrarium tamen tuerentur Clarus in
§. emphiteusis, quaest. 8. num. 10. communiter
dicit Barbosa in d. l. si mora, num. 67. ff.
sol. matrim. plures refert Tiraquelus retrac-
tus, tit. 1. §. 6. glos. 3. a num. 1. cum sequen-
tibus, Rebusus tom. 3. ad l. 1. Gallie tit. de seques-
trat. §. 2. nu. 3. & 4. Mathesilanus singulari
128. num. 9. Dominus Ioannes Baptisti de
Larrea decis. Gran. 19. num. 14. vbi, quod
in obligatione dande pecunie vt cessent
usure, non sufficit oblatio nisi sequatur
consignatio, plura tradit Hercules Ma-
rescetus lib. 1. var. cap. 7. Hermosilla in l.
2. tit. 3. part. 5. glosa 3. Felic. de censibus
lib. 4. cap. penico, num. 1. Cornasanus decis.
19. num. 12. Vrsillus ad Aspidium decis.
205. num. 8. Mastriello decis. 148. in fine,
Grat. de sept. foref. cap. 786. num. 4.

Mouentur ex text. in d. l. si a te, & in l.

78 vlt. ff. de lege commissoria, & in l. 2. C. de
iure emphiteut. & in l. 1. §. si autem. C. commi-
seruo manum.

Quibus suffragatur vulgaris doctri-
na, quam refert Barbosa dicto loco, quod
scilicet, si conditio non fiat per illum
per quem interest conditionem adimple-
ri, sed fiat per alium, sane conditio pro
impleta habetur, at quando debitor de-
ponit, offert, & consignat pretium quod
creditor non vult recipere, negari non
potest per creditorem stare, non vero per
debitorem, licet aliis ei intersit condi-
tionem adimpleri, ergo conditio pro
impleta habetur, & perinde haberi de-
bet, ac si verè pretium solutum esset,
quam resolutionem probat text. in l. iu-
re civili ff. de condit. & demonstrat. l. in iu-
re civili, ff. de regalis iuris notat Cornus
cōsil. 235. lib. 1. num. 46.

79 Sed nota, quod hac doctrina, potius
aduersus citatos retorquetur, si aduer-
tas, quod quando venditor pretium rei
vendite tantum offert, quod emptor ne
quaquam accipere vult, non potest dici
stare per venditorem, quod pretium ei-
dem non solvatur, igitur vera non est re-
gula deducta ex iuribus paulò ante me-
moratis, vnde Bart. in l. accepta, C. de usu-
ris, num. 3. distinguendum existimat in-
ter cum casum, quo actor mediante pre-
tij oblatione nequaquam intendit actio-
nem de nouo acquirere, sed tantum or-
do vult illam quam iam acquisitam ha-
bet in iudicium deducere, & exercere,
& illum scilicet, quo actor pretendit de
nouo actionem acquirere, priori casu,
solam oblationem pretij sufficere deci-
dit, non sic in secundo, in quo consignat-
ionem, & simul depositionem requirit,
nec oblationem sufficere affirmat. sic ac-
cipiens text. in d. l. si a te, verum sed si sub-
trahat, vt dum ibidem omnia preceden-
tia desiderantur, ex eo descendat, quia
scilicet, in casu de quo ibi, venditor vole-
bat actionem de nouo comparare, qua
emptorem, vt rem venditam cum fructi-
bus restitueret urgere posset: idcirco ne-
cessarium fuisse, vt venditor non tantum
offerret, sed viterius quod consignaret,
& in simul deponeret, & in eundem sen-
sum procedere dicit, text. in d. l. 2. cum
glosa penul. Idcirco enim contendit ne-
cessariam fuisse depositionem, & consig-
nationem in specie de qua ibi, quia ven-
ditor intentabat actionem nouiter ac-
quirere propter rem venditam, & fructus
iam

iam perceptos, sicquē accipienda esse in 83
ra ex aduerso pon derata, quam senten-
tiam ad iurāt Benitendis decis. 77. Ca-
phalus cōsil. 207. lib. 2. num. 47. Aretinus
in l. si seruus, num. 4. ff. de vulgari. Ancha-
ranus cōsil. 331. num. 7. Matthesianus sin-
gula ri 128.

80 At hæc concordia non placet, nā Bart.
& alij. qui eum sequuntur, inter vtrumq;
distinctionis membrum nullam reddūt
differentiæ rationē; etenim quid inte-
resse potest ad acquirendam actionem
de nouo inter consignationem, & depo-
sitionem, & inter oblationem tantum,
vt priori casu acquisita dicatur, non ve-
ro in secundo. Itē prædicta distinctio ex
eo eliditur, quia actio quam actor de no-
uo acquirere præcedit ex cōtracto antea
gesto decēdit, atq; ita cū iā antea vtrius-
liter in cōtractu comprehendatur, verē,
& realiter nequaquā dici potest de nouo
acquiri, sicq; in proposita specie præce-
dens distinctio verificari non potest.

Quapropter ommissa prædicta distinc-
tione dic multum esse attendendam for-
mam verborum, quibus pacta concepta
fuerint, si enim pactum de retro conce-
piatur per verba, solam oblationem sig-
nificātia, hoc est, *res sit inempta oblato pre-
tio*. Oblatio sufficiens erit, quod si adij-
ciantur verba realem, aut fictam solutio-
nē importātia (verbi gratia) *res sit inemp-
ta, restituito, seu soluto pretio*, tunc oblatio
sat non erit, sed vltius requiritur de-
positio, & consignatio, seu alia ficta, aut
realis traditio, ita Riminaldus lib. 1. cōsil.
5. Cassaneus cōsil. 41. num. 4. Cagnolus in
d. l. 2. num. 60. Othomanus de vsuris cap. 4.
pag. 31. Paulus in d. l. si a te, num. 1. & ibi
Fulgos. Barb. in d. l. si mora, num. 72. cū tra-
ditis per eundem 3. part. rubricæ. ff. solut
matrim. nu. 72. Nā in prædictis termini-
fic meoti contrahentiū satis sit, qui per
illa verba contrahere voluerunt, nec vl-
tra eorum intentionem cōtractus ope-
rari debet, l. non omnis. ff. si certum petat.

82 est enim vniquē in iure receptissimum,
cōtractus ex conuentione contrahen-
tium legem accipere, l. 1. §. si conueniat,
ff. depositi, cum similibus. nec a forma ver-
borum recedere, licet l. non aliter. ff. le-
gat. 3. atquē ita cum verbū oblatio itric-
tē sumptum, solam oblationem signifi-
cet; verbum vero, solutio, realem, seu fic-
tam solutionem, nil mirum si in hac for-
ma depositio, & consignatio necessaria
sit, in illa vero oblatio tantum sufficiat.

Secundum quæ colliges intellectum
ad iura in principio in fauorem primæ
partis ponderata, videlicet ad text. in d.
l. 2. C. de pactis in r. empto. vt propterea
ibidē sola oblatio sufficiens sit, quia tan-
tum de sola oblatione partes conuene-
runt, quare glossa penult. ibidem, contra-
ueniendo literæ vltra verborum proprie-
tatem superuacaneæ requirit consignā-
tionem, & depositionem contra mentē
partium, quod satis colligitur ex verbis
de quibus in text. (obtulissent, & post obla-
tam ex pacto quantitatem) sicut etiam ex
aduerso in terminis d. l. si a te. vers. si d. l.
2. C. in re empto. d. l. vlt. §. si autē. Idcir-
co requiritur depositio, & consignatio,
quia de obligatione, & consignatione in
prædictis iuribus mētio fuit facta, vt ex
verborum contextura legenti facile cō-
stabit, sicquē solvuntur, & ad concordia
redducuntur prædicta iura, in quibus Do-
ctores nostri, & communis tantum labo-
rant.

Ex qua distinctione, seu concordia
ad nostram materiam applicatā dicen-
dum erit, non aliter venditorem cum
pacto de retro verbis directis concep-
to in concursu ceteris creditoribus hy-
pothecarijs in ipsa re preferendum, tam
pro dominio ipsius rei, quam pro fructi-
bus, aut alijs extantibus (obseruata re-
solutione, de qua supra) quā si cōstituerit
iuxta præfatam distinctionem, & cōcor-
diam, pecuniam oblata solutam, aut
consignatam fuisse: circa quæ aduer-
tes, quod si terminus redēptioni fuerit præ-
fixus, eo transacto, redemptio fieri non
poterit in præiudicium creditorum, vt
per Cagnolus in l. 2. C. pactis inter emptor.
Tiraquelū de retracto. §. 1. glossa 2. nu. 43:
& tenet Rota apud Farinac. decis. 369. nu. 2.
Noguerol. allegat. 11. nu. 116. vbi quod nec
moræ purgatio admitti debet, quia scilicet
illa non admititur quando per eam
facultas, & ius quod aliquis habet in aliū
transfertur per text. in l. si a, §. sed si cōm-
de legat. Et hæc de fructibus pacti de re-
tro dixisse sufficiat.

85 Quod vero attinet ad pacta additio-
nis in diem, & legis commissoriæ circa
fructuū restitutionem, si videlicet hæc
pacta verbis directis celebrentur, dic in
primo, quod allata meliori conditione,
ne dum ab eo tempore, quo cōditio ex-
titerit, fructus venditoris dominio ce-
dunt in præiudicium creditorum, verū
etiam illi quos pendente conditione
Y emptor,

de priuilegio crediti, resoluti, & extincti iuris hypothecae.

emptor, aliàs communis debitor percipit, ut probat text. expressus in l. itē quod l. Imperator, ff. de in diem additione, l. 40. tit. 5. part. 5. docent Conar. lib. 3. var. cap. 9. num. 1. vers. tandem, Felic. de cēsis lib. 1. cap. 6. num. 5. Mātica de tacitis, & ambiguis lib. 4. tit. 28. num. 5. Dominus Ioannes Baptista de Larrea decis. 86. num. 22. Salgado de regia protectione, 4. part. cap. 14. num. 142. Frāchis decis. 190. num. 8. Cald. de potest. eligēdi cap. 4. num. 9. Licet enim debitor, aliàs emptor in specie prædicta pendente conditione, fructus suos faciat iuxta text. in l. quoties fūdus, ff. de in diē addit. oblata meliori conditione restituit, non oblata, retinet perpetuo, tradit Mantica in loco proxime citato, Felicianus ubi supra, sic intelligens text. in dicta l. quoties, qui ex diametro prædictam resolutionem oppugnare videtur;

Ratio autem propter quam, allata meliori conditione, in pacto additionis in diem verbis directis concepto, fructus venditoris lucro cedunt, ea est, quia cū secundum specialem huius conuentionis fauorem, allata meliori conditione venditio ita resoluatur, ac si nunquam fuisset celebrata, & quasi res nunquam fuerit vendita, merito oportet, ita se uenūquenq; ex contrahentibus in illius resolutione gerere, ac si nunquam contractus celebratus fuisset, nequē in esse productus, sanē si ea fiat interpretatio, consequens est, ut fateamur, fructus venditori in concursu omnino fore restituendos, resoluta venditione.

Similiter idem quod de pacto additionis in diem dictum est, resoluendū erit in pacto legis commissoriae, l. 5. ff. de lege commissoria l. 38. tit. 5. part. 5. exordiant Mantica dicto lib. 4. tit. 19. num. 24. Felicianus, num. 5. Conar. num. 1. in locis paulo antecitatis Barbosa in d. l. si mora. num. 70. sequuntur Coppus, qui præfatam sententiam defendit in tractatu de fructibus, cap. 11. cum sequēti. Minch. quest. forēs. cap. 49. in princ. Cald. de potest. eligēdi, cap. 4. num. 9. Pinelus in l. 2. C. resc. vedit. 2. part. cap. 4. num. 9. Boerius quest. 98. num. 9. Apud quos receptissimum est vendēti cum pacto legis commissoriae, verbis directis concepto, si pretium statuto tempore non offeratur fructus perceptos extantes, aut pendentes restituendos fore, cuius rei ratio est, quia venditori ideo fructus restituntur, quia nihil pe-

nes emptorem, aliàs debitorem remanere oportet, ex re in qua fidem fefellit.

In his igitur duobus casibus, quemadmodum in concursu, his venditoribus legis commissoriae, & additionis in diem dominij prælationem aduersus omnes hypothecas super ipsa re constitutas, concedendam fore resoluiamus quādo ea pacta verbis directis concipiuntur; sic etiā, & pro fructibus extantibus, aut aliàs pendentibus eadem dominij prælatio indistincte, & absquē vllā diminutione indulgenda erit.

86 Sed ut vltimam manum, his pactis resolutiuis, ad materiam nostram, sic reductis, imponamus, pro choronide sese offert disputanda quaestio illa à Doctoribus nimium controuersa, vtrum pactū de retrovendendo, triginta annorū spatium præscribatur; etenim si cum probabili sententia fuerit ostensum ex prædicto tempore huic pacto præscriptum esse huius venditoris causa, tam quoad ipsam rem, quā etiam quoad fructus, proculdubio ē concursu reppellenda erit.

In qua equidem quaest. partem negatiuam tueretur Fabianus, & plures alij quos refert Greg. Lopes in l. 42. tit. 5. part. 5. verbo, el segundo, subscribunt Alciztus in l. petens, num. 7. C. de pactis, Caphalib. 1. cōsil. 40. à num. 5. Gom. tom. 2. var. cap. 2. num. 8. Velaſc. de iure emphit. quest. 11. num. 17. plures pro hac parte refert Conar. lib. 1. var. cap. 9. num. 5. Gail præf. lib. 2. obseruat. 18. num. 4. Dominus Ioānes Baptista de la Larrea decis. Grau. 70. num. 6. ubi num. 17. quod per Senatum iudicatum fuit minorem aduersus pactum de retro restitutionis beneficio uti non potuisse.

87 Ducuntur quia cum emptor sciat se obligatum reuendere nullo tempore poterit præscribere cū ei mala fides oblit, iuxta regul. text. in cap. vlt. de præscrip. punit post. Conar. & alios in locis paulo antecitatis Zenall. comm. contra comm. quest. 218. num. 24. Igitur in nostra specie aduersus creditores cōcludere oportet.

88 Partem affirmatiuam scilicet, quod huiusmodi pactum 30. annorum tempore præscriptum sit in fauorem creditorū defendi potest, ex Bald. in l. quod si nolit, §. si quid ita, ff. adilitio, Tiraquel. lib. 2. re. tractus, §. 1. gloſſa 2. num. 7. Viuius lib. 2. comm.

88m. opinion. nu. 205. Menoch. cōsil. 201. à nu. 54. Balbus de præscrip. in quarta parte 5. partis, quæst. 3. num. 4. post Alexad. Aret. & alios quos refert, & sequitur Mantica ubi supra lib. 4. tit. 31. num. 22. Antonius Gab. comm. opinion. tom. 3. lib. 5. conclus. 6. Barb. in l. sicut. C. præscript. 30. vel quadraginta annorum, nu. 138. post Cald. Molina, & alios quos refert, & sequitur Emanuel Barbosa in remissionibus ad leges Regni Portugallie lib. 4. tit. 4. num. 4. Boerius decis. 182. num. 4. Greg. Lopes in loco supracitato, Gut. de iurament. confirmat. 3. part. cap. 1. num. 9. Qui omnes concludunt, venditorem in prædicta specie ob prescriptionem à iure inductâ excludendum esse, atq; ita in hoc casu creditorum ius potius erit, vnde hac parte retenta non obstat fundamentum in quo cōtraria sententia aduersus creditores inniti potest: respondetur enim, quod tamen si mala fides emptoris, aliàs debitoris, impediatur præscriptionem ad acquirendum dominium; non tamen impedit ad confirmationem dominij, quod est iam acquisitum, quibus adde quæ tradit Barb. in d. l. sicut. num. 131. ubi quod iste præscribens habet consciētiam rei propriæ, & sic est inter medium illud, quod datur inter bonam, & malam fidem, quod non impedit præscriptionem triginta annorum.

90 Hæc tamen sententia ita declarari debet, ut procedat quando debitor, & loco illius creditores rem possideant, & venditor contra eos intenter actionem ex vendito, vel præscriptis verbis, quo casu huiusmodi exceptionem opponere poterunt: diuersum procedit, si venditor aliquo modo adeptus sit possessionem, nā hac exceptione non obstante rem retinere poterit, nam sicut natura exceptionis est perpetua, l. pure, §. vlt. ff. de doli, & metus exceptione ita ius offerendi pretium intelligitur esse perpetuum nulloque tempore præscribitur, l. Paulus, §. 1. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca, Couar. d. cap. 9. num. 6.

91 Si vero pactatum fuerit ut quocumque tempore, perpetuo, semper, liceat oblato pretio rem redimere, magis ardua questio est, an hoc ius redimendi per lapsum triginta annorum expiret, atq; ita emptor, aliàs debitor, & loco illius creditores aduersus venditorē sese defendere possint, quā questionem latissimè examinant, post alios Tiraquel. supra nu. 7.

Couar. num. 1. vers. egregia, Valas. nu. 161. ad finem, Gom. num. 28. Zeuall. ex num. 1. Gut. num. 10. Barbosa de præscript. nu. 140. in locis paulo ante citatis. Et quod triginta annorum spatium ius illud præscribitur, quamuis sub illis verbis sit prægnantibus pactum conceptum sit, obseruat communis, ut per Tiraquel. Zeuall. Gom. Barb. Couar. Valasc. ubi proxime.

62 Pro qua sententia expenditur, quod dictio semper quando cunq; & similia nom impediunt præscriptionem triginta annorum, & aliquando nequē breuiorem, patet exemplum in cap. 1. de restit. in integrum iuncto cap. 1. illo titulo in sexto, & in lege in rebus. §. vlt. C. de iure dotium.

Accedit secundo, quia ut supra diximus ex huiusmodi pacto si verbis obliquis celebretur, actio personalis resultat, qua primus emptor cogitur reuendere, d. l. 2. C. pactis inter emptorem fatetur Couar. Valasc. & Zeuall. dictis locis, sane actiones personales spatio triginta annorum de iure communi regulariter præscribuntur, d. l. sicut, cum sequent.

Faciunt quæ ex Angelo refert Zeuall. loco citato num. 12. ubi quod non obstante dictione quando cunq; præscriptio triginta annorum procedit, quia in tali pacto, seu promissione subintelligitur tacita conditio si retrovenditio fuerit petita intra triginta annos: ex quibus, & alijs fundamentis quæ pro hac parte expendunt Tiraquel. Couar. Gom. & alij de quibus supra illam sequuntur plures, quos refert Zeuall. d. num. 12. Barb. num. 140. communem fatetur Couar. d. cap. 9. nu. 10. dum tamen interueniat bona fides in præscribente, vnde in nostra specie in fauorem creditorum resoluendum videtur.

Contrarium tamen tuentur Fabianus, & alij de quibus per Tiraquel. supra à nu. 15. cum sequent. Gom. & Valasc. dictis locis, Dom. Præses Valençuela Velasques cōsil. 187. num. 118. plures quos refert, & sequitur Zeuall. supra ex num. 15. ubi num. 28. pro hac sententia citat Aseued. in l. 4. tit. 15 lib. 4. recop. num. 5.

93 Pro quibus ommissis pluribus quæ ip si adducunt, tria iura contra creditores expendere licebit: primo, d. l. 2. in alternatiua qua vtitur, (illic) quando cunq; vel intra certa tempora. Si consideres, certa tempora, quæ est posterior pars alteratiue, verificari, & comprehendere tē-

de priuilegio crediti, resoluti & extincti iuris hypothecae.

prius illud certum redimendi, quod partes in conventionione expresserunt: & insuper illud aliud quod à lege certum, & praefinitum est, puta decem, viginti, triginti, vel quadraginta annorum, d. l. in rebus, §. ult. Igitur ut dictio quando cūquē quæ est altera pars alternativæ, aliquid operetur, oportet ut comprehendat longius tempus, ut ita in illud redimendi triginta annorum spatio non finiatur, aliter superflue partes dictionem illam adiecissent contra regulam, l. 3. in princ. (illic) f. ustra adijcitur, ff. de iure iurando.

Secundo expendo text. in l. quod si nolit 21. §. si quis ita. (illic) si vero convenit ut in perpetuum. ff. ad litem edicto. dū modo aduersative intelligatur ad casus immediate præcedentes, eamquē speciem comprehendat, in qua absquē conventionalis, & legalis temporis præfinitione conventum est inter partes, ut in perpetuum redhibitio fiat.

94 Ultimo contra communem, & sic creditores adduco text. in l. in bello. §. si quis servum. ff. de captiuis. vbi is qui scienter emerat servum alienum apud hostes existentem, tenetur oblatore pretio, vero domino, servum restituere, non obstante cuiuscūquē temporis prescriptione: ex quibus hæc pars, quæ equior est, & non minus communis quam prima, in iudicando, & consulendo est amplectenda. Ex quo descendit, quod licet venditor in specie, de qua supra ad cōcursum creditorum pro redimenda re nullatenus admitti debeat, non sic erit dicendum in hoc vitimo casu quando in eo pacto verba illa pregnantia adiecta sunt, tūc enim perpetuo redimere poterit.

Præterea adnotabis, quod hoc ius redimendi cum pacto de retro, ne dum cō-

95 petit ei qui hoc pactum apposuit, sed etiam illi cui ipse cōstituens ius illud cesserit, quod ex eo primo probatur, nam regulariter omnis actio cedi potest: ut in toto titulo de hereditate, vel actione vendita, & in cessionariū transit utilis actio, Gom. 2. tom. var. cap. 2. num. 6. Castus decis. 38. num. 2. Barb. in l. maritum. ff. sol. matrim. num. 95. Deinde quia id quod quis per se ipsum facere potest, poterit, & per alium, cap. potest de regulis iuris in sexto. l. cum quis. ff. eodem tit. & licet contrarium tenuerit Angel. in l. ad officium. ff. communi diuidendo. quem citat Greg. Lopes in l. 42. tit. 5. part. 5. verbo, el vendedor. vbi tandem cogitandum relinquitur prima tamen sententia frequentissimo doctorum calculo recepta est: pro qua ex facto respondit Paulus Castrensis lib. 1. consil. 1. Cagnolus in d. l. 2. Tiraquelus de tractatu lignagier. §. 26. glossa 3. num. 1: & post Alex. las. Rub. Dec. & alios quos refert Mantica supra lib. 4. tit. 32. num. 13.

96 Vtrum autem pactum de retrovendendo à minore celebratum absque decreto sit seruandum: vide Pinel. in l. 1. C. bonis mat. 3. part. num. 35. Valas. de iure emphyt. quest. 25. num. 4. vbi affirmatiuē resoluit, sequitur Barbosa in l. si cōstante. ff. solut. matrim. num. 124. Circa quæ vide quæ dixi infra regul. 2. ampliat. 4. nu. 9. vbi latè declaratur l. 1. §. ff. de rebus eorum. deniquē adnotabis, quod creditores quemadmodum, & emptor aliàs cōmunis debitor hanc exceptionem prescriptionis legitimè opponere possunt: nec obstat quod ius tertij non licet allegari. l. loci corpus. ff. si servitus redicetur. Satisfit enim ex his quæ habes supra in præfatione huius regulæ ex num. 94.

S V M M A R I A.

- 1 Regula prima habet locum aduersus creditores quibus hypotheca fuit constituta super re fideicommisso subiecta.
- 2 Hæc resolutio intelligenda videtur in fideicommisso particulari, secus in vniuersali.
- 3 Pro fideicommisso particulari olim ac-

tio personalis competebat.

- 4 De iure antiquo digestorum hypothecā incognita erat.

- 5 L. peto. §. prædium, delegat. 2. dictam resolutionem oppugnat. d. l. peto. §. prædium. ff. delegat. 2. declaratur.

7 Plures

- 7 Plures doctores pro hac sententia adducuntur.
- 8 Durante vita heredis alienantis res fideicommissa expresse subiectas, fideicommissarius eas vendicare poterat.
- 9 Quoties testatores aliquid familie sue relinquebant semper prohibitionem adde-re solebant ne relictum alienaretur.
- 10 Res expresse alienari prohibita ex causa necessaria vendi, & alienari potest.
- 11 Hodie pro fideicommissio particulari reivindicatio actio ex testamento, & hypothecaria competit.
- 12 De iure antiquo digestorum heres gravatus de restituenda hereditate poterat antequam res hereditarias restitueret illas alienare.
- 13 Text. in l. si heres 70. §. 1. ff. ad Trebel. pro hac sententia ponderatur.
- 14 Ratio decidendi ad predictam legem ostenditur.
- 15 Lex quidam. §. ult. ff. legat. 2. explicatur.
- 16 Licet hac digestorum tempore procederent postea Iustinianus quo ad res contentas in fideicommissio universalis statuit ut si ipsa ab herede alienarentur reivindicatio competere.
- 17 Utilitas huius constitutionis in quo consistat demonstratur.
- 18 Nec olim, nec etiam hodie ante restitutam hereditatem re, vel verbo reivindicatio fideicommissario universalis competit.
- 19 Ratio huius resolutionis ostenditur.
- 20 Eo ipso quod heres alienat, statim in fideicommissarium dominium transfertur.
- 21 Heres rem sub conditione relictam pendente conditione. potest hodie sicut olim alienare, sed impleta conditione renocatur alienatio.
- 22 Differentia inter ius novum, & antiquum demonstratur.
- 23 Si ultra prohibitionem tacitam a lege inductam expressa adsit prohibitio de non alienando antequam conditionis dies cedat res alienata poterit renocari.
- 24 Questio supra tacta ad concursum creditorum applicata resolvitur.
- 25 Si aliqua res in bonis communis debito-
ris titulo, universalis fideicommissi relicta, hypotheca affecta reperitur reiven-
dicatio fideicommissarii competit secus
si apud eundem heredem, vel ipsius suc-
cessorem universalem ante restitutam he-
reditatem inuenta sit, quia tunc hypothe-
caria dumtaxat a iure conceditur.
- 26 Opinio Baldi, & aliorum opinantium pro
fideicommissio universalis hypothecariam
dumtaxat competere declaratur.
- 27 Hypotheca quam doctores concedunt fi-
deicommissario universalis ad materiam
creditorum applicata parvi, aut nullius
momenti est estimanda.
- 28 Quae utilitas resultet ex hypotheca fi-
deicommissario universalis ostenditur.
- 29 Excitatur questio an & quando credito-
res pretium a fideicommissario, seu herede
rem e concursu vendicare volente repe-
tere possint.
- 30 Qui emit scienter contra prohibitionem
legis pretium amittit.
- 31 l. 3. C. de his quae vi explicatur.
- 32 Proxima resolutio procedit etiam si emp-
tor aut is in quem res translata fuit per
stipulationem de restitutione pretij sibi
caueat.
- 33 Opponitur de text. in l. fin. §. emptor. C.
communis de legatis, & in l. si fundum. C.
de evictionibus.
- 34 Is qui scienter emit rem alienam pre-
tium amittit quantumcunque restitutio
pretij caueatur.
- 35 Responsum assignatur ad text. in d. l. si
fundum, & in d. l. fin. §. emptor.
- 36 Qui emit rem subiectam restitutioni, aut
alienam ignoranter pretium non amittit.
- 37 Si pretium proponatur conversum in uti-
litatem heredis, aut alias saluum esse,
illud repetere non poterit.
- 38 Pretium scelere quasi in fisco applicatur.
- 39 Quando pretium proponitur conversum
in utilitatem heredis, aut alias saluum
esse, creditores pretium possunt repetere
etiam si fisco applicetur dum tamen
ipse fiscus non petat alias secus.
- 40 Si prohibitio non tendit in fauorem publi-
cum primo, & principaliter, sed tantum
in privatum pretium fisco non applicatur.

de priuilegio crediti, resoluti & extincti iuris hypothecae.

- ac subinde creditores illud repetere possunt ab herede si in eius utilitate fuerit conuersum, aut alias saluum sit.
- 41 Si res fideicommissa subiecta ab herede ignorante fuerit alienata, causa creditorum potior erit.
- 42 Text. in l. ult. §. ult. ff. de legatis 2. non est abrogata ex l. ult. §. sed quia, C. de munitia de legatis.
- 43 Haeres sciens seruum cui libertas sub conditione fuerit relicta, recte manumittit, sed si ignoraret nedum manumittere, sed etiam indistincte alienare poterit.
- 44 Superior resolutio procedit nedum in fideicommissio vniuersali, sed etiam in particulari.
- 45 Haec resolutio arguitur.
- 46 Pugnantes sententiae concordantur.
- 47 Superior limitatio procedit quando res tacite alienare prohibetur, secus si expressè.
- 48 Et quando haeres qui alienauit soluendo est secus si ipse soluendo non sit.
- 49 Contraria sententia pungitur.
- 50 Si res fideicommissa subiecta alienatur ex causa dotis, aut donationis propter nuptias, causa creditorum praeualebit aduersus fideicommissarium.
- 51 Ratio praedictae resolutionis assignatur.
- 52 Qualis olim fuerit donatio propter nuptias ostenditur.
- 53 Donatio propter nuptias iam ab usu recessit & in locum illius successerunt arrhae, quibus tota Hispania utitur.
- 54 Qua ratione inducta fuerit decisio authenticae res quae, C. de munitia de legatis in dubium reuocatur.
- 55 Contraria sententia pungitur, scilicet ex vero simili mente testatoris inducta fuisse.
- 56 Constitutio dictae authenticae procedit, & extèditur etiã quãdo adest expressa prohibitio de non alienando.
- 57 Et etiam in causa maioratus secundum vnam opinionem.
- 58 De fideicommissio ad maioratũ validũ est argumentum.
- 59 Contraria sententia scilicet quod dicta authent. nō procedat in maioratu, verior est & tenenda, quia totius Hispaniae usu est approbata.
- 60 Haec sententia fundamentis & rationibus confirmatur.
- 61 Quoties in aliquo casu concurrunt duo priuilegia equalis potentiae illud praefèrendum est quod agit de damno vitando.
- 62 Constitutio authenticae res quae nē dum procedit in re quae fuit alienata pro dote constituenda, sed etiam pro resolutione dotis.
- 63 Si res alienetur ad contrahendũ matrimonium, spirituale causa creditorum melior erit.
- 64 Idem erit in re alienata à descendenti, bus testatoris.
- 65 Nedum bona subiecta fideicommissio vniuersali pro dote alienari permittuntur, sed etiam pro fideicommissio particulari.
- 66 Constitutio de qua in d. authent. res quae non est exorbitans, sed limitatoria inuis antiqui.
- 67 Authentica illa limitatur quando testator expressè prohibet vt bona fideicommissio grauata non alienentur.
- 68 Limitatur etiam in arrhis quibus tota Hispania utitur.
- 69 Arrhae quibus Hispania utitur nimis differunt à donatione propter nuptias.
- 70 L. 1. tit. 11 part. 4. explicatur.
- 71 Constitutio de qua in d. authent. limitatur in augmento dotis.
- 72 Nec procedit in extraneis, sed tantum in descendantibus testatoris.
- 73 In omnibus casibus in quibus fideicommissio grauatus in terminis dictae authent. res quae bona fideicommissio alienare potest causa creditorum praeualere debet in bonis quae hoc titulo distracta proponuntur.
- 74 Excitatur quaestio vtrum concessa facultate ad vendendum bona maioratus concessa etiam intelligatur ad hypothecandum.
- 75 Pars affirmatiua ostenditur.
- 76 Pater sicut potest vendere filium sic & obligare.
- 77 L. Statuliber. §. ult. ff. de statulib. pro eadem sententia inducitur.

Regula prima

ampliatio tertia 46

- 78 Nomen vëditionis regulariter à permutatione differt.
- 79 Text. in l. sicut. §. sed si permiserit eandem sententiam probat.
- 80 Res semel facta alienabilis, perpetuo alienabilis erit.
- 81 Illud pro expresso habetur; de quo si princeps interrogatus fuisset, verosimiliter respondisset.
- 82 Forma non seruata, actus nullus est.
- 83 Fines mandati diligenter observandi sunt.
- 84 L. si pupillorum, §. si prætor. ff. de rebus eorum pronegatiua adducitur.
- 85 Bona maioratus alienari non possunt, siue tacita, siue expressa adsit prohibitio.
- 86 In dispensatione à principe facta locus aperiatur regula non debet de regulis iuris.
- 87 Matthei de Afflictis doctrina pro parte negatiua adducitur.
- 88 Feudum absque domini directi consensu sicut non potest obligari sic neque hypothecari licet.
- 89 Dispensatio ad vendenda bona maiora; tus veram continet dispensationem.
- 90 Pars affirmatiua admititur, & contrarijs respondetur.
- 91 Pungitur solutio Molinae de primogenijs ad text. d. §. si pupillorum.
- 92 Molinae solutio difficultatem non tollit.
- 93 Assignatur secundus intellectus ad d. §. si pupillorum.
- 94 Alberici intellectus pungitur.
- 95 Qui tamen reijcitur cum Molina.
- 96 Minor, & Ecclesia vendentes de enicione tenentur si per administratores vendatur, res ipsi vero nequaquam tenentur.
- 97 Assignatur verus intellectus ad text. in d. §. si. prætor.
- 98 Ad tertium argumentum satisficit.
- 99 Doctrina Afflictis absolute negatur.
- 100 Iterum eidem responsum assignatur.
- 101 Ad text. in cap. susceptum de rescriptis satisficit.
- 102 Episcopus dispensatus ad testandum potest codicillos facere, & donationem causa mortis.

- 103 Si successor maioratus, & fideicommissi rem prædicta facultate hypothecata in bonis communis debitoris inuenitur sibi restituendam fore contendat creditorum causa potior erit.
- 104 Resolutio principalis limitatur si restitutionsi subiecta legitimo tempore fuerit præscripta.
- 105 Hæc limitatio arguitur.
- 106 Si legis, & hominis alienandi prohibitio insimul fuerit iniuncta acquirens in mala fide constitutus censetur.
- 107 Prohibitio hominis, & insimul legis titulum inficit.
- 108 In præscriptione rerum maioratus, aut fideicommissi titulus est necessarius.
- 109 Si titulus defecit, præsumitur præscribens possidere cum mala fide.
- 110 Emens contra prohibitionem legis sic in mala fide constituitur ut nullo tempore præscribere possit.
- 111 Si titulus est manifeste vitiosus præscriptio in memorialis eliditur.
- 112 Sub prohibitione alienationis simpliciter facta vsucapio interdicta cessatur.
- 113 Vsucapio comprehensa sub prohibitione de non alienando, non solum comprehendit ordinariam præscriptionem, sed etiam longissimam.
- 114 Testator directe præscriptionem impedire non potest, indirecte tamen recte interdicere illam valebit.
- 115 Lex directe potest impedire præscriptionem, & vsucapionem.
- 116 Omnes præscriptiones iure civili inuenta fuerant.
- 117 Error iuris non est sufficiens ad impediendam præscriptionem si aliàs detur resistantia legis.
- 118 Si error iuris actui resistantis non est, sufficiens, ut atquirens contra prohibitionem legis à mala fide liberetur multo minus qui simpliciter contra eandem prohibitionem rem alienare interdittam comparauit.
- 119 Lex fin. & fin. antem. C. communia delegatis declaratur.
- 120 Eadem malafides quæ reperitur in præscriptione longi temporis eadem etiam in præscriptione longissimi temporis consideratur.
- 121 Excitatur quæstio à Doctoribus frequentissime agitata an & quando præscriptio

de priuil. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

- criptio quadraginta annorum cum titulo successoribus maioratus, aut fidei commissi noceat.
- 122 Ad prescribendum res maioratus, aut fideicommissi in prauiditum successorum quadragenaria cum titulo non sufficit.
- 123 In prescriptione inductiua maioratus quadragenaria prescriptio cum titulo sufficiens erit, secus si agatur de prescriptione exclusiua maioratus, quia tunc immemoralis necessaria erit.
- 124 intelligitur proxima resolutio nisi tractetur de prescribenda re maioratus aduersus ipsiusmet. instituto-rem.
- 125 intelligitur etiam si res a possessore fuit habita non sic si a tertio.
- 126 Haec declaratio arguitur.
- 127 Resolutio principalis limitatur in fauorem creditorum si prescriptio immemoralis interueniat.
- 128 Prescriptio immemoralis habet vim iusti tituli, & constituti.
- 129 Prior sententia intelligitur nisi producat instrumentum vitiosum.
- 130 Declaratur etiam nisi constet de mala fide.

Fideicommissario vniuersali, aut particulari, rem restitutioni subiectam, ex post facto pignoratam, an & quando e concursu creditorum vendicare licitum sit, quid circa reuendicationem, seu actionem illi competentem de iure antiquo digestorum fuerit inductum, quid hodie sit admitendum, in quibus casibus res fideicommissio grauata propter dotem, & donationem propter nuptias alienari valeat: ad intellectum authenticæ, res quæ, C. communia de legat. pluribus ampliationibus, limitationibus, & intelligentijs exornatæ, quando pretium rei alienatæ

creditoribus repetere fas sit, vtrum etiam concessa facultate ad alienandum res fideicommissi, aut maioratus, intelligatur etiam facultas concessa ad hypothecandum, ita vt hypotheca super ipsa re constituta, aduersus fideicommissarium in concursu præualere debeat, & denique quo tempore titulo prescriptionis creditores contra maioratus, aut fideicommissi successorem hypothecam suam defendere, & tueri poterunt; fuse, & loculenter præsens ampliatio continet.

(?)

AMPLIATIO TERTIA.



I

AMPLIATUR tertio regula de qua supra in prefat. habere locum aduersus creditores qui hypothecam habent constitutam super bonis fideicommissio puro, aut conditionali subiectis, quæ forte hæres ante restitutum fideicommissum in tertium alienauit, quia adueniente die, aut conditione fideicommissi, & hypotheca resoluuntur, iuxta text. in l. grege in princ. ff. de pignoribus: (illic) Statuliber quoque dari hypotheca poterit licet conditione existente euaneſcit pignus.) & in l. si is cui, §. hæres. ff. quemadmodum seruitus amittitur. & in l. statius florinus. §. Cornelio felici, ff. de iure fisci, docent Felicianus de censibus lib. 2. cap. 4. num. 14. Boarius decis. 181. vbi ex Paulo Castreſi inquit, quod si hæres grauatus in vita concedat alicui seruitutem, vel hypothecam adueniente die fideicommissi, resoluitur ius seruitutis, vel pignoris: & probatur ex doctrina Baldi in l. fin. §. sed in fine, C. commun. de legatis, vbi quod si vassallus

ius res aliquas alienauit finito feudo, reuocatur alienatio, & reuendicatio fideicommissario competit, iuxta text. in l. 1. *et supra §. sed quia. C. commu. de legat. Bart. in l. Marcellus §. res quæ. ff. ad Trebellianum, Castillo in l. 17. Tauri, num. 12.* quod tamē intelligēdum erit in fideicommissio particulari non conditionali, in fideicommissio vero particulari conditionali, seu aliā vniuersali, contrarium dicendum videtur, quia in fideicommissarium vniuersalem ante restitutam hereditatem re, vel verbo, iura hereditaria non transeunt absquē restitutione heredis: *l. restituta. l. facta. ff. ad Trebel. observant Sardus decis. 76. num. 7. Michael Crassus receptarum §. legatum. quest. 75. num. 1. Greg. Lopes in l. fin. in fine titulo 5. part. 6. atquē ita sola actio personalis fideicommissario competere videtur, non vero reuendicatio. l. si heres 70. §. 1. ff. ad Trebel. l. quidam 25. §. ult. ff. legat. 2. & colligitur ex d. l. 1. et in l. 3. §. res quæ ff. ad Trebel. & consequenter actio personalis hypothecæ creditorum in concursu cedere debet, iuxta regulam text. in l. eos. C. qui potiores. cum traditis per Cuman. in l. in diem. ff. de aqua pluuiæ. Fulgos. in l. si res. ff. quibus modis pignus. vel hypotheca, quos refert non tamen sequitur Pinel. 2. part. l. 2. Crescind. 3. part. num. 11. cum sequent.*

3 Quare pro solutione prædictorū iuriū, quæ tantum fideicommissario actionem personale cōcedunt, & vera cognitione nostræ ampliacionis nonnulla primo prælibare oportet circa actionē quæ olim fideicommissariis aduersus bona hereditate debeatur quid de iure nouiori fuerit introductum an & quando huiusmodi rebus alienatis fideicommissario competat reuendicatio, & primo de fideicommissario particulari, postea vero de fideicommissario generali sigillatim à nobis agendum erit.

Et quoad primum notandū est, quod de iure veteri digestorum pro fideicommissis sola actio personalis ex testamento competebar, quia sicut de iure, ff. actio realis, seu hypotheca incognita erat. d. l. 1. Martha de successione legali. 4. part. quest. 18. art. 12. ex num. 105. Thoro in cōpendio privilegiorum p̄ causa, privilegio 267. vers. quibus. Noguero. allegat. 1. num. 74. sic etiam eodem iure dominiū ipso iure in fideicommissarium non trāsferrebat nisi traditio heredis præcessisset

iuxta regulam text. in §. per traditionē in stitut. de rerum diuisione. l. traditionibus. C. de pactis.

Ex quo factum erat, quod cum in hūc rei particularis fideicommissarium, dominium absquē traditione non trāsferret, alienatio illius rei, tanquam ritē, & rectē facta sustinebatur, quia scilicet heres adhuc retinebat dominium rei, quæ per fideicommissum relicta erat, quinimo nequē talis alienatio reuocabatur, sed sola actione ex testamento agendū erat contra heredem pro re alienata: ut probat text. in d. l. si heres. §. 1. et in l. quidam ita. §. ult. ff. legat. 2. Nec prædictis inconuenit text. in l. p̄to, §. prædium. ff. legatis 2. quo loco Iureconsultus aperte supponit rem subiectam fideicommissio, seu restitutioni, nō posse alienari in perpetuum, sed duntaxat quoad vitam grauati, (illic) *Tamdiu emptor sustinere debet quamdiu debitor haberet bonis non venditis post mortem eius non habiturus quod extraneus heres præstare cogere tur.* Et tamen in terminis illius text. agitur de fideicommissio particulari (hoc est) de prædio, quod fuit relictum familie restatoris post mortem heredis; ergo etiā ea quæ per fideicommissum particulare relinquebātur alienari non poterāt: tempore veteri ff.

9 Ad text. ille prædictam resolutionē non oppugnat, quia decisio illius præcedit quādo adest expressa prohibitio de non alienando quo casu alienatio non valet. l. filius famil. §. diui. el. 2. ff. de legat. 1. l. 44. tit. 5. part. 5. Dom. Valençuela Velasquez cōsil. 109. num. 38. et cōsil. 116. num. 3. Burgos de Pace cōsil. 44. num. 3. nequē transfertur dominium in accipientem, Molina lib. 1. de primogenijs cap. 12. num. 30. Vincentius Fusarius de fideicommissaria substitutione, quest. 673. num. 5. Dom. Valençuela supra cōsil. 116. nu. 4. Cald. Per. de renonat. emphiteut. quest. 16. num. 39. Idcirco post mortem heredis fideicommissarius rem alienatam à quocumquē possessore vendicare poterit, quinimo etiam durante vita heredis: ex traditis per Dom. Castili. controuerf. lib. 5. cap. 65. num. 3. Fusarius proxime, quest. 554. num. 1. additio ad Molin. d. lib. 1. cap. 16. nu. 32. nec obstitit quod Iureconsultus in d. §. prædium, nō facit mentionem expressæ prohibitionis de non alienando, sed quod familie duntaxat fuerat prædium relictum post mortem heredis, quia accipi,

de priuil. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

capi, & interpretari debet, quod scilicet
 expressa prohibitio de non alienando ad
 iecta fuit, vt colligitur ex alijs legibus
 9 de simili fideicommissio loquentes quo-
 tiescunque enim per testatores aliquid
 familie suae relinquebatur, prohibitio-
 nem addere solebant, ne alienaretur,
 sed vt in familia relinqueretur d. l. peto,
 §. fratre, in princ. l. cum pater 77. §. liber-
 tis. l. qui solidum 80. §. pen. ff. de legat. 2.
 que clausula hodie etiam frequentatur,
 sicque Doctores communiter intelligunt
 text. in d. §. praedium, deducentes ex eo
 quod res expresse prohibita alienari
 10 per testatorem, potest vendi, seu aliena-
 nari ex causa necessaria, videlicet prop-
 ter debita ipsius grauati: glos. & ibi Bart.
 in d. §. praedium, Fusarius proxime quest.
 737. num. 1. Cald. d. num. 39. Garcia de ex-
 pensis cap. 16. num. 7. Mieres de maiorati-
 bus 4. part. quest. 1. limitat. 5. Dom. Valen-
 zuela cõsil. 60. num. 80. Dom. Castil. cõtro-
 uers. tom. 6. cap. 131. num. 23. Dom. Vela
 differt. 5. num. 49. Dom. Ioannes Baptista
 de Larrea decis. 10. num. 3. Ita tamen vt
 hec alienatio, seu venditio non sit perpe-
 tua, sed dñtaxat duratura in vita ipsius
 prohibiti: ita Paulus, & alij in d. §. praedium,
 idem Paulus in d. §. diuini, num. 1. vbi Ferdi-
 nandus Loases ex num. 83. Tiraquelus de
 retract. lib. 2. in fin. Fusarius supra, quest.
 527. nu. 5. Ceterum hodierno iure sicuti
 pro legatis sic, & pro fideicommissis par-
 ticularibus indistincte cõpetit rei vendi-
 catio, d. l. 1. C. cõmunia de legatis, exornat
 Fusarius supra quest. 611. n. 10. Peregr. de
 fideicommissis art. 45. num. 33. Craßus in
 §. fideicommissum, quest. 46. num. 5. quini-
 mo etiam actio ex testamēto, & hypthe-
 caria, d. l. 1. Peregrinus nu. 31. Craßus nu.
 3. locis modo citatis Dom. Praeses Valen-
 zuela Velasquez cõsil. 187. num. 58. Barb.
 in l. si mora, num. 103. ff. sol. matrim. Valasc.
 cõsult. 194. num. 1. Fusarius d. loco, num. 2.
 vbi num. sequenti quod competit Publi-
 ciana, & Saluiannum, nam & ipso iure do-
 minium in fideicommissarium transfer-
 tur; & ideo alienatio facta ab herede
 quasi de re aliena non valet, & fideicom-
 missarius poterit vindicare rem parti-
 cularem à quocunque possessore quem-
 admodum potuisset si titulo legati reli-
 cta proponeretur, Menoch. in tract. de ad-
 ipiscen. possess. remed. 1. num. 6. Peregrinus
 d. art. 45. num. 15. Fusarius quest. 558. d. lo-
 co. vbi quod fideicommissarius pro re-
 bus alienatis agere poterit, tam contra

tertios possessores, quàm etiam contra
 heredem qui alienauit, authent. contra cõ-
 rogatus, C. ad Trebell. notat. Nogueros. d.
 allegat. 1. num. 82. & est doctrina Bald. in
 d. l. 1. Bart. in l. 1. ff. legat. 1. Ias. Bologne-
 zus, & alij, de quibus infra num. 28. &
 hec de fideicommissio particulari de iure
 antiquo, & nouiori sint satis.

12 Quod vero attinet ad fideicommissa-
 rium vniuersalem sciendum est, quod
 tempore ff. haeres vniuersalis purè gra-
 uatus de restituenda hereditate poterat
 antequam restitueret fideicommissario
 vniuersali res hereditarias, illas aliena-
 re, & talis alienatio mero iure valida
 erat, neque per fideicommissarium po-
 terat reuocari, sed heredi imputabatur
 res alienata in quartam Trebelianicam,
 quasi compẽsatione debiti, & crediti ad
 inuicem facta, vt probat text. in d. l. 3.
 res quæ, ff. ad Trebel. vbi Iuriconsultus ge-
 neraliter, & absolute docuit, res heredi-
 tarias computandas esse heredi in quar-
 tam Trebelianicã: & probatur ex text.
 13 in l. si haeres 70. §. 1. ff. eodem tit. quo loco
 Pomponius ait, quod si haeres grauatus
 de restituenda hereditate, antequam re-
 stituat, seruum hereditarium alienaue-
 rit, manumiserit, vulnerauerit, vel occi-
 derit, nulla ciuiliis actio contra haereditate
 competit, sed actio ex testamento, &
 sic personali erit hoc quod perierit per-
 sequendum. Ratio illius constitutionis
 14 in eo posita erat, quia haeres antequam
 hereditatem restitueret, dominus erat
 omnium rerum eiusdem hereditatis, iux-
 ta regulam text. in l. cõ haeres, ff. de acqui-
 renda heredit. Idcirco propter dominium
 quo fungebatur eidem licitum erat ser-
 uos alienare, sicque aduersus haereditate
 15 sola actione personali ad petendum pre-
 tium serui cõcedebatur, vt probat text.
 in l. quidam 25. §. vlt. ff. legat. 2.

Quæ quidem omnia vt supra diximus
 ff. tempore procedebant, postea vero lu-
 tinianus, quoad res contentas in fidei-
 commissio vniuersali de nouo induxit,
 ne possent alienari, vt habetur in l. vlt.
 §. sed quia nostra. C. cõmunia delegatis. (ibi)
 substitutioni supposita id est, substitutio-
 ni fideicommissariae, fuit autem vtilissi-
 mum hoc constituere, quia vt modo vi-
 disti iure veteri contrarium inductum
 erat, neque enim fideicommissario reiven-
 dicatio competebar pro rebus alienatis
 17 ab herede, neque competere poterat an-
 tequam haeres, &c. vel verbo hereditate
 resti-

restitueret, nequē pro fideicommissis
vniuersalibus fuit introducta ab Impera-
tore in d. l. i. C. cōm. de legatis, quia (vt su-
pra diximus) iure ff. nequē hodie iura
18 hereditaria transeunt in fideicommissa-
riū sine restitutione, hæredis, re, vel
verbo. l. restituta. l. facta. ff. ad Trebel. Bar-
bosa in l. si mora. ff. solut. matrim. nu. 102.
Surd. decis. 76. num. 7. Couar. in cap. Rai-
nuntius de testament. §. 10. num. 4. Michael
Crassus vbi supra, verbo, legatū, quæst. 75:
num. 1. Gom. tom. 1. var. cap. 5. num. 7. Gre-
gor. Lopes in l. fin. glos. fin. in fin. tit. 5. part.
6. vbi hoc de iure regio procedere affirmat.
19 Aliās enim fideicommissarius invitus
oneribus hereditarijs maneret obliga-
tus contra decisionē, text. in l. cogi. §. idē
Martianus ff. ad Trebel. & in l. qui in aliena
in princ. ff. de acquirenda hered. Surd. decis.
25. num. 1. quod sine dubio cōtingeret,
si iure hereditaria ipso iure in fideicom-
missarium vniuersalem non petentem
transirent.

Dum ergo Iustinianus induxit, quod
non valeat alienatio facta ab herede, re-
rum quę in fideicommissio vniuersali cō-
tinentur, fuit optima, & vtilis constitu-
tio, quia per eam in casu alienationis fi-
deicommissario etiam ante restitutam
hereditatem prouisum fuit, vt scilicet
per actionem reuendicationis res alien-
atas vendicaret: glossa magna in d. l. fin.
§. fin. autem, in fine, & in d. l. 3. §. res quę cō-
muniter recepta ex Alex. d. ibi num. 8. las.
num. 14. Menoch. consil. 44. lib. 1. num. 15.
Reinosus obseruat 10. num. 6. vbi quod lex
in odium alienantis supplet illam resti-
tutionē, Fusarius supra quæst. 603, nu.
20 9. Surdus d. decis. 25. num. 20. Nam eo ip-
so quod hæres ad actū alienationis per-
uenit, statim in fideicommissarium do-
minium fuit translatus, & per conse-
quens reuendicatio concessa: vt obser-
uant Doctores modo citati; non sic di-
ces si res ab herede non fuerint aliena-
tæ, quia hodie sicut olim restitutio
erit necessaria vt competat reuendica-
tio: quę iuxta decisionem text. in d. l. ult.
§. sed quia, dumtaxat fuit concessa quan-
do res fuerint alienatæ, aut aliās hypo-
thecatæ, atq; ita si res apud ipsum hære-
dem, seu ipsiusmet heredem adhuc per-
maneat reuendicatio non competet,
sed restitutio erit necessaria: iuxta regu-
lam text. de qua in d. l. facta, & in l. restitu-
ta. & notat Surdus, Crassus, Gregorius, Co-
nar. & alij de quibus supra num. 18.

Hæc autē quæ paulo ante resolui-
mus in rebus quę purē restitutioni lubicæ
erant procedebant: vt probatur in d. §.
sed quia nostra. Si vero sub conditione ali-
quid relinquatur dicēdum est heredem
pendente conditione, posse hodie alie-
nare res fideicommissio subiectas sicut
olim poterat, d. l. ult. §. sed quia vbi Paulus
nu. 3. las. nu. 9. Menoch. lib. 4. de præsump.
præsumpt. 188. nu. 2. Barbosa in l. i. C. præf-
crip. 30. vel 40. annorū, 98. Cald. d. quæst.
16. num. 34. Reinosus num. 4. Peregr. sopra
art. 40. num. 7. Iosephus Ludouicus decisio-
ne Perusina 29. part. 1. nu. 29. Dom. Præ-
ses Valenzuela Velasques consil. 187. num.
56. Fusarius supra quæst. 554. ex nu. 1. vbi
multipliciter ampliat, & declarat, sed ta-
men impleta conditione, alienatio reuo-
catur, & per legem irritatur, ac si nun-
quam facta fuisset: vt habetur expres-
se in d. l. ult. Cald. supra num. 35. Reinosus
num. 5. atquē ita differentia inter ius no-
uum, & antiquum in eo consistere vide-
tur, quod olim valebat alienatio facta,
pendente conditione, nequē ea imple-
ta reuocabatur, sed fideicommissarius so-
lam æstimationem rei alienatæ petere
poterat, quia quemadmodum in fidei-
commissio puro deficiebat actio realis
ad rem vendicandam, & ideo sola rei æsti-
matio concedebatur, iuxta text. in l. si
quis inquilinos 112. §. 1. ff. legat. 1. hodie
vero etiam valet alienatio interim dum
pendet conditio, sed illa postea impleta
reuocatur, & per legem irritatur: vt habe-
tur in d. §. fin. autem (illic) quasi nequē scrip-
ta, nequē penitus celebrata fuerit.

23 Quod tamen intellige, nisi vltra pro-
hibitionem tacitam expressa adsit prohi-
bitio de non alienando, quia ipsa aliena-
tio ita nulla indicatur, vt etiam statim,
non expectato implemento cōditionis,
seu in vita prohibiti poterit per fideicō-
missarium reuocari: resoluit Minchaca
de successionum creatione §. 28. num. 22. se-
quuntur Petra de fideicommissis. quæst. 31.
num. 2. Fusarius d. quæst. 554. num. 6. & 7.
vbi quod fideicommissarius poterit pro-
pria auctoritate rem occupare: Felic. de
cēsibus lib. 2. cap. 3. nu. 17. Cald. d. quæst. 16.
num. 40. Molina supra lib. 1. cap. 16. num.
31. vbi additio num. 32. sex ampliaciones
addit Dom. Castillo cōtrouer. d. lib. 5. cap.
65. num. 3. vbi num. 31. & 33. ampliat. in
pignoratione, & hypothece.

His sic breuiter enarratis, constat ve-
rissimam esse ampliacionem de qua su-

de priuilegio credit. resolut. & extinct. iur. hyp

24 pra, quatenus in fideicommissario rei particularis resolutis hypothecis reuendicationem fideicommissario aduersus creditores competere diximus, non obstantibus iuribus quæ docent huic fideicommissario actionem tantum personalem competere, quia procedunt de iure antiquo digestorum, quæ postea abrogata sunt ex text. in d. l. 1. C. communia de legatis, ubi reuendicatio actio ex testamento, & hypothecaria competit, quod utique indistinctè est admitendum, siue fideicommissum purum sit, siue conditionale, dum tamen adsit expressa de nõ alienando prohibitio, non sic si tacita tantum prohibitio interueniat, quia interim valet hypotheca, seu alienatio usquequo conditio adimpleatur, & interim creditorum causa potior videtur, quoad fructus, & commoditates illius, cum fideicommissarius ante conditionem adimplendam agere non possit, ex text. in l. cedere die 123. ff. de verborum. Dom. Castillo controuers. lib. 5. 2. part. cap. 119. num. 7. Menocibus consil. 63. à nu. 28. Mari Nouar quest. for. lib. 1. quest. 27. num. 5. Surdus consil. 18. num. 12. iunctis traditis per Parlador lib. 2. rerum quotid. cap. fin. §. 1. num. 62. licet contrarium admittere videatur Roderic. de cõkurs. 2. part. art. 1. num. 9. si vero fructus sint pendentes, & conditio fuerit impleta vide quæ infra scribis ampliat. 6. num. 25. eadem regula.

25 In fideicommissario vero vniuersali, tunc reuendicationem competere diximus quando hæres ad actum alienationis peruenit, atque ita quod si è contrario res non alienetur, ut reuendicatio cõperat, restitutionem necessariam esse, quia in hoc iura antiqua incorrecta permanent: die igitur, quod si in bonis communis debitoris, aliqua res, titulo vniuersali fideicommissi relicta, hypotheca reali affecta reperiatur, quod fideicommissarius in concursu dominij prælatione aduersus hypothecam à debitore super ea constitutam, quæ finito iure dantis, & sic hæredis resoluitur, semper tunc datus erit: præterquam in casibus, in quibus supra diximus, & infra dicetur, alienatione de iure nouiori permissam esse, nam per hypothecam ad actum alienationis peruenitur: quæ expresse prohibita est per text. in d. §. sed quia (illic) putet esse in posterum alienanda, vel pignoris, vel hypotheca titulo. atque ita reuendicatio competit ex modo resolutis.

26 Iuxta quæ cautè intelligi, & accipi debet doctrina Baldi in d. l. 1. num. 2. C. communia de legatis, quatenus pro fideicommissio vniuersali hypothecaria duntaxat cõpetere resoluit: quod admitit Bart. in l. 1. in fin. ff. legat. 1. dum vult, quod hypothecaria detur quando non competit reuendicatio: subscribunt Ias. in rubrica, ff. ad Trebel. Bolognetus in d. l. 1. num. 313. ff. legat. 1. Gom. tom. 1. var. cap. 5. num. 7. Couar. in cap. Rainutius §. 10. num. 4. Negusantius de pignoribus in 3. memb. 8. part. num. 4. Surdus decis. 76. num. 7. non obstante quod in re propria pignus non cõsistat: iuxta regulam text. in l. nequè pignus, ff. de regulis iuris. l. si rem. l. 2. ff. de pignoribus. quia illud procedit quando quis est dominus iure ordinario, diuersum erit quãdo dominiũ acquiritur iure speciali, quia tunc hypotheca in re propria comparari potest: l. in bello §. si quis seruum ff. de captiuis, & postlimi. Bart. in d. l. 1. num. 13. post Bald. Alexad. Aretin. & alios quos refert Surdus in loco proxime allegato. ubi etiam secundo loco respõdet, quod ideo fideicommissario hypotheca competit, quia res fideicommissi ante restitutionem hereditatem, re, vel verbo fideicommissarii non dicitur, quæ quidem respõsio tutior videtur.

Quare doctrina Baldi, & aliorum qui eum sequuntur, admitti & intelligi debet quando res restitutioni vniuersali subiecta inuenta sit apud hæredem, seu illius successorem, iure etiam hereditario acquisita, qui quidem hæres eadem persona cum defuncto censetur: authentica de iure iurando à moriente prestito in princ. collat. §. l. cum à matre. C. reuendic. l. 1. & 2. C. hereditarij act. Surdus consil. 15. num. 21. Casar Barcinus decis. 64. num. 19. quia tunc hypothecaria duntaxat competit, ante restitutionem, seu tradita bona hereditatis: ut Bald. inquit, secus si interitum res translata, aut hypothecata reperiatur, tunc enim non directè hypothecaria in ipsa re, sed reuendicatio cõpetit.

27 Ex qua resolutione inferri videtur, quod tacita hypotheca quam in hac specie concedunt doctores fideicommissario vniuersali, ante restitutionem hereditatem, ad materiam concursus creditorum, de qua agimus modicè, aut nullius momenti vtilitatem secum affert: si enim singas casum in quo ipse hæres vniuersalis res restitutioni suppositas, etiam apud illum,

illum, seu heredes illius existentes, hypothecæ vinculo generali, aut speciali supponat, ipso facto reivindicatio competit, iuxta supra resoluta, ac subinde hypotheca illa inutilis videtur cum fideicommissario per actionem realem reivindicacionis, quæ illi acquisita proponitur per hypothecam, seu alienationem ab hærede, seu illius successore contractam, vberius, & plenius sit consultum: licet enim utraq; actio, scilicet hypothecaria, & realis reivindicacionis, hypotheca ab hærede contracta, fideicommissario competat, prout in legato tenuit *Pichardus ins. nostra autem institut. de legat. num. 10.* vbi dicit, quod licet actio hypothecaria, & reivindicacionis sint exercitio non vero origine contrariæ, & in earum concursu potest legatarius quæ malit eligere; nihilominus tamen utilius erit fideicommissario actione reali reivindicacionis uti, si enim hypothecariam exercere velit, alia hypotheca licet posterior tempore, quia forte sit privilegiata, veluti quia in domus, seu navis refectionem fuit credita pecunia: iuxta text. in *l. interdum. ff. qui potiores in pignore habeantur*, ipsum in concursu præcedere poterit.

28 In eo autem utilitas hypothecæ fideicommissario vniuersali concessæ, considerari potest, quia in optione illius erit hypothecaria hæredem alienantem experiri pro restitutione pretij, vel tertiū reipossessorem ad eam rem restituendā sentit *Noguerol d. allegat. 1. num. 82. per text. in authent. contra cum rogatus. C. ad Trebel. Dom. Præfens Valdequela cõsil. 187. nu. 58. Gom tom. 2. var. cap. 5. nu. 7. Crassus d. quest. 46. num. 3. Bart. Bald. Bolognetus, & alij supra, num. 26. Couar. in d. cap. Rainutius. §. 10. nu. 4. Negusant. in 3. mēb. 8 part. num. 4. Surd. d. decis. 76. num. 5. Pichard. num. 10. resoluit Fufarius supra quest. 558. Peregrinus de fideicommissis, art. 45. num. 15. & 16. Menochius de adipiscenda, remedio 1. num. 65. cui sententiæ assentire videtur *Thesaurus lib. 2. quest. forens. quest. 84.* vbi resoluit, quod bona libera possessoris maioratus, aut alijs hæredis sunt tacite hypothecata successoribus, aut fideicommissario pro deteriorationibus in rebus maioratus, aut fideicommissi factis: idem voluit *Mieres de maiorat. 4. part. quest. 59. num. 6.* licet contrarium tenuerint *Roderic. de ann. reddit. lib. 2. quest. 19. num. 7. Cancerius lib. 1.**

var. cap. 2. num. 104. Thoro in compendio, decis. 3. part. pagina 533. Surd. d. decis. 76 num. 8. Noguerol allegat. 1. ex num. 1. Fufarius supra quest. 611. num. 5. Peregrinus art. 40. num. 14.

An autē creditores in casibus in quibus rem fideicommissatio restituere tenentur, pretium repetere possint, utile in proposito dubium erit in quo pro illius vera resolutione plures casus distinguendi sunt, primus erit quādo pretiū petitur à fideicommissario qui rem fideicommissio subiectā non alienauit: secundus, quādo petitur ab hærede, & tamē emptor scienter, & mala fide emit: tertius, quādo sciēter emens pretij redditiōē sibi stipulauit: quartus, quando ignorāter emit, in priori casu proculdubio resoluendū erit, fideicommissarium pretiū quod non accepit restituere non teneri: iuxta text. in *l. mater, & in l. mancipium, C. reivindicacione. l. si sciens. C. ad Velleia num. 1. 2. C. de furtis. l. super. C. emittionibus. Barb. in l. 1. C. prescriptione 30. vel 40. annorum, num. 111.*

30 In secundo casu idem erit admitendum, quia regulariter emens cōtra prohibitionem legis scienter, pretium amittit: ut probat text. in *l. quemadmodum. C. de agricolis, & censitis, lib. 11. & in l. fin. C. de fundis rei priuata. l. si per emptione. C. de his qua vi. l. fin. C. de litigiosis docet Barbof. in d. l. 1. nu. 101.* vbi quod ille qui scienter emit rem maioratus cōtra prohibitionem legis, vel testatoris pretiū amittit: *Paulus in d. l. fin. §. sed quia, num. 2. Pinelus 3. part. l. 1. num. 100. & 96. C. bonis maternis, Thomas Gramaticus quest. 93 num. 3. Flores de Menain additionibus ad Gam. decis. 20.* vbi eleganter plures casus distinguit *Valasc. cõsult. 83. num. 11.* expresse *Cald. de renouat. emphit. quest. 16. num. 31. Præfens Valdequela Velasques cõsil. 187. nu. 58. Dom. Ioānes Baptista de Larrea decis. Granat. 74. num. 3. Castillo in l. 17. Tauri nu. 11.* & est communis scribentiū resolutio secundum *Couar. lib. 3. var. cap. 17. vers. ad eam, questionem, col. 4.* nequē obstat text. in *l. 3. C. de his qua vi. & in l. 1. C. rescindenda venditione.* quibus iuribus, facta venditione per metum, non amittitur pretiū: prætermisssis enim quæ *Acurtius ibi Donelus in d. l. 1. num. 21. Cuiatius in d. titulo. C. rescind. vendit.* iura illa procedunt ex eo quod prædicta venditio rescinditur per remedium restitutionis in integrum, quæ omnia redigit

de priuil. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

in pristinum statum. l. quod si minor. §. re-
stitutio. ff. de minoribus. ac proinde nil
mirum si restituta re pretium refunda-
tur: vel etiam respondetur, quod ea quæ
fiunt per metum, non prohibentur per
legem à principio, sed tantum rata non
habentur: l. i. ff. quod metus causa, sed si lex
resistat initio actus, tunc pretium amite-
tur vt in nostra specie, in qua res restitu-
tioni subiecta simpliciter à lege alienari
prohibetur: d. l. fin. §. sed quia. atq; ita in
hac specie creditoribus pretium nequa-
quam restituetur.

32 In tertio casu adhuc contra credito-
res decidas oportet: ratio est, quia cum
emptor propter prohibitionem legis
pretium amittat, pactum quod in effec-
tu inducit, ne illud amittatur valere non
potest: l. pacta quæ contra. C. de pactis. dein
de quia data legis resistentia contractus
ad eò nullus iudicatur, vt illius accesso-
ria non valeant. l. cum lex 47. ff. de fideius-
soribus. glossa in l. si patronus. §. i. verbo Fa-
biana. ff. si quid in fraudem patroni. & ex-
presse hoc tenet glossa in cap. Imperialem
in princ. verbo ex empto, de prohibiti. feud.
alienat. per Federicū, Tiraquelus lib. i. re-
tractus. §. 12. glossa. i. num. 12. Surdus con-
silio 382. num. 101. plures refert, & sequi-
tur Barbosa in d. l. i. num. 123.

33 Ceterum in hoc casu parumper sub-
sistendum est, quia illū oppugnat text. in
d. l. fin. §. emptor. C. communia de legat. vbi
qui emit rem scienter subiectam resti-
tutioni, pretium non amittit, si de stipula-
tione sibi caueat: idem probatur in l. si
fundum. C. euictionibus, quo loci, facta ve-
ditione rei alienæ potest emptor agere
de euictione, & pretij restitutione si sti-
pulatio interueniat: & hanc sententiam
admitit glossa in d. l. quemadmodum, verbo
emptor. & ibi platea num. 11. Valasc. con-
sult. 83. num. 12. Flores de Mena d. decis.
20. Tuscus litera T. conclus. 129. sentit Cal-
das d. num. 31. in fin. Couar. d. cap. 17. vers.
ad questionem, Peregrinus cōsil. 15. nu. 19.
post Aimon Cabalin. & alios quos refert
Barb. in d. l. i. num. 124.

34 Pro vera huius difficultatis resolutio
ne dic primo, eum qui sciēter emit rem
alienam, pretiū amittere. l. i. C. prescrip.
30. annorum, d. l. si fundum. l. regia 19. tit.
5. part. 5. iunctis traditis per Gom. tom. 2.
var. cap. 2. num. 28. Menochius cōsil. 365.
num. 15. Peregrinus de fideicommiss. art. 52
d. num. 58. Surdus lib. i. cōsil. 19. num. 37.
Tuscus lit. C. conclus. 354. num. 14. & con-

clus. 336. num. 15. Molina de iustitia, & iu-
re disp. 327. vers. observandum, Cald. de
empt. & vendit. cap. 11. d. num. 4.

Dic secundo, quod ille qui rem alienā
emit, si per stipulationem sibi caueat, po-
test agere non tantum ad pretij restitu-
tionem, sed etiam de euictione ad du-
plum, si aliās promittatur, & insuper ad
interesse, vt resoluunt Doctores supra
citati, nec obstat text. in d. §. emptor. quo
loci, ille qui emit rem subiectam resti-
tutioni scienter non potest agere ad du-
plum promissum: vltra relatos late Sur-
dus decis. 208. per totam, vbi nu. 12. (ait)
decisionem text. in d. §. emptor, procedere
in hoc contra iuris regulas, ac per con-
sequens ad alios casus trahi non debe-
ri, Couar. & alij de quibus Barb. in l. i. ff. so-
lut. matrim. 5. part. num. 27. Cuiatius in d.
l. si fundum, qui affirmat hoc fuisse consti-
tutum fauore vltimæ voluntatis, ne quis
accedat scienter ad emptionem quæ fit
contra iudicium defuncti: vt ex contex-
tura text. deduci videtur.

35 Quibus ita constitutis dic, quod præ-
dictus casus procedit in venditione, seu
alienatione nulla, vt pote facta contra
prohibitionē legis, non enim debet esse
in potestate emptoris per stipulationē
penam legis euitare, & illudere: Berous
in cap. si quis præsbyterorum, num. 92. de
rebus ecclesiæ refert, & sequitur Barb.
in d. l. i. de prescript. triginta annorum, nu.
126.

Nequē obstant iura in cōtrarium ad-
iuncta, procedunt enim in venditione,
& alienatione valida cui stipulatio acce-
dere potest, qualis est venditio rei alie-
næ, de qua agitur in d. l. si fundum. & in d.
l. 19. quæ quidem venditio valet in præ-
iudicium venditoris, l. rem alienam. ff. de
contrahenda empt. prout etiam valida est
alienatio, de qua in d. §. si emptor, qui lo-
quitur in fideicommissio cōditionali, cu-
ius alienatio interim tenet, dum condi-
tio nō adimpletur: sic respōdet Flores de
Mena in loco citato, Barbosa supra 5. part.
d. l. i. num. 36. in fin. & fere omnes supra
citati, vide tamen quæ tradit Cald. d.
quæst. 16. num. 31.

36 In quarto, & vltimo casu, hoc est quan-
do res subiecta restitutioni ignoranter
fuerit emptæ pretium creditoribus res-
titui debet, Barbosa proxime num. 38. vbi
subdit quoad hunc effectum censeri bo-
næ fidei possessorem illum qui in iure er-
ranit, quia error liberat à dolo, & cōse-
quenter

37 quenter à pena amissionis pretij, quæ propter illam incurritur: idem erit dicendum, si probetur pretium conuersum fuisse in vtilitatem heredis vendentis, vel adhuc saluum esse: vt probat text. in *l. prætorum. l. vtere l. si prædium. C. de prædijs minorum Valasc. num. 6. Barbosa num. 37. in locis proxime citatis, Gama decis. 217. num. 2. Egid. in l. ex hoc iure 2. part. cap. 5. num. 12. de quo latè supra ampliati. 1. num. 12.*

38 Sed obstat quod in terminis de quibus loquimur, scilicet quando res fideicommissio supposita scienter proponitur emptæ contra prohibitionem legis, pretium scelere quæsitum videtur, ac proinde quantuncumque proponatur conuersum in vtilitatem heredis vendentis fisco applicari debet. *l. fin. C. de litigiosis. l. auferitur 46. §. 2. ff. de iure fisci. l. 1. C. de prædijs decurionum. Valascus d. cõsul. 83. nu. 13. Gregorius Lopes in d. l. 19. glossa verbo, tornarle. Barbosa supra num. 37. & in l. 1. C. præscriptione 30. vel 40. ann. num. 95. Aliter enim, si pretium emptori, & sic creditoribus concederetur, ex dolo crimine, & malitia sua commodum reportaret: cõtra regulam legis non fraudantur 179. l. nemo. ff. de regulis iuris. id quæ non obstat text. in l. iubemus 14. §. sane. C. de sacrosanctis eccles. quia pretium ibi quæritur ecclesiæ vt conuertatur in pios vltus aduertit Barb. in d. l. 1. 5. part. num. 38.*

Cui difficultati ex mente Valasci d. cõsult. 83. num. 13. responde, constituendo differentiam inter eum casum, quo venditio, seu alienatio prohibetur à lege in fauorem publicum, primo, & principaliter, & inter illum, quo in fauorem priuatum primario, secundario vero in fauorem publicum prohibitio facta proponitur, in primo casu fisco applicari debet, etiam si conuersum dicatur in vtilitatem heredis, seu venditoris eo quod lex offenditur, succedit quæ regula *l. multarum. C. de modo multarum. nã vterque, scilicet emptor, & venditor contra legem peccauerunt, hoc tamen addito, quod cum de iure fisci nullus opponere possit: glossa in l. his consequenter, §. 1. ff. familiarum erciscundæ. quam notabilem dicit Alexander in l. si patroni, §. qui fideicommissum, ff. ad Trebel. Socinus in l. 2. ff. de excep. rei ind. num. 11. Snares allegat. 18. ad finem, Boerius decis. 25. in fin. Barb. in l. si alienam. ff. sol. matrim. num. 64. & 65. vbi*

tamen hoc intelligit nisi sententia priuatoria fuerit lata, contra Couar. contrarium tenentem de spõsalibus 2. part. c. 6. §. 8. nu. 13. Emptor interim repetit, sed si fiscus se opponat, perpetuo pretium repetere poterit, declarat Barbosa in d. l. 1. C. præscrip. 30. ann. num. 119.

40 In secundo vero casu aliter se res habet, quia pretium fisco applicari non debet si in vtilitatem venditoris conuertatur, & ita procedunt iura in contrarium adducta, atquæ ita in nostra specie semper creditores pretium in vtilitatem heredis conuersum repetere poterunt: sed hanc distinctionem impugnare videtur Barb. in d. l. 1. part. 5. ff. solut. matrim. num. 38. circa fin. quatenus inquit Valasc. d. loco, perperam hanc materiam intellexisse, ac subinde verius videtur, quod si fiscus se opponat, semper creditoribus præferendus erit, ex iuribus supra adductis, quibus adde text. in l. lucius. ff. de iure fisci. Gom. in l. 50. Tauri in fin. cuius doctrina posterius præfata distinctionis membrum oppugnat: quando autem pretium præsumatur conuersum in vtilitatem minoris alienantis contra prohibitionem legis, & similia, vide quæ dixi supra ampliati. 1. num. 10.

His ita ad veram, & perfectam cognitionem, & elucidationem nostræ ampliationis explicatis, res rei consentanea erit, vt limitationes illius annectamus, videlicet casus in quibus creditoribus fideicommissarium rem suam petentem repellere licebit.

41 Et primo limitabis superior em resolutionem non procedere quando res si deicommissio supposita, alienata ab hærede ignorante, in emptorem ignorantem peruenit, quia tunc fideicommissarius rem sic illo titulo alienatam, aliàs hypothecaram in præiudicium creditorum vindicare non poterit: hæc resolutio probatur ex text. in l. vlt. §. vlt. ff. de legat. 2. vbi Iureconsultus sic ait, Respondi propter iustam ignorantiam, tã mulieris, quã emptoris, hæredem mulieris vt fudus apud emptorem remaneat fideicommissario pretium dare debere. Nam in specie de qua illic maritus vxorem heredem instituit vniuersalem, & eam grauauit in codicillis, vt post mortem suam alteri hæreditatem restitueret; codicillos autem post mortem vxoris aperiri testator præcepit, & vxor cum ignoraret quæ in codicillis continebantur, prædium hæreditarium

de priuil. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

tarium vēdidit, quod infructuosum est existimabat, postea vero mortua uxore, & vivente adhuc fideicommissario, atque ita impleta conditione, & cedente die fideicommissi, consultus Scævola, utrum hæc venditio retractari posset respondit, reuocandam non esse propter istam ignorantiam utriusque contrahentis, atque ita decisionem illius text. ad hoc notabilem, & singularem reputant Bart. & Paul. ibidē, idem Bart. in d. l. ult. §. *fin autem*, C. comm. de legat. num. 2. ias. in authent. res quæ, nu. 2. & ibi Padilla num. 3. C. eodem tit. Menoch. lib. 1. cōsil. 44. nu. 16. Cald. de renouat. quæst. 16. num. 69. Vincentius Fusarius ubi supra quæst. 556. nu. 1. Reinosus observat. 10. nu. 10. Mascardus de probat. conclus. 779. num. 3. Petra de fideicommissis, quæst. 3. num. 39. Peregrinus eodem tit. art. 40. num. 38. Dom. Præses Valenzuela cōsil. 187. num. 58. qui fere omnes existimant per illum text. intelligendas, & interpretandas esse omnes leges quæ prohibent alienationem rerum quæ fideicommissio subiacent, ita ut posterior

42 res, & nouissimæ leges ab eo interpretatione accipiantur iuxta regulam text. in l. sed & posteriores. ff. de legibus. atque ita decisionem illius text. hodie etiam procedere data ignorantia utriusque contrahentis, nec abrogatā censeri, per text. in d. l. ult. §. sed quia nostra, docent ibidē Paulus sequuntur Bart. in d. l. ult. §. ult. Socinus in d. l. 3. §. res quæ. ff. ad Trebel. nu. 1. ubi Barbatia Ruinas cōsil. 110. num. 14. lib. 2. licet contrarium teneat Alexader in d. §. res quæ, Padilla in d. authent. res quæ num. 11.

Quamuis enim in herede sciente doctores distinguant inter fideicommissum conditionale, & purum cōstituentes manumissionem serui valere si heres post mortem, vel sub alia conditione gravatus eum manumiserit, ut probat text.

43 in d. l. quidam ita 25. §. ult. ff. ad Trebel. diuersum resoluentes si heres puro fideicommissio gravatus fuerit, quo casu cōstituant manumissionem serui non valere: ita intelligētes text. in d. §. sed quia nostra. & colligitur ex his quæ Fusarius num. 11. Peregrinus num. 39. Padilla num. 11. in locis modo citatis. nihilominus si heres ignorauerit fideicommissum relatum fuisse, tunc siue cōditione, siue sub pure gravatus fuerit de hereditate restituenda valebit alienatio, & manumissio serui: iuxta decisionem text. in d. l.

ult. §. ult. secundum quam est accipiendus, & interpretandus, text. in d. §. sed quia. quapropter data scientia sola manumissio heredi permittitur in fideicommissio conditionali, at vero in casu ignorantie manumissio non sola, sed qualibet alia alienatio etiam in fideicommissio puro: ut colliges ex his quæ post Ruinum Castrens. & alios quos refert, tradit Fusarius d. quæst. 556. num. 12.

Hæc autem ignorantia debet esse iusta, nec sufficiet heredi aliās creditoribus qui ab eo causam habent ignorantiam allegare, quia sola allegatio ignorantie sufficiens non est quando cōtrahentes rei alienatæ qualitatem scire potuerunt, presumitur enim scientia in eo qui poterit de facili scire, l. si auia in fin. C. de ingenuis, & manumissis. l. si duo 38. ff. acquirenda hæredit. ubi sciens æquiparatur illi qui scire potuit (illic) qui enim scit, aut scire potuit explicat Reinosus proxime nu. 12. notat Dñs Ioan. Bapt. de Larrea decis. Gravet. 55. num. 15.

Amplia primo cōclusionem deductā ex text. in d. l. ult. §. ult. ne dū procedere in alienatione rei hereditariæ, quæ cōtinetur in fideicommissio vniuersali, in quo loquitur text. ille, sed etiam in alienatione rei, quæ fuit relicta titulo fideicommissi particularis, quia fideicommissario in prejudicium creditorum nequaquam incurri debet, quam sententiam illud efficaciter probat regula iuris, est quod non valet alienatio rerum quæ fideicommissio subiiciuntur, ut in d. authent. res quæ, siue fideicommissum sit vniuersale, siue particulare, d. l. ult. §. sed quia nostra (illic) vel quæ restituta alijs disposita sunt, vel substitutioni supposita. nam priora verba referuntur ad fideicommissum particulare, posteriora ad vniuersale, quod substitutio fideicommissaria appellatur: & idem probat text. in d. l. ult. §. fin autem in princip. cum igitur in dicta l. ultima. §. ultimo. ff. legat. 2. limitatio prædictæ regulæ constituatur negari non potest utrobique habere locum quod illic deciditur si detur ex utraque parte ignorantia, siue fideicommissum sit vniuersale, siue particulare, aliās enim exceptio, seu limitatio ibi posita non esset deregula, nec ad regulam pertineret, contra decisionem text. in l. generali §. uxori. ff. de usufructu legato. regula iter enim exceptio debet esse de regula Cardia. Tusc. litera E. conclus. 423. surdus

45 *das cōfil. 125. num. 43. Farinacius tom. 1. part. 1. decis. 144. nu. 6. Flamin. de resignat. lib. 5. quæst. 6. nu. 186. atque ita hac resolutionem tenet Paulus in d. §. sed quia nostra. num. 4. Socinus in d. l. 3. §. res quæ. num. 3. Petrus d. quæst. 3. num. 40. in fin. Peregrinus art. 40. num. 39. plures refert Fusarius supra num. 10. ubi hanc partem sequitur.*

Sed hæc resolutio licet de iure antiquo verissima sit, hodie tamen dubia, & anceps videtur, quia fideicommissum particulare magis afficit rem, & magis impedit alienationem, quam vniuersale, nam fideicommissum particulare statim ab adita hereditate transit in dominium fideicommissarii (vt supra diximus) absque aliqua restitutione, non sic in fideicommissum vniuersale, quia hodie sicut olim vt dominium translatum dicatur 47 restitutio erit necessaria. (vt superius traditur) & in specie contrarium tenent Menoch. d. cōfil. 44. num. 18. decis. Pedemontana 73. num. 3. Magon decis. Luc. 33. num. 23. plures quos refert Fusarius d. quæst. 556. num. 7.

Mouentur ex text. in l. seruus, ff. de manum. & in l. generaliter, ff. qui, & a quibus. l. seruus legato, §. 1. ff. legat. 1. ubi habetur quod seruus particulariter legatus sub conditione, non potest manumitti: & tamen contrarium deciditur quando venit in restitutione vniuersali hereditatis. d. l. quidam, §. vlt. quemadmodum seruus specialiter pignori datus non potest manumitti: & tamen si generaliter pignori fuerit subiectus reus manumitti potest. l. 3. C. seruus pignori. l. 3. ff. de manum. l. 4. l. pignori 26. d. l. generaliter, ff. qui, & a quibus. l. est differentia. ff. in quibus causis pignus, vel hypotheca ratio deducitur ex text. in l. generaliter. §. si quis seruum. ff. de fideicommiss. libert. (illic) Neque enim ignota est quod multa contra iuris rigorem pro libertate sint constituta.

46 Quare pro concordia dici poterit, quod si fideicommissum particulare, seu aliàs legatum, eius sit natura, & conditionis, vt dominium ab adita hereditate transferatur ipso iure in fideicommissarium, seu aliàs legatarium, tunc heres etiam ignorans alienare non poterit quantuncumque seruus manumissus proponatur, de quo in d. l. quidam, §. vlt. cuius decisio sic interpretari debet propter expressam dispositionem text. in d. §. sed quia nostra, ubi manumissio expres-

se prohibetur cum enim dominium proponatur fideicommissario iam questum, non est sufficiens causa ignorantia heredis, vt sine illius voluntate ab eo dominium auferatur: iuxta regulam text. in l. id quod nostrum. ff. de regulis iuris. l. vlt. ff. de pactis. & consequenter fideicommissario aduersus creditores hypothecarios, qui forte eandem rem obligatam habent, subueniendum erit.

Si vero dominium questum non sit ab adita hereditate, veluti quia seruus alienus fuit fideicommissus, aut legatus, quo casu debetur estimatio, iuxta text. in l. si quis inquilinos 112. §. 1. ff. legat. tunc superior resolutio, & ampliatio etiam hodie de iure nouo attentata dispositione, text. in d. §. sed quia nostra, admitenda erit.

47 Declara secundo prædictam primam limitationem, vt procedat duntaxat quando res de qua agitur tacite alienari prohibetur, nam si expresse alienatio à testatore interdicitur, non poterit heres etiam ignorans rem illam alienare, quod si eam vendiderit, vel alienauerit, reuocabitur alienatio, & consequenter causa fideicommissarii in concursu aduersus creditores hypothecarios preualebit: Dom. Preses Valenzuela Velasques cōfil. 187. num. 58. glossa in l. cum pater, §. libertis, ff. de legat. 2. Peregrinus d. art. 40. num. 39. decisio Pedemontana in loco præallegato in fin. Mincheca de successuum progressu, §. 28. nu. 222. Fusarius quæst. 569. num. 25. Padilla in d. authen. tres quæ, num. 10.

48 Declaratur tertio non procedere quando hæres qui alienauit, soluendo non est, tunc enim fideicommissarius in concursu præferendus erit emptori, seu aliàs creditoribus, qui forte in ipsa re ius reale constitutum habent, & poterit reuocare rem alienatam ni pretium ei soluatur: argument. text. in l. plane 94. §. qui rogatus. ff. de legat. 1. Peregrinus ubi proxime, num. 39. Fusarius num. 20. Padilla num. 3. Crassus in §. fideicommissum, quæst. 56. nu. 5. Ratio huius declarationis ea est, nam alienatio facta ab herede ignorante, non approbatur à lege simpliciter, & absolute, sed ea lege, & conditione, vt hæres qui alienauit pretium rei alienatæ fideicommissario soluere teneatur: vt probat text. in d. l. vlt. §. vlt. in verbo, respondi. & in d. l. quidam ita. §. vlt. in primo casu quem ibidem ponit text. & in vers. hoc amplius. Igitur si hæres soluendo non fue-

de priuil. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

rit, res redducitur ad ius antiquum, & alienatio non valebit, atque ita poterit per fideicommissarium aduersus creditores reuocari.

49 Sed contrarium voluit Socinus in d. l. 3. §. res quæ. num. 9. in fin. ducitur, quia regressus ad pretium contra emptorem rei fideicommissio subiectæ, tunc conceditur, quando dolus heredis alienantis intercessit: ita enim loquitur, & procedit text. in d. l. plaut. §. qui rogatus. sed in specie huius declarationis non datur dolus heredis alienantis, supponimus enim quod bona fide alienauit, igitur non debet competere fideicommissario actio contra emptorem quâ tuncquæ heres non soluendo fuerit.

His tamen non obstantibus à priori sententia non recedas, quam non impugnat ratio modo considerata, quia in hac materia alia ratio attenditur, hoc est, ne factum cuiusquam alteri dânum afferat, ut in d. l. quod ita, §. ult. vers. hoc amplius. ut sic astringatur heres ad soluendum pretium rei quæ alienata proponitur, quæ sane ratio euincit, quod si heres soluendo non fuerit, negari non debet regressus contra emptorem. Secundo, quia præcedens alienatio in præfata specie valet ob iustam ignorantiam contra iuris regulas cum obligatione soluendi, sane quando heres soluendo non est redducimur ad regulas iuris ordinarias, per quas docemur, quod non valet alienatio fideicommissi, igitur, sic Curtius in d. authent. res quæ num. 51. quæ quidem opinio æquior est ne prorsus offendatur voluntas testatoris qui fideicommissarium illo fideicommissio honorauit, atque ita nil mirum si res per fideicommissarium in subsidium è concursu vendicari possit.

Declaratur quarto non procedere in alienatione titulo lucratiuo facta, Peregrinus d. art. 40. num. 39. Fusarius num. 14. Padilla num. 12. dictis locis,

50 Limita secundo principaliter ampliationem de qua supra non procedere in re quæ titulo dotis, aut donationis propter nuptias alienata proponitur, quia si legitima filiorum non sufficiat ad constituendam dotem, & donationem propter nuptias, & propterea ad huiusmodi dotem constituendam heres, seu filia re illam alienauerit, non utique retractabitur, & consequenter hypotheca ab herede, seu aliâ debitore super ea constituta causæ fideicommissarii preferenda erit:

quod probatur ex text. celebri in authentica res quæ, C. communia de legatis. ubi Imperator rationem illius constitutionis reddit: scilicet, Quod ea quæ communiter omnibus prosunt priuatorum utilitatibus præferenda sunt. cum enim in dote publicus fauor consideretur ut sic mulieres nubere possint, ut pluribus hominibus res publica adimpleatur, iuxta text. in l. 1. ff. sol. matrim. aliâs enim mulier indotata non facile maritum inuenire poterit: idcirco lex constituit ut pro dote possent alienari res fideicommissio subiectæ, tametsi ex hac alienatione notabile præiudicium fideicommissario tribuatur: illustrent hanc resolutionem Peregrinus de fideicommissis, art. 42. Surd. de alimentis. tit. 1. quæst. 31. nu. 15. Menoch. de arbitrarijs, casu 182. num. 88. Petra in dicto tractatu de fideicommissis, quæst. 8. num. 330. Motiua de primogenijs Hisp. lib. 4. cap. 6. ex nu. 2. Anton. Faber in suo C. lib. 6. tit. 21. communia de legatis. Loases in d. l. filius famil. §. diuis. nu. 140. Padilla in dicta authent. res quæ ex nu. 42. & per totum, Crassus in §. fideicommissum, quæst. 97. in princ. Barb. 4. part. 1. ff. sol. matrim. num. 15. Noguero allegat. 17. nu. 22. & allegat. 40. nu. 35. Baeza de nō mel, cap. 8. num. 4.

Quod non solum procedit in dote, sed etiam in donatione propter nuptias, ut text. habet, quæ quidem illa dicitur, quæ datur à marito, vel ab alio eius nomine uxori pro oneribus matrimonij in compensationem dotis, & ad eius maiorem securitatem: l. cum multa. C. de donat. ante nuptias. & soluto matrimonio reuertitur ad maritum, vel illius hæredes, cap. ult. de donat. inter virum, & uxorem.

53 At hæc donatio propter nuptias in Hispania ab usu recessit, quia in eius locum successerunt arrhæ: ut per Gom. in l. 53. num. 9. Barb. proxime 5. part. nu. 58. Sánchez de matrim. de donat. inter virum, & uxorem, disp. 1. de quo infra dicemus.

Qua autem ratione prædicta constitutio fuerit inducta, doctores sibi parum constant, & ex defectu potestatis inductam fuisse, voluit Paulus lib. 1. cõsil. 80. num. 1. subscribit Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 189. num. 10. Fótanella de pactis nuptialibus tom. 2. claus. 5. part. 2. glossa 1. nu. 3. Baeza supra num. 36.

54 Ducitur hæc Pauli sententia ex eo, officium paternum est filias dotare, & pro eis donationem propter nuptias facere, l. qui liberos, ff. ritu nuptiarum, l. ultima. C. de

C. de dotis promissione. Ias. in authēt. res. C. comm. de legat. num. 17. & ibi Menesius num. 77. Cald. de extin. cap. 10. nu. 24. Bacz a in tract. de nē mō. filiabus, cap. 2. nu. 29. Parisius lib. 3. cōsist. 29. nu. 6. qui hoc intelligunt etiam si filia diues sit quare si pater ad hoc tenetur, quo pacto potest bona sua fideicommissio subijcere in prę iudicium huius obligationis, aut alias eximi ab illa obligatione dotandi, & donandi propter nuptias: argumento text. in l. sicut. C. actionibus, & obligationibus. atque ita ex prædictis colligitur, quod prædicta constitutio ex defectu potestatis introducta fuit: vnde Pauli sententiā post Menoch. & Fótanelam sequuntur Padilla vbi supra nu. 17. Pinel. 3. part. legis 1. C. bonis mater. num. 102.

55 Contrarium tamen, videlicet nouam illius text. decisionem, nō ex defectu potestatis, sed ex verosimili mente testatoris emanasse: probat text. in *authēt. de restitut. §. quam ob rem in fin. collat. 4. (illic) Sienim, & ante nos ex generalibus hypothecis plurima per præsumptionem exceperūt. Quo loci Imperator apertè demonstrat, quod quemadmodum à generali hypotheca bonorum detrahuntur ea quę verò similiter quis obligaturus non esset (verbi gratia) vestis suppellex, & similia, & alia quę in quotidiano vsu habentur id quę ex verosimili mente debitoris, l. obligatione generali cum duabus sequētibz, ff. de pignoribus. sic in terminis illius text. ex præsumpta, & verosimili testatoris mente à generali fideicommissio bonorū dos, & donatio propter nuptias eximuntur, vnde non ex defectu potestatis, sed ex verosimili mente testatoris illam constitutionem inductam fuisse fateri oportet.*

Quibus rationibus ducti Pauli sententiam improbant Ias. in *d. authēt. res quę*, num. 25. & ibi Curtius Iunior. Conar. lib. 3. var. cap. 6. num. 10. Molina qui alios refert proxime lib. 4. cap. 6. num. 12. Petra dicta quæst. 8. num. 338. Menoch. vbi proxime nu. 5. & est vera, & tenenda sententia, quam nō contradicant Padilla. Pinel. & alij pro contraria supra citati.

56 Prædictis igitur sic annotatis circa explicationem text. in *authēt. res quę*, & rationem in qua innititur illius decisionē, & consequenter nostram principalem ampliatiōem quinque modis ampliabis, & alijs tribus limitabis, sicquē decisio illa ad materiam nostram applicata pertinet, & vtiliter remanebit explicata:

Amplia igitur primo secundam limitationem, de qua supra deductā ex text. in *d. authētica res quę*, sic modo declarata, vt procedat, & habeat locum etiam quando bona restitutioni subiecta expressè alienari prohibeantur, quia in eis creditorum causa melior, & potior erit, quę resolutio colligitur ex doctrina Bart. in *d. §. diui*, nu. 10. Cino, Odofredo, Bald. & Saliceto in l. voluntas, C. de fideicommissis, sequuntur. & communem dicunt Ias. in *d. §. diui*, num. 59. Ripa nu. 70. Loases nu. 341. Crotus num. 44. Menoch. d. præsumpt. 189. num. 96. Surdus decis. 62. num. 5. plures refert, & sequitur Fótanela vbi proxime nu. 69. Gom. in l. 40. Taur. num. 87. Couar. d. cap. 6. num. 10. Padilla in *d. authēt. res quę*, num. 52.

In quam sententiam adducit Bart. de decisionem text. in l. mulier. §. cum proponeretur, & in l. à filia. ff. ad Trebel. sed fallitur, quia præfata iura loquuntur in prohibitionem tacita de non alienando, quę resultat ex fideicommissio, at nos in præsentia rē agimus de expressa, nec obitat quod Iureconsultus ait in *d. l. à filia*, dotē scilicet haberi loco æris alieni: satisficit enim si dicas procedere in ea specie, qua dos per patrem fuit promissa, idcirco melius hæc ampliatio probatur ex ratione expressa in *d. authēt. res quę* (illic) Ea enim quę cōmuniter omnibus prosunt ipsę quę quibusdam vtilia sunt præponimus. Quę quidem ratio comprehendit etiam casum expressę prohibitionis de non alienando, & cum decisio de qua illic procedat ex verosimili mente testatoris etiam in hac specie locum habere debet, quippe quod verosimile est quod testator casum dotis cōstituendę descendētibz suis exciperet à generali, & expressa prohibitionem de non alienando, si de eo recordatus fuisset.

57 Quinimo in maioratibus habentibus expressam prohibitionem de non alienando, permissam esse alienationem ex causa dotis, tenent Palatius in repetit rubricę §. 16. à principio Fótanela supra num. 104. Menoch. d. præsumpt. 189. nu. 175. vbi plures refert, & respondet argumentis à Molina in contrarium adductis Thesaurus de eis. 192. num. 4. Petra d. quæst. 8. num. 500. Suares in l. quoniam in prioribus. C. in officio testamēt. ad legem regiam, limitat. 2. num. 12. Padilla in *d. authēt. res quę*, num. 53. in fin. sentit Gom. in l. 40. Taur. nu. 83. in princ. vbi in maioratibus hoc admittit quando

de priuileg. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

58 quando tacita adest prohibitio testatoris, quorum sententia ex eo defendi potest, quia maioratus nihil aliud est quam fideicommissum familiae relictum, & ideo de fideicommissis ad maioratum regulariter validum est argumentum, ut per *Molinam ubi supra lib. 1. cap. 7. num. 9.* Igitur quo pacto bona fideicommissi alienari possunt pro dote, & donatione propter nuptias eodem etiam bona maioratus distrahi poterunt.

Contrarium tamen tenet *Gregorius Lopez* in l. 6. tit. 1. part. 6. verbo, *Que l'non pudiesse vender.* *Conar. d. cap. 6. ad finem, versiculo postremo, Molina qui late profertur d. lib. 4. cap. 6. num. 19. ubi num. 20.* distinguit inter alimenta, & dotes, quas tempore mortis maioratus institutor soluere altitatus erat, & eas scilicet dotes, & alimenta quae eo tempore soluere non tenebatur, in primo casu constituit praedictam authenticam habere locum, secus in secundo subteribit ibidem additio *num. 17. & quae ad num. 22. per Dom. Castill. controuers. tom. 5. cap. 55. num. 61. Barbosa 4. part. l. 1. num. 131. solut. matrim. Pinelus in d. l. 1. 3. part. num. 102.* & haec est vera & tenenda sententia, quae communiter totius Hispaniae consuetudine est approbata secundum quam bona maioratus ne quae pro dote, neque pro alijs similibus causis alienari possunt, nec consequenter in eis creditorum causa aduersus maioratus successorem iuari debet, quam quidem opinionem ex sequentibus firmare poteris.

60 Primo, quia Imperator in d. authentica res quae, idcirco voluit alienari posse pro dote bona fideicommissis subiecta, quia fauor publicus dotis priuatorum utilitatis preferendus erat, ut patet ex verbis illius constitutionis, quae paulo ante memorasti, ex quo facit deducitur quod decretum illius in his duntaxat fideicommissis procedat in quibus versatur priuata utilitas eiusdem fideicommissarii cui bona restituenda sunt, idcirco ad maioratus in quibus publicus fauor consideratur extendi non potest, ut per *Tiraquel. de primo genys. quaest. 4. num. 13. Molina d. lib. 1. cap. 18. in princ.* quidquid hanc rationem euertere intendat *Fotancela in loco supra allegato num. 106.*

Deinde ex eo probatur quoties in aliquo casu concurrunt duo privilegia equalis potentis illud preferendum est in quo agitur de damno vitando, prout colligitur

doctores ex text. in l. verum. §. item queritur, ff. de minoribus. docent *Bart. num. 3. Ias. num. 11. in authet. quas actiones, C. sacro sanct. eccles. Menochius consil. 447. num. 37. Gratianus discep. forens. cap. 202. num. 31. tom. 1. Hermosilla in l. 4. tit. 1. part. 5. glossa. 1. num. 7.* Sed maioratus in quaest. proposita agit de damno vitando, igitur tametsi in dote publicum fauorem verti dicamus, privilegium tamen maioratus praeferrere debet: ne scilicet bona eius alienentur, nec consequenter creditorum causa maioratus successoris prauiditum dabit.

62 Amplia secundo dictam secundam limitationem ne dum procedere in re quae pro dote constituenda alienatur, sed etiam in illa quae pro restitutione, & solutione dotis distrahitur, quia in hypotheca super illa constituta adhuc creditorum causa preualebit aduersus fideicommissarium, glossa d. authent. res quae, & ibi *Bart. quaest. 2. Fusarius ubi supra quaest. 532. num. 1. Grat. discep. Forens. lib. 2. cap. 331. Menoch. d. lib. 4. praesumpt. 190. Molina d. cap. 6. num. 7. & ibi additio Padilla in d. authent. res quae, num. 47. plures quos refert, & sequitur *Conar. d. cap. 6. num. 10. Noguerol, qui in specie creditorum hoc resoluit allegat. 27. num. 22. ubi hoc extendit ad solutionem usurarum, & reddituum dotis, quod adducit *Fusarius supra quaest. 631. num. 41. & 42. Paschal de patria potestate 2. parte, cap. 7. num. 32.***

63 Amplia tertio secundam limitationem, ne dum procedere in re quae sic pro dote constituenda alienata proponitur ad contrahendum spirituale, quae dari solet monialibus ingredientibus religionem, nam ad hac creditorum causa pro suis hypothecis preponi debet, atque ita fideicommissarium repellere, quippe quod argumentum de matrimonio carnali ad spirituale validum est, cap. inter corporalia de translatione praelati, authent. nisi rogati, & ibi notatur *C. ad Trebel. Thom. de Thomaset. in floribus legum, regula 51. Sarmient. de redditibus, part. 4. cap. 5. num. 11. Palac. in cap. per verstray. 11. num. 3. de donat. inter virum & uxorem. Menoch. de praesumpt. lib. 4. quaest. 83. num. 21. unde cum Imperator in d. authent. res quae, constituerit alienari posse res fideicommissis subiectas pro dote idem admitendum erit in dotibus quae monialibus praestari solet, quinimo ingressus religionis maius tempus.*

rimonio carnali fauorabilior est, vt bene deducitur ex text. in *authēt. de sanctissimis Episcopis*, § *sed hoc præsenti*, collat. 9. ita *Bart. in d. authēt. res quæ*, num. 7. *Bald. Salicetus, Angelus, & Cornens vbi Ias. communem dicit num. 18. sequitur Gom. in d. l. 40. Taar. num. 87. vers. sed primo*, *Costa de remedio subsidario, remedio 6. num. 1. Menoch. de præsump. præsump. 189. d. lib. 4. num. 90. Padilla in d. authent. res quæ*, num. 54. *Fótanela vbi supra nu. 66. Petra quæst. 8 num. 418.*

64 Amplia quarto dictam secundam limitationem ne dum procedere in re, quæ fuit alienata ab herede, seu filio qui possidet bona fideicommissi, verumetiam in ea quæ distrahitur à filiabus eiusdem possessoris, & generaliter ab omnibus descendantibus testatoris qui fideicommissum reliquit, nam pro filiarum dote quoties opus fuerit poterunt alienari illa bona si ex alijs bonis liberis dotari non valeant, atque ita creditores pro re illa sic alienata fideicommissio preponi, & præferri debent, colligitur ex traditis per *Bart. in d. authent. res quæ*, num. 3. *Ias. num. 6. Padilla num. 58. Molina d. cap. 6. nu. 5. vbi additio Petra quæst. 8. Menoch. num. 15. locis paulò ante citatis.*

65 Amplia quinto secundam limitationem de qua supra, ne dum procedere in fideicommissio vniuersali, sed etiam in particulari, nam quo ad effectum alienandi bona fideicommissio supposita pro dote non potest inter vtrumquæ fideicommissum differentia considerari, licebit ergo vtrumquæ euertere ex causa dotis, & consequenter creditoribus proprias hypothecas defendere iuxta doctrinam *Bald. in d. authentica res quæ*, num. 6. & *ibi Paulus col. 1. Ias. num. 10. Padilla num. 108. Peregrinus d. art. 42. num. 54. vbi nu. 23. quod res alienata nequicquam reuocabitur etiam oblato pretio*, subscribit *Fusarius quæst. 531. num. 56. Item etiam pro alimentis præstandis heredi grauato, & pro eo ab hostibus redimendo, ne anima periculū patiatur, quas ampliaciones late prosequantur Padilla in d. authentica res quæ*, ex num. 47. ad num. 114. *Gomes in d. l. 40. Tauri ex num. 87. Fusarius quæst. 535. ex num. 12.*

66 Neque obstat supra dictis, quod decisio text. de qua in *d. authent. res quæ*, exorbitat à regulis iuris cōmunis, & ideo non videtur amplianda, neq; extendēda ad prædictos casus, & alios quos late pro-

sequitur *Peregrin. Fusar. Padilla, & Gom. paulò ante citati. Respondetur enim prædictam constitutionem non esse exorbitantem, sed limitatoriam iuris antiqui, planè licet lex exorbitans non extendatur de casu ad casum, intelligendo tamē de lege exorbitanti, vt per nos supra in præludio primo, lex tamen limitatoria rectè ex similitudine rationis extēdi poterit, vt latè probat Barboza in l. si constan- te, num. 94. ff. solat. matrim. Padilla in d. authent. res quæ, num. 9. iunctis per nos traditis supra d. præludio 1. num. 24.*

67 Limita primo prædictam secundam limitationem principalem procedere nisi testator, aut aliàs institutor maioratus, aut fideicommissi expresse prohibeat alienationem etiam ex causa dotis, quia tunc causa creditorum fideicommissario, aut maioratus successorī cedit: colligitur ex his quæ *Curtius Iunior in d. authentica res quæ*, nu. 36. *Gom. nu. 87. Molina d. cap. 6. nu. 1. vbi additio idem resoluit quando in cōperto est cōiecturis, ac præsumptionib⁹ interdictā esse alienationē, veluti si dicat, quod nullo modo, aut nullo euentu distrahatur: plures pro hac parte refert Fusarius d. quæst. 531. nu. 67. Gregorius Lopes in l. 6. tit. 11. part. 6. verbo, que la non pudiese. Padilla in d. authentica res quæ, num. 116. Crassus in §. fideicommissum quæst. 57. num. 3. Conar. vbi supra num. 10.*

68 Limita secundo secundam principalem limitationem non procedere in arthibus quibus tota Hispania vtitur, itaque heredes de restituenda hereditate grauatus, cum non habeat alia bona libera ex quibus arthas promittere possit, non tamen propterea bona fideicommissio supposita alienare poterit, seu diminuerē, quia hoc non reperitur lege cautum. *Valasc. cōsult. 2. num. 10. & consequenter in re sic alienata nullum ius creditoribus acquisitum censetur*

Sed subsistendum est nā bona fideicommissi distrahi possunt ex causa donationis propter nuptias: vt probatur in *d. authent. res quæ*, & docent *Fusarius quæst. 533. Molina cap. 6. num. 7. dictis locis. at donatio artharum quibus tota Hispania vtitur, & donatio propter nuptias idem sunt, vt docet Suarez in titulo de las arthas, num. 2. & expresse probatur in l. 1. tit. 11. part. 4. igitur quemadmodum ob causam cōstituendi donationem propter nuptias licet subuerti fideicommissum, ita etiam*

d

licebit

de priuil. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

sicebit pro arrhis constituendis.

69 Cui difficultati respondere poteris, arrhas quibus hodie vtimur nimis differre à donatione propter nuptias, nam illę conceduntur mulieri in præmium pudicitię, seu nobilitatis, vt perpetuo maneant apud illam, donatio autem propter nuptias soluto matrimonio reuertitur ad maritum vt probat text. in cap. ultimo de donat. inter virum, & uxorem. item differant in alijs quę late prosequitur Valasc. d. consultat. 2. ex num. 9. quare nõ esse eandem donationem arrharum, & propter nuptias, sed nimis in terse differre docent Conar. de spõsalibus 2. part. cap. 3. §. 7 num. 11. Gom. in l. 52. Tauri, num. 12. Sanchez de donat. inter virum, & uxorem, disputat. 1. num. 1. Azueved. in l. 2. num. 9. tit. 2. lib. 5. recop.

70 Nec prædictis refragatur text. in d. l. 1. part. 4. quia ex illa lege duntaxat colligitur, & probatur donationem propter nuptias, quo tempore leges partitarum conditæ fuerunt arrham in Hispania appellari, sed hodie diuersis nominibus appellantur huiusmodi donationes, & valde differunt inter se: sic respõdet Conar. d. §. 8. num. 12. Sanchez vbi supra disput. 1. num. 1. Ex quibus colligitur, quod licet bona fideicommissi distrahi possint ex causa donationis propter nuptias, nõ tamen poterūt alienari pro arrhis promittendis, seu soluendis, ita Valasc. consultat. 2. num. 10. nec consequenter in concursu in huiusmodi bonis creditorum causa præualebit.

71 Limita tertio, eandem limitationẽ non procedere in augmento dotis pro quo huiusmodi bona distrahi non valent, atque ita hypotheca creditorum super hac re inutiliter alienata, constituta in cõcursu fideicommissario non præiudicabit, quod probatur ex text. in authentica de restitutione, §. hoc igitur. collat. 4. docent Menoch. d. præsumpt. 189. num. 156. Peregrinus art. 42. num. 39. & 40. Fusarius quæst. 531. num. 116. vbi hoc declarat procedere quando pater relinquit dotem filię cõgruam, secus in dote tenui: pro quo faciunt quæ Bald. in d. authent. res quæ, nu. 10. Paulus num. 7. vbi secure constituunt dotem augeri posse cõstare matrimonio, quorum sententiam admittit Padilla ibidem num. 121. quando nulla datur fraudis suspitio, nequẽ cõiectura, ex qua colligitur hæredem grauatum ad euertendum fideicommissum dotem datam au-

geri voluisse, quasi decisio text. in d. §. hoc igitur, solum procedat interueniẽte fraude.

72 Limita deniquẽ non procedere in extraneis, sed duntaxat in descentibus testatoris, vt colligitur ex verbis d. authent. res quæ, (illic) sed si liberis atque ita hanc limitationem docuerunt Paulus ibi num. 4. Bald. num. 10. Conar. d. cap. 6. num. 10. Gom. in l. 40. Tauri, num. 87. Fusarius d. quæst. 531. num. 95. vbi hoc tenet in fideicommissio à fratre constituto, quod tamẽ intelligi debet nisi aliàs sororem dotate teneatur, atque ita semper in his rebus per easdem personas alienatis fideicommissarij causa melior, & potior erit.

73 His igitur sic annotatis ad intellectu, & explicationem text. in d. authentica res quæ, sic vt supra ad materiam de qua agimus reducta, iam secure regulam cõstituere poteris, quod in omnibus casibus in quibus fideicommissio grauatus bona illa alienare potest in terminis d. authentica res quæ: in his equidem hypotheca super hac re illo titulo distracta, fideicommissarij causa rem vindicare volentis semper, & vbique potior, & melior erit in illis vero in quibus alienandi facultas restricta est, creditorum causa præualere debet, sed antequam ad alia diuersa dilabamur vtile erit inuestigare quæstionem celebrem quæ quidem in hac materia rerum quæ fideicommissio subiiciuntur quotidie in fori praxi euenire poterit.

74 Vtrum scilicet concessa à principe facultate ad vendendum bona fideicommissi, & maioratus intelligatur etiã concessa facultas ad res illas hypothecandas, nam si super huiusmodi bonis hypotheca in fauorem creditorum constituta appareat, & sic licitum sit hypothecam constitui, proculdubio causa creditorum aduersus fideicommissarium, seu maioratus successorem præualebit, sicut è contra si eadem inutiliter contracta fuerit, creditorum causa maioratus, aut fideicommissi possessori cedet.

75 Partem igitur affirmatiuam, & sic in fauorem creditorum, videlicet quod concessa facultate ad vendendum bona maioratus, aut fideicommissi concessa etiã intelligatur ad illa hypothecanda deduci potest, ex his quæ Fusarius de substitutione fideicommissaria, quæst. 678. num. 25. vbi constanter tueretur horum bonorum hypothecam licitam esse, sequuntur Cald. de empt. & vendit. cap. 14. nu. 54. & de

de extinct. cap. 15. num. 13. Molina de primogen. lib. 4. cap. 5. ex num. 15. ubi additio Franchis decis. 105. Molina de iust. & iur. disput. 652. num. 2. quorum sententia primo suaderi videtur ex glossa communiter recepta in l. 2. C. de patribus qui filios distrax. resoluente. patrem posse libere filium hypothecare, quoniam vendere ei permissum est, cui enim conceditur quod plus est concessum etiā intelligitur, quod est minus, regula non debet de regulis iuris quam glossam communiter receptā esse, testatur Pinelus 2. part. rubrica, C. de bonis mat. num. 25. subscribit Cald. d. cap. 15. num. 13.

76 Secundo probatur hæc opinio ex text. in l. statuliberis. §. ult. ff. de statuliberis. quo loco Iureconsultus docet appellatione venditionis omnes contractus, & alienationes contineri. ita Pinelus in l. 2. C. rescind. in 2. part. cap. 1. num. 10. Picardus in rubrica tit. de empt. & vendit. ex num. 1. Molina d. lib. 4. cap. 5. num. 16. Palat. in rub. §. 16. num. 9. Gom. in l. 40. Tauri, num. 80. Cald. in d. tract. de empt. cap. 8. num. 28.

78 Nec obstat quod si ad proprietatē verbi attendimus. contrarium receptius sit, quippe quod regulariter nomen venditionis à permutatione distinguitur, ut probat text. in l. 1. ff. de contrahend. empt. text. melior in l. item legato 47. §. 1. ff. de legat. 3. quo loco legatis rebus emptis, seu venditis non comprehenduntur ea quæ ex diuersis causis, diuersisque titulis in bonis testatoris erant, nihilominus tamē si identitas rationis utrobiquē detur appellatione venditionis alij contractus bene comprehenduntur, & ad illos dispositio, quæ de venditione loquitur, porrigi & extendi debet, ut supra citati pro constanti præsuponunt, atquē ita in nostra specie hæsitari non potest quod facultate concessa ad vendendum, concessa etiā intelligatur ad hypothecandum res maioratus, cum utrobiquē ne dum eadem, sed in hac specie maior ratio considerare tur.

79 Tertio eandem sententiam fouet text. in l. sicut §. sed si permisit. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca. quo loco innuit Iureconsultus, quod permissio quodam alienationis actu, alius ei similis permissus intelligitur, si in eo idem, aut melior inueniatur effectus, sed hypotheca in specie tacta eundem, aut meliorem continet, & importat effectum igitur probatur autentum.

Quod autem ex hypotheca vtilior resultet effectus, ex eo manifestè conuincitur, quia per hypothecam bona maioratus non omnino libera redduntur quinimo sub vinculo supposita manent ita, ut sæpius euenire possit, ut in maioratū iterum reincident, si possessores illius soluto pretio illa redimere velint, non sic in venditione procedit, quia semel venditione, facta libera efficiuntur, ut amplius in illū recidere nō possint, ut post glossā in authentica res quæ, verbo obligationem. C. comm. de legatis pungit Molina de primogenijs, lib. 4. cap. 1. num. 37. idquē regulare est in quacunque re natura sua alienabili, quæ semel effecta alienabilis perpetuo vendibilis, & alienabilis erit, ut probat text. in l. pater filium. §. quindecim. ff. de legat. 3. Zuell. com. contra com. quæst. 899. Vincent. Fasarius de substit. fideicom. quæst. 352. num. 92. surd. consil. 105. num. 12. Maties. in l. 1. tit. 6. lib. 5. recop. glossa 8. num. 2.

81 Tandem prædicta sententia ex eo probabilis fit si aduertas quod si in nostra specie princeps interrogatus fuisset, verosimiliter respondisset, quod de intentione illius fuit, ut concederetur hypotheca bonorum maioratus, nam iure nostro receptissimum est illud pro expresso haberi, de quo si princeps interrogatus fuisset, verosimiliter respondisset, glossa celebris in l. tale pactum. §. ult. ff. de pactis. text. in l. Titius. §. Lutus. ff. de liberis. & posthu. Surd. decis. 254. nu. 38. & consil. 445. nu. 55. Mantica de coniect. ult. lib. 3. tit. 19. Fusar. de substit. quæst. 237. num. 14. Igitur hoc ipsum in rescripto, seu facultate à principe concessa, expressum censi debet.

82 Verum aduersus creditores vrgēt plura, illaque non leuia fundamenta, quorū primum illud est, regula iuris generalis est, quod si forma à lege data non seruetur actus nullus est. l. certa forma. C. de iure fisci, lib. 10. l. cū hū. §. si prætor. ff. de transf. act. Molina de primogenijs lib. 1. cap. 15. nu. 17. Cald. d. cap. 14. num. 55. ubi quod actus in forma specifica adimplendum est. & probatur in l. in minorum. C. de prædijs minorum. sed facultas à principe concessa ad vendenda bona maioratus, formā inducit, igitur actus corrumpit si bona hypothecæ submitantur, etenim fines mandati diligenter obseruandi sunt. l. diligenter. ff. mandati. l. potest. ff. eodem titulo. cap. qui ad agendum de procurat in 6. Surdus consil. 109. an. 25. Tusc. litera M. conclus. 35.

de priuilegio credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

Mantica de tacitis, & ambiguis lib. 7. tit. 12. aded vt in mandato non valeat argumentum à maiori, *Decius in cap. cum in cōsis de electione*, de quo extat elegans disputatio philosophica apud *Aulum Gellium lib. 1. cap. 13.* quo loco refert exemplum *Publij Crassi*, quem aiunt scriptores habuisse quinque maxima, & præcipua ornamenta felicitatis, quod esset Iuriconsultissimus, eloquentissimus, doctissimus, nobilissimus, & demum Pontifex maximus, qui detractis vestibus cadi iussit magistrum architectum, eo quod mandatum non custodisset.

84 Secundo eandem sententiam efficaciter probat text. in *l. si pupillorum. §. si prætor. ff. de rebus eorum.* vbi Iureconsultus hec verba emitit (illie) *Et mea fert opinio eni qui aliud fecit quā quod à prætorē decretum est nil egisse.* Ex quibus verbis deciditur, quod si à prætorē, tutori permissum extiterit, vt rem pupilli vendere possit, & tamen tutor, à mandato recedens, aliter hypothecauerit, nihil egisse, ita vt hypotheca subsistere non possit, siquē casus ille tanquam à prætorē ommissus, remanet in dispositione iuris communis, ex vulgari regula legis commodissime. *ff. de liberis, & posth. l. cum prætor. ff. de iudicijs Mari. Anto. var. lib. 2. resolut. 11. num. 16. Farinac. decis. 171. tom. 1. part. 1. num. 1.* quo inspecto hypotheca à minore constituta, seu ab alio absquē decreto non valet, *l. 1. & per totum. C. de prædijs minorum & ff. de rebus eorum.* Igitur idem admitendum erit in specie supra tacta, ita vt fidei commissarius, seu maioratus possessor ex prædicta facultate hypothecare non possit, licet eidem concessum sit vt vendere valeat, & consequenter in concursu successor creditores antecellat.

85 Vrget tertio, & in eandem partem inclinatur si attendatur, quod siue tacita ad sic legis prohibitio, siue etiam expressa bona subiecta restitutioni alienari non permittuntur: primum probat text. in *l. fin. C. comm. de legatis in §. sed quia, & in §. fin. autem.* secundum text. in *l. peto. §. fratre. ff. de legat. 2. iuncta lege filius fam. §. di. ni. ff. de legat. 1. & per Mol. Burgos de Pace. Dom. Valēguela, Fusar. Cald. & alios de quibus supra num. 6.*

Atquē ita dubium non est, quod facultas hæc tendit, & dirigitur contra naturā horum bonorum, quinimo, & in præiudicium successorum; idcirco hæc facultas potius restringi debet, quam ampliari,

sicut in facultate ad feudum alienandum probat glossa in *cap. Imperialem in princ. de probibita feudi alienat.* ergo facultas de vno casu ad alium immerito extenditur.

86 Nec existimes quod in dispensatione à principe facta locus aperitur regulæ non debet de qua supra vt voluit *Hostiensis in cap. postulasti de rescriptis*, quæ omnia, & alia quæ videre licet in confirmationem prædictæ sententiæ inducit *Pelaes de maioratu 4. part. quæst. 1. limitatione 1. ex num. 18.*

87 Quarto, eandem opinionem iuuat elegans *Mathei Asitiis doctrina*, qui in *lib. 3. constitutionum rubrica 5. num. 16.* docet, quod impetrata facultate ad alienandum feudum, si is qui illam impetrauit, ipsum vendiderit, pacto interposito, vt quousquē pretium soluator, hypothecatum maneat in terminis *l. 1. §. ult. ff. de rebus eorum.* de quo nos alibi latius agemus quod hypotheca nequaquam sustineri poterit, licet aliās alienatio ex prædicta facultate valida fuerit, quia scilicet feudum absquē domini licentia, sicut non potest alienari, sic non poterit obligari, iuxta text. in *d. cap. Imperialem.* etenim quamquam princeps facultatem dederit venditori, vt feudum venderet, seu alienaret, emptori nequaquam cōcessit, vt illud hypothecare possit, igitur eo ipso, quod dominium emptori acquisitū proponitur, statim res obligari nequiuit, iuxta text. in *d. l. 1. §. ult. ff. de rebus eorum.* notant *Dñs Iohannes Baptista de Larrea decis. Granat. 40. nu. 69. Gaito de credit cap. 4. quæst. 7. num. 345. Valasc. cōsult. 77. num. 6. Barbosa in l. si si constans. ff. solut. matrim. in princ. num. 122.* vnde licet feudi venditio legitime facta dicatur, inualida tamen erit obligatio illius propter prohibitionem legis. *l. non dubium. C. de legibus.* Re vera enim assensus regius restrictus est ad venditionem quā venditor facere intendebat, igitur porrigi non debet ad aliam alienationis speciem, quam emptor egit dū feudum hypothecæ vinculo submittit, prouiso enim seu rescriptum regium, si non extēditur de casu ad casu prout regulare est, minus de persona ad personam eiusdē extensio fieri potest, vt probat text. in *cap. ex parte de officio de legatis, & in cap. cum dilecta de rescriptis.* tradit *Cald. d. cap. 15. num. 19.*

Tandem facit quod facultas concessa ad vendendum bona maioratus, veram, & rea

89 & realem continet dispensationem, quia propter eam princeps dispensat in voluntate testatoris: qui bona illa alienari interdixit, sed dispensationem de vno casu ad alium minime porrigi receptissimum est etiam ex maiori parte rationis, ut probat text. in cap. *susceptum de rescriptis*. & in cap. 1. §. ult. de filiis presbyt. cap. si cui de prebendis. Roman. las. & alij in l. 2. ff. de verbor. Gut. Canon. lib. 2. cap. 15. nu. 124. post alios Molina lib. 2. de primog. c. 4. nu. 48. Igitur probatur intentum propter quas rationes in hanc sententiam propendunt Peregrinus lib. 5. cōsil. 73. nu. 14. Cuman. & Alb. in d. §. si prator. Pinel. in l. 1. C. bon. mat. num. 17. Greg. Lopes in l. 6. glossa 4. tit. 11. part. 6. Mieres ubi supra ex num. 18. Bart. in d. l. sicut. §. sed si permiserit.

90 Tu vero predictis minime refragantibus hypothecam creditorum in predictis bonis constitutam constanter tueberis, nec obstant quæ ex aduerso in contrarium adduximus; ad primum enim concessa majori negabis minorem, licet enim verum sit quod forma non seruata actus nullus manet, ut euincunt iura citata, facultas tamen principis ad vendendum concessa, formam minime inducit, idcirco enim assensus regius mentionem venditionis fecit, quia per venditionem necessitatibus, in quibus predictæ concessiones innituntur, plenius, & vberius consuehitur, iure autem constitutissimum est, quod casus illi qui gratia vsus frequentioris specificantur, alios eisdem similes non excludunt, ut per Molinam supra lib. 3. cap. 5. num. 35. atque ita cum ex predicta causa, videlicet ex vsu frequentiori venditionis mentio fiat in assensu regio, non per hoc hypotheca exclusa censetur ita ut per eam possessor videatur recedere à forma mandati, & sic violari regulam d. l. diligenter.

91 Ad text. in d. l. si pupillorum. §. si prator, varie respondent doctores, inter quos Molina d. lib. 4. cap. 5. num. 23. ait, quod idcirco in terminis illius text. res pupilli non debuit hypothecari, quia sic vberius pupillo consuebatur, illi enim magis expedire videbatur rem inutilem, & infructuosam vendere, quam eandem hypothecare, ex eo quia si hypotheca duntaxat in illa re constitueretur, perpetuo astrictus erat, pecuniā mutuam soluere, non sic dicendum in successore, seu possessore maioratus, cui proculdubio

utilior est hypo-heca: nam si semel venditio fiat, aliam illius loco subrogare non cogitur, data enim facultate per assensum regium, illa sic libera, & allodialis manet, ut ab omni vinculo libera prorsus fiat, diuersum procedit in hypotheca, quam possessor ex alijs bonis liberis, liberam, & immunē ab omni obligatione prestare debet, quod quidem ceteris maioratus possessoribus utilius fore, nemo diffitebitur.

92 At hæc differentia à Molina considerata, difficultatem non tollit, quia in terminis d. §. si prator, nullum verbum fit de inutilitate rei ibidem contentæ, etenim rem esse inutilem, & infructiferam raro euenit, unde ad ea quæ frequentius contingunt, leges adaptari debent. l. nam ad ea. ff. de legibus.

93 Quare reiecta hac solutione, congruentius per eundem satisfit quod in specie illius text. idcirco res hypothecari non potuit, quia decretum fuit concessum tutori, qui tantum facultatem ad vendendum impetrauit cum enim tutor non sit dominus, sed tantum procurator, aut administrator, qui fines mandati diligenter custodire debet. d. l. diligenter. ff. mandati. tametsi in melius commutare velit. l. 3. §. in bello. ff. de re militari. Felinus in cap. cum dilecti, num. 5. de rescriptis. nil mirum si hypothecare ei nequaquam permittatur, licet alias vendere potuerit, non sic in possessore maioratus, aut fideicommissi, qui non administrator, sed pleno iure dominus est, l. non ideo minus. ff. de rei vendicat. l. ult. C. de legatis. l. generaliter. §. ult. ff. qui, & à quibus. & est communis doctorum resolutio ex his quæ tradit Molina de primogenijs lib. 1. cap. 19. num. 14. Gom. in l. 40. Tauri num. 76. atque ita cum possessor maioratus, aut fideicommissi dominus pleno iure proponatur; mirum non erit si lex de eo plusquam de tutore cōfidens impetrata facultate ad vendendum, hypothecare etiam permittat; sic respondet Molina d. lib. 4. cap. 5. num. 22.

94 Tertio loco Albericus in d. §. si prator, eidem responsum assignans, ait casum de quo ibi specialem esse.

95 Ceterum predictæ solutiones nullo modo placere possunt, nam vltima quam assignat Molina ex eo difficilis redditur si aduertas quod concessa tutori facultate ad vendendum, non tutori, sed pupillo concessa dicetur, qui vere dominus

est,

de priuil. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

96 est, quippe quod illius nomine venditio celebrari debet, non vero nomine tutoris qui solum adhibetur ad prestandam auctoritatem contractui, patet si consideres quod tutor, seu praelatus vendentes, si omnia ex bona fide gesta dicantur, de emptione nequaquam tenentur, quare praedicta differentia nullo modo stare potest.

Quod optimo simili confirmatur nam si ab executore, alio haerede instituto legatum relinquatur, non ab ipso executore, sed ab haerede relictum, seu datum intelligitur, ita Bald. in l. alio ff. de alimentis legat. num. 1. cuius doctrinam sequuntur Padilla in l. etiam. C. de fideicommissis, nu. 4. & ibi las. idemque probare videtur text. in l. peto. §. mater. ff. legat. 2. quo loco innuitur legatum à tutore relictum ab eodem pupillo, seu minori relictum cense-ri, consonat text. in l. cum etiam. C. de rebus creditis. etenim tamen si regulariter qui à testatore non honoratur, grauari non possit, iuxta regulam text. in l. ab eo, C. de fideicommissis. in specie tamen proposita, attenditur persona pupilli qui legatum relinquit, non vero persona tutoris qui legatum dedit: atque ita vera non videtur differentia quam in hac specie assignat Molina dicto loco.

Sed & solutio ab Alberico tradita nequaquam sustineri debet, quia specialitatis rationem non assignat, sicut etiam non placet alia qua communiter obtentum est, quod idcirco in terminis illius text. non admittitur hypotheca, quia decretum iudicis ibidem interpositum, stricti- ris est, l. 1. C. si plures una sententia, quod ad alios casus non extenditur, quae sane colligitur ex doctrina Bart. in d. l. alio. ff. de alimentis, & cibariis, num. 1. ubi diuersum dicit procedere in facultate à testatore concessa, cuius dispositio de vno ca- su ad alium extendi potest.

97 Quapropter praetermissis his & alijs de quibus Doctores supra citati, dic- quod idcirco in terminis d. §. si praetor, ad- missa non fuit hypotheca, quia pupillus allegauit tutorem in fraudem, & perniciem illius rem suam hypothecasse, quae quidem vendere, ei utilius erat, ut sic e- auctoribus debitum suum petentibus sa- tisfactum esset; & ideo Iureconsultus respondet tutorem nihil egisse, quia fe- cit id, quod pupillo nocuum erat, alias enim si pupillus allegaret hypothecam

sibi utilem fuisse, dubium non est quod etiam si nulliter contracta fuisset uti- que sustineretur, iuxta text. in l. non eo mi- nus. & ibi notatur C. de procuratoribus. l. cum hys. §. eam transactionem. ff. de trasac. l. 1. §. pupillus. ff. de auctoritate tutor. l. 2. ff. de lege com. notant Barbosa 3. part. rub. ff. solut. matrim. num. 77. Scobar de ratio- cin. cap. 33. num. 5. Parlad. lib. 2. rer. quo- tid. 5. part. cap. fia. num. 3. Dom. Vela disser- tat. 14 num. 34. Franchis decis. 278. num. 6. in specie Cald. de extinct. cap. 15. num. 16. Ad tertium satisfit, quod licet con- tra naturam maioratus tendat ut bona illius alienentur: illud tamen sic accipie- dum est, ut non procedat si facultas regia huic alienationi consensum praestitit, tunc enim dubium non erit quia illorum bo- norum natura immutetur, sicque aliena- bilia fiant, vel alias hypothecae submi- ti possint.

99 Quartum vero ex doctrina Afflicis ab- solute negandum est, patet, si aduertas, quod data facultate per assensum regium ad vendendum feudum, dubium non est quin in eo etiam permixtum intelligatur ut ad maiorem securitatem contractus, & sic venditoris augeri possint omnes conditiones ad illius perfectionem ne- cessariae, ut probat text. in l. 2. de iurisdic- tione omnium iudicum. inficiari autem non po- terit securitatem venditionis feudi con- tinere conditionem ut quousque pre- tium feudi solutum proponatur nihi- lominus maneat hypothecatum, à for- tiori fateri oportet conditionem praefatam superaddi posse, tamen si contra na- turam feudi sit, ut absque domini directi facultate alias hypothecari possit, iuxta text. in d. cap. Imperialem. Bald. in l. 3. C. ut in possessionem legat. Felicianus de censu. lib. 2. cap. 7. num. 19. licet aliud velint Pa- dilla, Molina, & alij quos refert Felicianus supra num. 18.

100 Secundo propositae difficultati respon- demus, quod etiam si maxime conceda- mus praefatam doctrinam iuris princi- pium consonam esse, negari tamen non po- terit illam speciali ratione procedere, quae quidem in alienatione, seu hypothe- ca bonorum maioratus, aut fideicommissi nequaquam reperitur, patet si conside- res quod dato assensu regio ad feudi ven- ditionem, res illa naturam feudi non im- mutat, prout fatetur, & supponit praefata doctrina, nisi alia s princeps concede- ret,

ret, ut tanquam allodialis alienaretur, atque ita cum res illa in persona illius qui emit non amittat feudi naturam; subiungit celebre Iureconsulti responsum in d. l. 1. §. ult. ff. de rebus eorum. quo loco hypotheca à minore facta in re ab eodem empti, pacto interposito, ut quousque pretium veditori soluerit, res maneat hypothecata, inutilis indicatur, quia res sic vendita nequaquam per minorem hypothecæ vinculo submitti potuit ab eo tempore quo dominum eiusdem rei acquisitum proponitur, quæ quidem ratio quâquam adaptari possit illi qui feudum emit, quippe quod aliâs illud hypothecare non valet, illi tamen cui res maioratus, aut fidei commissi dato assensu regio vendita proponitur nequaquam accomodari debet ex eo scilicet, quia in persona emptoris libera, & allodialis permanet, sicquæ prout à quocunque possessore vendi potest, sic & hypothecari.

Ad ultimum argumentum deductum ex text. in d. cap. susceptum de rescriptis in 6. dic, quod quanquam negari non possit, quin in dispensatione de casu ad casum extensio licita non sit, tamen in casu extenso maior ratio consideretur, fateri tamen oportet in facultate à rege prædicto modo concessa minimè reperiri, patet si consideres sub nomine venditionis latè sumpto, vocabulo hypothecæ contineri, d. l. statuliberis. §. ult. Est autè receptissimum dispensato in genere nequaquam interdici posseungi omnibus & quibuscunque speciebus quæ sub illo genere continentur, ut per Felin. in cap. postulasti de rescriptis. num. 51. in fin. Oldradus consil. 215. num. 7. Barbosa 4. part. l. 1. ff. sol. matri n. num. 52. Igitur fatendum erit maioratus possessorem ad vendendum dispensatum, ne dum vendere, sed etiam hypothecare rectè posse, præcipue quando in præfata specie maior ratio datur ad obligandum, & hypothecandum, sicquæ dispensatus strictius procedat in hypotheca, quam in venditione ei permissa, sicut aliâs videmus receptissimum esse, quod si Episcopus, seu monachus dispensationem obtineat à summo Pontifice ad testandum, potest etiam codicillos, & donationem causa mortis facere, quippe quod prædicta cesserit species illius generis, videlicet ultimæ voluntatis ad testandum concessa, ut probat text. in l. Marcellus ff. de donat. causa mortis, & latè defendit Madoxius de sig.

natura gratiæ, verbo licentia præstanda. samiento de redditibus 4. parte. cap. 4. num. 5.

Ex quibus absoluta manet questio nostra principalis ad propositum supra tacta, quæ non semel in concursu creditorum evenire, potest si fortè fideicommissarius, seu maioratus successor rem hypothecata aliqua affectam, in præiudicium creditorum vindicare velit, nam creditorum causa in hac specie potior erit cum res illa ex prædicta facultate sic (ut supra vidisti) ad causam hypothecæ extensa, libera prorsus maneat, & hæc erit tertia limitatio ad ampliationem principalem de qua supra in principio, & obiter notabis, quod si debitum ex aliquibus bonis fidei commissi subiectis exoluendum est pro defuncti debitis, quod illis solutis, potest res ipsa novis creditoribus obligari pro eadem quantitate, ut probat text. in l. pater filium in princ. in primo responso. ff. legat. 3. cuius decisionis Bart. ibidem num. 1. rationem reddit, sequitur Molina de primogenijs lib. 2. cap. 1. num. 26. ubi num. 27. hoc admitit si tempore quo debitum solvebatur, vel ante solutionem ea lege, & pacto solutio fiat.

Tandem superior ampliatio principalis limitanda venit, si res fideicommissi subiecta, aut aliâs maioratus triginta, vel quadraginta annorum, & sic longissimo tempore sit præscripta, tunc enim creditores aduersus fideicommissarium, aut successorem maioratus rem illam vendicare volentem, hypothecam suam tueri poterunt, licet enim res maioratus, aut fideicommissi, decem, vel viginti annorum tempore præscribi non possint, iuxta text. in l. fin. §. si autem. C. communis de legatis. Præscriptio tamen longissima excludi non censetur, ut post alios resoluit Molina lib. 4. de primogenijs, cap. 10. num. 2. Zualllos comm. contra comm. quæst. 13. num. 6. Gama decis. 344. num. 2. Brito in cap. potuit de locato. §. 2. num. 50. Barbosa in rubrica. C. præscriptione triginta, vel quadraginta annorum, num. 183. ubi hanc partem ideo admittere videtur, quia in præscriptione longissimi temporis titulus non requiritur, plura adducit Castus de decisione Lusitana §. 2. num. 3. vers. quod maxime. ubi pro hac sententia expendit text. in l. 1. cum sequenti. C. de legibus. quam tamen præscriptionem admittit Molina à folio loco num. 3. ut procedat duntaxat aduersus maioratus possessores, secus contra

de priuilegio crediti. resolut. & extincti. iur. hyp.

ceteros successores utpote de iure agere impeditos.

105 Ceterum prædicta sententia à doctissimis viris acerrimè impugnatur, obstat enim aduersus illam plurima, illaque non leuia fundamenta, & primo fortiter resistit, quia in hac alienatione ex qua præscriptio inducitur, datur resistentia legis. *d. l. fin. §. sed. quia nostra. C. communis de legat. & insimul hominis (hoc est) à testatore. l. cum pater. §. libertis. ff. de legat. 2. l. filius familias §. dñi ff. legat. 1. ex quo*
 106 fit, quod cum in hac specie detur legis, & hominis prohibitio, emens, seu acquirens contra prohibitionem legis, in mala fide saltem præsumptimè constitutus censeatur: *regula qui contra de regulis iuris in sexto. l. quemadmodum. C. agricolis, & sensitis, lib. 1. i. cum qua de iure Canonico*
 107 præscriptio etiam immemorialis non admittitur. *cap. ult. de præscrip. regula possessor de regulis iuris in sexto. quoniam, & prædicta prohibitio propter legis resistentiam titulum inficit, & illum iniunctum reddit, quia titulus (ut alibi diximus) qui contra ius ab aliquo obtinetur, quoad effectus iuris perinde haberi debet, ac si re vera non interuenisset: ex regula text. in l. 4. §. condemnatum. ff. de re iudicata. l. non dubium. C. de legibus regula, que contra de regulis iuris in sexto. qui quidem titulus in*
 108 hac præscripione rerum maioratus, aut si deicommissi necessarius est à principio. *cap. 1. de præscriptionibus in sexto, cap. si diligenti eodem titulo. ubi glossa ultima in isto text. in l. nullo. C. reuendicatione, notat Gab. Pereira d. decis. Lusit. num. 5. Cabed. 2. part. decis. 42. num. 2. Si enim titulus deficit, præsumitur præscribens cum mala fide possidere, & ideo titulus ad eam purgandam à principio requiritur, *Castrus*
 109 *loco modo citato, ubi quod in præscribendis rebus maioratus titulus requiritur, quia cum iuris præsumptio obstat, nec de titulo in re prohibita alienare appareat, vera resultat mala fides quæ nullum maioratus possessorem excludit cum necessaria sit aliqua causa extrinseca quæ possessionem iustam reddat, prout est titulus.**

110 Quod autem autem emens contra prohibitionem legis, etiam in specie maioratus, in mala fide constitutus dicatur ita ut nullo tempore præscribere possit, post iura citata faceret Molina de primogenijs lib. 2. cap. 6. num. 66. cum sequentibus. qui in hoc sibi contra ius videtur, ibique

securè resoluit additio post innumeros citatos, subdens quod si titulus est manifeste vitiosus, & cui lex omnino resistit præscriptio etiam immemorialis non admittitur, unde cum in hac specie detur legis, & hominis prohibitio, proculdubio resoluendum videtur, quod aduersus fideicommissarium, & maioratus possessorem creditores titulo præscriptionis hypothecam stabiliri non possint.

Secundo pro hac sententia urget, quod res maioratus, aut fideicommissi simpliciter alienari prohibentur, sub qua alienationis prohibitionem usucapio continetur, nec titulus, aut bona fides prodesse potest, *iuxta text. in l. alienationis verbo, ff. de verborum. l. ubi lex. ff. de usucapione pro emptore. at usucapio sic prohibita comprehendit, non solum ordinariam, sed etiam longissimi temporis præscriptionem, argumento text. in l. cum lege. ff. de testamentis. l. in fraudem §. 1. ff. de militari testamento. idque securius procedit si lex alienationem prohibeat, nam licet testator simpliciter prohibens alienationem, præscriptionem directo prohibere non potest, iuxta sententiam Bart. in l. nemo potest, num. 20. ff. de legat. 1. communiter recepti ex las. ibi num. 80. tamen si per indirectum illam interdiceret valeat ex simplici alienationis prohibitionem, quæ nullam reddit alienationem, iuxta text. in d. §. libertis. & in §. dñi. quo casu in consequentiam impeditur præscriptio, quæ si ne titulo valido procedere non potest, d. l. nullo. nihilominus tamen lex per simplicem alienationis prohibitionem poterit prohibere præscriptionem etiam longissimi temporis, ratio est, quia cum omnes præscriptiones iure civile inuētę fuerint. l. 1. iuncta glossa ibi verbo ciuitatis, ff. de acquirendo rerum dom. §. fin. institut. de usu, & habitat. proculdubio per ipsam prohiberi, & tolli possunt, *cap. proposuisti de concessione præbende, tradit Barb. in d. rub. de præscrip. num. 189.**

Tertio eandem sententiam iuuat decisio text. in l. nunquam, ff. de usucapionibus. ex quo text. colligunt ibi Paulus, & alij, quod error iuris sufficiens non est ad inducendam longissimi temporis præscriptionem, quoniam possessor perinde habendus erit, ac si in mala fide constitutus esset, & tandem per illum text. magis communiter recipitur, quod si error iuris versetur circa legem actui resistentem non procedit præscriptio longissimi temporis,

118 ris, vt fatetur idem *Molina d. cap. 6. num. 68. vers. ceterum*. si igitur error iuris actui resistentis prescribentem in bona fide non constituit ad inducendam prescriptionem longissimi temporis, cur in hac specie in qua error iuris non datur aduersus maioratus possessorem in quo datur legis prohibitio, *d. §. sed quia*. & insimul hominis, *d. §. libertis*. & sic duplex resistentia prescriptio admitenda erit: ex quibus hanc partem tueretur *Gom. in l. 40. Taur. num. 90. vers. sed certe*. vbi pro hac sententia expendit text. iuncta glossa ibi in cap. 1. §. quid ergo de inuestitura in re aliena facta in vsibus feudorum, huc addas *Barbosā, Molinā, & ibi addit, & ab eo citatos supra*.

119 Quapropter hac parte retenta ad text. in d. l. fin. §. fin. autem, multipliciter responde: primo, quod etiam si concedamus illius text. decisionem ideirco admitendam esse in prescriptione longissimi temporis, quia in ea titulus non requiritur, iuxta text. in l. si quis emptiois. C. prescriptio ne triginta, vel quadraginta annorum, adhuc si defectum tituli suppleri velimus, nihilominus tamen malam fidem resultantem aduersus eum qui contra iura mercatur, *d. regula qui contra*, nullo modo supplere possumus, tradit in fortioribus terminis *Barbosā in d. rubrica de prescrip. num. 354*. vbi dicit, quod licet in prescriptione immemoriali non sit necessarius titulus, est tamen necessaria bona fides, quæ quidem tam nocere debet prescriptioni longi temporis, in qua tantum loqui *d. §. fin.* admittunt communis sententiæ auctores, quæ etiam in prescriptione longissima, in qua pariter eadem mala fides versatur propter legis resistentiam.

Deinde respondetur, quod constitutio de qua in d. l. fin. §. fin. loquitur in fideicommissio conditionalis in cuius alienatione pendente conditione nulla datur legis resistentia, iuxta supra resoluta hac eadem ampliacione, num. 21. vnde nil mirum si ibidem prescriptio longissimi temporis admitenda sit, nec obstat quod impleta conditione alienatio irritatur per legem, ac si nunquam celebrata fuisset: vt illic traditur (ibi) *Quasi nequē scripta, nequē penitus celebrata fuerit*. Satis enim quod nullitas ibidem inducta, tantum operatur in fauorē fideicommissarii adueniente conditione, cui prescriptio illa nullo modo preiudicium inferre potuit tanquam impedito de iure

agere, vt fatetur idā *Molina d. cap. 10. num. 3*. & infra traditur, at heredi, seu fideicommissio grauato utique nocere poterit in terminis de quibus loquitur communis, atque ita si penas fideicommissum contritionale, sanè procedit communis, & sic decisio text. de qua in d. §. fin. si vero singas fideicommissum purum contrarium erit admitendum, quia datur legis resistentia, *d. §. sed quia*, & consequenter mala fides, *d. regula qui contra*, cum qua de iure Canonico non admititur prescriptio, *d. cap. fin. de prescriptionibus*. idēque erit dicendum in maioratu in quo adsit expressa non alienandi prohibitio, quia communis adhuc non erit admitenda cū datur hominis prohibitio, quæ titulum inficit *d. §. libertis*, quo deficiente prescribēs presumitur possidere cum mala fide nā huiusmodi alienatio sic nulla indicatur, vt etiam in vita prohibiti res vendi care possit: ex traditis per *Dom. Castill. controuerf. lib. 5. cap. 65. num. 3. Fusarium de substitutione fideicommissaria, quæst. 554. num. 1. ad ditio ad Molin lib. 1. cap. 16. num. 32*. & habes supra eadem ampliacione.

121 Vnde iam ex prædictis inferri videtur resolutio ad alterā questionem à doctores valde controuersam, vtrum scilicet prescriptio quadraginta annorum cum titulo, maioratus, seu fideicommissi successoribus noceat, in qua plures, & grauissimi doctores affirmatiuam defendere nituntur, per text. in d. l. fin. §. fin. autem, vt videre licet ex his quæ tradit *Brito in d. cap. potuit, §. 2. ex num. 50*. quia illorum sententia confunditur ex his quæ modo diximus, tum quia legis resistentia datur, *d. §. sed quia*, & insimul hominis, *d. §. libertis*, quæ quidem titulum inficit, ex quo mala fides resultat, tum etiam quia prescriptio aduersus impeditos de iure agere currere non potest, *l. 1. §. fin. ff. de annuali exceptione. l. cum notissimi. §. illud. C. prescriptio ne triginta, vel quadraginta annorum authent. nisi. C. bonis mat. Menoch. consil. 38. num. 25. Surd. decis. 151. num. 4. Valasc. consil. 130. num. 31. Garcia de beneficiis part. 2. cap. 10. num. 17*. & hanc sententiam scilicet quod prescriptio quadrigenaria cum titulo non noceat successoribus admitere videtur, post alios quos citat *Molina d. cap. 10. num. 3*. dum ait prescriptionem longissimam maioratus successoribus non nocere, expressē *Castus d. decis. l. usit. per totam*. vbi pluribus fundamentis adductis hanc partem defendit,

de priuil. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

sentit *Gom. in d. l. 40. Tauri, num. 90. vers. sed certe.* dum dicit, quod bona maioratus non possunt prescribi tempore longissimo, additio ad *Gam. decis. 84.* vbi dicit, quod tunc posset admitti prescriptio quadragenaria cum titulo, quando titulus habitus fuit ab eo qui illum poterat concedere, non vero quando est omnino reprobatus, *D. Castillo cōtrouers. d. tom. 5. cap. 93. §. 8. ex num. 10. præsertim ex num. 13. refert, & sequitur additio ad Molinam d. cap. 6. num. 51. & 53. vers. superior. & lib. 4. cap. 10. num. 10.* vbi quod in hac specie non admittitur quadragenaria cū titulo, nec illa æquualet immemoriali, licet aliàs quando agitur de prescriptione in ductina maioratus quadragenaria cum titulo admitti possit, ex traditis per *Molinam d. cap. 6. num. 52.* pro qua sententia ibidem citat *Peregrinū de fideicommissis, articulo 41. num. 16.*

123 Hęc autem resolutio intelligi debet nisi prescriptio in vita institutoris, & ante ipsius maioratus institutionem incepta fuerit, qui tūc res fideicommissi, aut maioratus tempore ordinatio cum titulo, & bona fide aduersus omnes successores admitti poterit cum habeat initium habile, & titulum qui eo tempore quo nulla, iuris, aut hominis resistentia aderat, concedi poterat, resoluit pluribus citatis *Molina d. cap. 10. num. 4.* subscribit *Castus vbi proxime à num. 8.*

124 Secundo, prædictam resolutionem nõ nulli temperant, vt procedat quādo res maioratus, aut fideicommissi fuit obtenta ab ipso maioratus possessore, secus si ab alio tertio qui à testatore honoratus nõ erat, vt expresse voluit additio ad *Gam. d. decis. 84. in fin. sequitur Barb. qui alios refert in d. rubrica. C. prescriptione triginta vel quadraginta annorum, num. 202.* vbi aduersus *Molinam*, *Gregor.* & alios defendit huiusmodi res à tertio habitas cū titulo, & bona fide prædicto tēpore præscribi posse: sed hęc limitatio secuta non est, quinimo contrarium decidas oportet, cum ex supra adductis, cum etiā quia prohibitio alienandi quę titulum inficit & possessorem in mala fide constituit, præsertim à testatore inducta, dirigitur in rem, non in personam, ac subinde realis erit censenda, quę possessorem sequitur

125 quocumquē vadat, atquē ita semper titulus vitiosus erit indicandus, vt expresse probant *Gomes supra num. 90. vers. tertio, post Suarez, quem refert allegat. 3. Castus d.*

decis. 52. num. 18. Gregorius Lopes in l. 10. tit. 16. part. 6. verbo, no le empiece. Molina d. lib. 4. cap. 10. num. 1. Cabed. 1. part. decis. 96. num. 2. additio ad Molinam proxime num. 10.

127 Si vero prescriptio immemorialis opponatur utique successoribus nocet, & consequenter creditoribus hypothecam suam defendere licebit, tum quia prescriptio immemorialis habet vim iusti tituli, & constituti, etiam in his quę nõ nisi à principe obtineri possunt. *l. 3. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotidiana, & æstina, cap. super quibusdam. §. præterea, de verborū significatione.* tum etiā quia ex tanti temporis cursu omnia ad actus confirmatio nem interuenisse præsumuntur: additio ad *Molinam d. lib. 4. cap. 10. num. 10.* & hanc sententiam quę communis est ex multis quos refert, & sequitur *Molina d. nu. 10* amplectuntur *Gregorius Lopes supra, Pinel. in authēt. nisi à nu. 39. C. bonis mat. D. Castillo cōtrouers. d. tom. 5. cap. 93. §. 8. nu. 47. Maties. in l. 8. tit. 7. glos. 5. lib. 5. recap. num. 36. Castus decis. 52. num. 2. Gom. in l. 40. Tauri num. 90. in fin. Minchaca de successuum creatione, §. 25. num. 125. Barbosa in l. cum notissimi, §. illud, num. 89. C. prescript. triginta, vel quadraginta annorum. Brito in d. cap. potuit. §. 2. ex num. 50. pluribus citatis additio ad *Molinam d. cap. 10. num. 10. Vincent. Fusarius supra quæst. 528. per totam, additio ad Gam. d. decis. 84.* Et est vera, & tenenda sententia in indicando, & consulendo.*

128 Quam tamen declarabis non procedere si ostendatur titulus vitiosus nullitate manifesta apparenti, & notoria, ita quod nulla causa, vel tergiversatione excusari possit, *Barb. supra in rubr. nu. 369. subscribit additio Molina dicto cap. 6. nu. 66.* vbi quod si titulus est manifeste vitiosus, & cui lex omnino resistit, prescriptio immemorialis eliditur, cum prescribentem in mala fide constituat, exemplum adiciens in eo qui instrumentum vitiosum producit in quo prescriptionem immemorialem fundare nititur, aliud tamen esse si ab aduersario productum esset, pars vero negaret, *Minchaca illustrat. cap. 81. num. 11. Reinosus obseruat. 55. nu. 19. decis. Pedemontana 159. à num. 31. Peregrinus de iure fisci, lib. 6. tit. 8. num. 25. i. relati per addit. ad Molinam d. cap. 6. nu. 66.* quę tamē vide *nu. 73.* vbi quod si aliqua solēnitas legitima extra instrumentum interuenire potuit, ipsa præsumenda erit, ex tanti

tanti temporis cursu, licet aliàs solemni-
tas extrinseca non præsumatur.

130 Limita secundo prædictam communẽ
sententiam non procedere si aduersus il-
lam præscriptionem opponatur, & vere
constet de mala fide, quia illa præceden-
te nullo tẽpore præscribitur. *cap. fin. vbi
omnes notant de præscrip. regula possessor
de regulis iuris in sexto* quia lex non sic in
hac præscriptione bonam fidem præsu-
mit quin in contrarium probatio nõ ad-
mitat per instrumentum, vel alias legi-
timas probationes, in quo inter titulũ,
& bonam fidem illam obseruabis diffe-
rentiam, ille enim ex cursu tẽporis adeo
suppletur, & præsumitur, vt probatio in
contrariũ nõ admitatur, at vero bona fi-
des non adeo præsumitur quin in cõtra-
rium probatio non sit admitenda, & sic
quod mala interuenit, *Peregrinus supra
num. 12. Barbosa qui innumeros refert in d.
rubrica, num. 336. & faciunt quẽ paulo an-
te memoras ex addit Molin. dicto num.
66.*

Liquet igitur ex supra resolutis, quod
tunc creditoribus hypothecam suam ad

uersus fideicommissarium, & maioratu s
successorem defendere licebit, quand o
vel immemoriali præscriptione nitan-
tur, vel præscriptio incepta fuerit in vita
institutoris maioratus, aut fideicommis-
si, in alijs vero casibus, siue præscriptio
longissima triginta annorum, siue etiam
quadrigenaria cum titulo opponatur fi-
deicommissarij, & maioratus successo-
ris causa potior erit: intelligendo ta-
men, quod in illis casibus in quibus cre-
ditores hypothecarij causam suam ad-
uersus successorem maioratus, & fidei-
commissi defendere licet, vtique admi-
ti debent quantuncunquẽ debitor prin-
cipalis hanc exceptionem præscriptio-
nis opponere renuerit, quippe quod in
hac specie à fraude, & culpa excusari nõ
poteit, ex glossa in *l. si dictum. §. si cõ pos-
set. ff. de euiet. vbi qui potuit præscribere
si non fecit culpabilis dicitur, Surdus de
alimentis tit. 9. quæst. 42. num. 82. nec ob-
stat quod ius tertij non licet allegare, l.
loco corpus. ff. si seruitus. Satisfit enim ex
his quæ habes in præfatione ex num. 94.*



S Y M M A R I A.

- 1 Si donatarius cui fide res fuit tradita, cõ
alio concurrat cui post factam donationẽ
res ipsa fuit pignoris nexui subiecta cre-
ditori hypothecario vtique præponi deq
bet.
- 2 Per clausulam constituti possessio, & do-
minium in donatarium transferuntur.
- 3 Contrarium admitendum eri, si res dona-
ta nec vere, nec fide fuit tradita.
- 4 In donatione, & quacunquẽ alio contrac-
tu duo semper considerantur substantia,
& esse contractus, & finis qui in eo præ-
tenditur hoc est dominij translatio.
- 5 In donatione, venditione, & similibus ne-
cessario requiritur, titulus, & rei tras-
ditio.
- 6 Si ante traditionem rei donatæ vni prius
factæ donans alij vendiderit aut quocun-
quẽ modo alienauerit is cui secundo loco,
res fuit donata primo præponendus erit

si traditio præcedat.

- 7 Si donator ante traditionem, rem alicui
donatam hypothecauerit, & eam expos-
facto tradiderit transibit in donatarium
cum illo hypothecæ onere.
- 8 Explicatur §. alia institutis de donat.
- 9 Text. in *l. 1. C. de privilegio fisci declarad
tur.*
- 10 Per clausulam constituti tunc donatio
perfecta remanet, quando donatarius præ-
sens est secus si absens.
- 11 Ratificans actum fideum, tempore habili
ratificare debet aliàs, nec dominium, nec
possessio transit in ratificantem.
- 12 Si donator, qui constitutum in fauorem
absentis fecit ante ratihabitionem alteri
donauerit secundus donatarius priori ab-
senti præfertur.
- 13 Idem erit si ante ratihabitionem donator
alij ipsam rem donatam hypothecauerit.

de priuil. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

- 14 Si constitutum presenti donatario, vel
absenti tempore habili ratificati, factum
sit, donatio ita firma permanet, ut etiam
si donans alteri donet, & realiter tradat
primus donatarius secundo preponitur.
- 15 Si factum sit constitutum sub conditione,
& illa pendente alteri donatio, & insi-
mul traditio facta sit, si ex post facto condi-
tio adimpleatur secundus donatarius prio-
ri præfertur.
- 16 Ut filio translatitia locum habere pos-
sit requiritur habitas in viroque extre-
mo à quo & ad quod.
- 17 In contractibus conditio casualis retro
trahitur ad tempus celebrati contractus.
- 18 Promouetur questio utrum stipulante
notario, donatio absenti facta ita acquisita
dicatur, ut à donatore amplius reuocari
non possit.
- 19 L. 2. ff. rem papilli saluam fore pro par-
te affirmatiua applicatur.
- 20 Contraria sententia pugnatur.
- 21 Hanc probant l. 2. ff. seruus exportandis
lex eum qui ff. qui sine manumissione l. 1.
C. si mancipium ita fuerit alienatum.
- 22 Consideratio Molinae de primogenijs pro
eadem sententia ponderatur.
- 23 Eadem sententia ex l. 2. tit. 16. lib. 5.
recop. comprobatur.
- 24 Assignatur intellectus ad dictam l. 3.
& cetera iura paulo ante adducta.
- 25 Responsum assignatur ad l. 2. §. sed. &
si ff. de donat.
- 26 Doctrina Bartoli in hac materia euer-
titur.
- 27 Traditur responsum ad fundamentum à
Molina consideratum.
- 28 Anthonij Thesauri distinctio admittitur.
- 29 Si donator rem donatam absenti, ab eo ta-
men non acceptatam alicui hypothecane-
rit, & postea effectus sit non soluendo, cre-
ditor hypothecarius donatario præfere-
ndus erit.
- 30 Intelligitur nisi tacita aut expressa hy-
potheca inducatur.
- 31 Text. in l. 1. C. qui potiores in pignore pro
hac declaratione ponderatur.
- 32 Ad idem inducitur text. in l. si quidem C.
de donationibus inter virum, & uxorem
iuncto text. in l. 1. C. privilegio fisci.

- 33 Ioannes Gut. de iuramento confirmat an-
notatur.
- 34 Opinio Carrascei circa prelationem arr-
harum taxatur.
- 35 Disputatur an, & quando primus dona-
tarius qui sub modo rem sibi donatam
hypothecauerit alteri qui postea effectus
sit non soluendo, & tamen concurrant se-
cundus donatarius, & creditor hypotheca-
rius, quis illorum in concursu, sit præfe-
rendus.
- 36 Decisio legis quoties C. de donat. quæ sub
modo specialis est quatenus absenti sine sti-
pulatione utilis actio acquiritur.
- 37 Questio ista de iure communi valde con-
trouersitur.
- 38 Molina de primogenijs defenditur ab im-
pagnatione Barb. ff. soluto matrimonio.
- 39 Actio de qua in d. l. quoties personalis
est.
- 40 Solo pacto rerum dominia transferri non
possunt.
- 41 De iure regio Decij opinio amplectitur.
- 42 Questio de qua in d. l. quoties in spectro
iure regio rē concursum creditorum red-
ducitur.

Donatarius cui fecte res fuit tradi-
ta, quæ ex post facto alteri creditori
per donantem fuit hypothecata, an
& quando in cōcursu hypothecario
creditori domini prælatione ante
poni debeāt, quo modo etiam dona-
tio absenti facta, stipulante notario
ante ratificationem absentis irre-
uocabilis fiat, ita ut si alteri nexu
pignoris fuerit subiecta, aut alij se-
cundo loco donata: in ea absens do-
mini prælatione tueri debeat, &
de alijs questionibus ad materiam
conducentibus, præsertim ad intel-
lectum l. quoties. C. de donationi-
bus quæ sub modo, & in l. 7. tit. 4.
part. 5. tam diligens quam
noua explicatio.

AMPLIATIO QVARTA.



AMPLIA quarto regulam nostrā procedere in fauorem donatarij cui res aliqua fuit donata in simul, & per clausulā constituti fide tradita, nam si donans post factam huiusmodi donationem, rem illam sic donatam, & fide traditam pignoris nexui alteri creditori subijciat, & ex post facto donans decoxerit, primus donatarius huic creditori dominij praelatione in cōcursu preferendus erit, ratio huius ampliacionis ea est, quia cum per clausulam constituti vera, & realis possessio, & consequenter dominium donatario acquisita dicantur iuxta text in *l. quod meo*, ff. de acquirenda possessione. l. certe 31. ff. de praeiudicio. 2. glossa communiter recepta in *l. ab emptione*, ff. de pactis docent Menochius recuperanda possess. remedio 1. num. 4. Valasc. cōsult. 55. num. 1. Molina de primogenijs Hispanorum, lib. 4. cap. 2. num. 4. D. Castillo controuersiarum tom. 5. cap. 129. num. 13. cum sequentibus. Gom. in l. 45. Tauri num. 78. Dom. Ioannes Baptista de Larrea decis. 10. num. 27. Gutierrez 3. pract. cap. 65. num. 28. & tunc succedat regulę text. in *l. quę pradium*. C. si res aliena pignori data sit. l. 9. tit. 13. part. 5. quibus iuribus canetur rei alienę pignorationem nullam, & inefficacem esse, recte fit, ut prædictum pignus ex post facto nulliter contractum, huic donatario in quem possessio, & dominium ex prædicta constituti clausula acquisita proponitur, in concursu nullatenus officere posse.

3 Dixi fide tradita, quia si res illa sic donata, nec vere, nec fide tradita esset, pignus subsisteret, nec in ea re donatarius huic hypothecario creditori tempore posteriori anteferrri deberet, quia donatio ad huc perfecta non erat, nam ad hoc ut donatio perfecta dicatur, & irrevocabilis fiat, tam quoad donantem, quam etiam quoad tertium cui secundo loco res fuit donata, aut hypothecata requiritur realis, aut fide traditio: argumento text. in *l. quoties*. C. rei uendicatione, obseruat in specie Carrasc. ad aliquas leges regni, 3. part. cap. 11. num. 123. per glossam celeberrimam in

4 *l. 1. verbo perfectam*. C. de iuri fisci, lib. 10. sequuntur Cacer var. lib. 1. cap. 8. num. 12. Peguera decis. 48. num. 6. Hermosilla in l. 4. tit. 4. part. 5. glossa 1. num. 2. neque scrupulum inijciat text. §. alia instit. de donat. vbi donatio dicitur perfecta si donator animam, & voluntatem suam declarauerit, nam pro responsione præmitendum est, tam in donatione, quam in alio quocunque contractu duo considerari, primum substantiā, & essentiam contractus: secundum finem qui in eo intenditur, hoc est, dominij translationem, primo modo, ut contractus dicatur perfectus, & absolutus utriusque partis cōsensus, & in simul approbatio legis petitur, quo casu contractus habet materiam, & formam explicant Corrasius lib. 1. Miscellaniorum cap. 1. Pichardus in §. alia instit. de donat. num. 3. & in principio instit. de emptione, & uenditione ex num. 19. cum sequentibus, Gom. tom. 2. var. cap. 4. num. 1. in fine. ex quo statim actio, & obligatio efficax oritur *l. iuribus gentium*. ff. de pactis, Pichardus d. num. 19. Dom. Ioannes Baptista de Larrea decis. Granat. 69. num. 2. Parlador. rer. quot. cap. 3. num. 8. lib. 2. Hermosilla in d. l. 4. tit. 4. part. 5. glossa 1. num. 1. & irrevocabilis fit, quo ad contrahētes, *l. perfecta donatio*. C. de donationibus, quę sub modo, l. sicut, C. obligati & actionibus.

5 Quo ad secundum, scilicet ad finem, & translationem dominij, adhuc duo etiā necessario desiderantur, traditio actualis, seu fide per quam dominium transferitur. §. vendite instit. de rerum diuisione, Cald. de extinct. cap. 5. num. 79. Felicianus de censibus lib. 1. cap. 2. num. 8. Hermosilla in l. 4. tit. 4. part. 5. glossa 1. num. 3. insuper titulus, seu iusta causa in qua partes cōsensum præstent, transferendo dominium sine quo ipsum transferri non potest, l. 1. & ibi glossa, C. de periculo, & comodo rei, l. id quid nostrum, ff. de regulis iuris. traditio enim sine titulo non sufficit. l. nunquam nuda. ff. de acquirendo rerum dominio, qui titulus iustus esse debet, & cui lex nō resistat, l. nō dubium, C. de legibus, Sanchez de matrim. lib. 4. disp. 8. num. 11. sicut titulus sine traditione non prodest, l. traditionibus, C. de pactis §. per traditionem instit. de rerum diuisione explicant Gom. vbi supra tom. 1. cap. 4. num. 1. & tom. 2. cap. 2. num. 5. vers. item adde Pichardus dicto principio, num. 24.

Vnde tametsi uenditio, seu donatio ex

de priuil. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

consensu perfecta sit ante traditionem, & habeat suam substantiam, atque ita vé ditori, seu donatori nequaquam licitum sit, venditionem, seu donationem reuocare, iuxta text. in d. l. perfecta donatio, & in d. l. sicut. & præcisè teneatur ad traditionem, l. si quis argumentum. §. si autem.

6 C. de donat. Gaito de credit. cap. 4. quesito 11. num. 1245. C. cancerius var. 1. part. cap. 8. num. 12. Peguera decis. 48. num. 6. nihilominus tamen si donator, seu venditor rem priori donatario, aut venditori, venditam, aut donatam ante traditionem alij secundo loco donauerit, & tradiderit, vel vendiderit, aut aliquo titulo habili ad transferendum dominium in alium transulerit, licet talis venditor, aut donator primo venditori, aut donatario restituere teneatur, & estimationem, & interesse rei donatæ, aut venditæ, iuxta text. in l. 1. ff. actionibus empti. alienatio tamē secundo loco facta cum traditione, suum debet sortiri effectum; iuxta text. in d. l. quoties explicant Tiraquelus de constituto 3. part. limit. 3. num. 7. & 81. Pichardus ubi supra num. 25. Gom. d. cap. 2. num. 20. Clarus in §. donatio, quest. 13. nu. 3. Cald. de extinct. emphyt. cap. 5. num. 76. Dom. Ioannes Baptista de Larrea supra num. 11. Conar. lib. 2. var. cap. 19. ex num. 2. Morla de empt. & vendit. num. 48. Hermosilla loco citato num. 3.

7 Simili modo si antequam res tradatur, eam donator, aut venditor iure pignoris alteri obligauerit, & exposita ementi, aut donatario tradiderit, transibit cum suo onere, iuxta text. in l. ult. §. Lucius. ff. de donat. ubi cauetur, quod si res donata sit, & ante traditionem obligetur, transibit cum suo onere: expendū additio ad Molinam lib. 1. cap. 10. num. 11. Gaito de credit. cap. 4. quesito 11. num. 1376. Tiraquel. lib. 1. retractus. §. 1. glossa 10. num. 114. Decius consil. 239. num. 6. Cald. d. cap. 5. num. 79. Franchis decis. 339. vers. inde ex prædictis Mantica de tacitis, & ambiguis tom. 2. lib. 13. tit. 7. num. 8. Noguerol allegat. 22. nu. 5. & allegat. 14. num. 46. Cancer. tom. 1. var. cap. 8. num. 30. Ratio est, quia cum venditor, aut donator ante traditionem dominus sit, legitimè poterit obligare rem cuius adhuc dominus est, uel aliàs illius dominium in secundum donatarium, aut emptorem transferre, quia datur voluntas domini cum traditione, ut colligitur ex d. l. quoties. Gom. in l. 40. Tauri, nu. 38. Minchaca de successionum creatione, §. 10.

num 82. notat Carrasc. d. cap. 11. nu. 123. iuxta quæ recte procedit text. ind. §. aliæ. nam donatio de qua ibi licet perfecta dicatur, ne renocari possit per donantem, non tamen dicitur perfecta ne donator illam alij hypothecare, & donare possit, ita ut cum illo ponere in accipientem transeat.

8 Colliges secundo intellectum ad text. in d. l. 1. C. de iure fisci. quatenus ibi perfecta donatione prædiorum requirit, hoc est, per traditionem, ut ibi notat Acertius verbo perfectam, quasi si donator antequam traderet rem donatam, cum fisco contraxisset, non diceretur perfecta donatio, 9 quinimo in ipsum donatarium hypothecæ onere prædia affecta transirent, secus esset si ante hypothecam tradita fuissent, sequuntur Bart. ibidem, nu. 6. Rebusus, & Platea num. 3. Bald. num. 13. Carrasc. d. cap. 11. num. 212. Peregrinus de iure fisci, lib. tit. 6. num. 3. Gaito de credit. cap. 4. quesito 11. num. 1259.

Ex quibus sic præhabitis patet veram esse resolutionem de qua supra dum dixi hypothecam contractam ante rem donatam non tamen verè, aut fide traditam in concursu creditorum præferendam esse, cum enim donator ante traditionem dominus sit rei donatæ, ut per Carrasc. Minchaciam, Gom. Gaitum, & alios de quibus supra. consequens erit, ut illa hypotheca tempore habili, & legitimo contracta. huic donatario in concursu præferenda sit, iuxta supra resoluta.

10 Declara secundo, quod tunc dicitur perfecta donatio si per constitutum fiat traditio ad prædictum effectum, hoc est, ut donatarius hypothecæ exposita cōtractæ in concursu præponi debeat, quando scilicet proponatur donatarium præsentē fuisse, & donationi consensum præstitisse, notat Gom. in l. 45. Tauri num. 82. Peguera decis. criminali 48. num. 2. cuius rei ratio in eo consistit, nā ut traditio per constitutum idem operetur, quod verā, necessaria est præsentia, & cōsensus illius in cuius fauorem sit constitutum cum possessio sine animo acquirentis transferti nō possit l. 1. §. adipiscimur. l. 3. ff. acquir. poss. Antonius Faber de erroribus prædictorum decade 75. errore 7. Dominus Ioannes Baptista de Larrea decis. 10. num. 28. Thefaurus decis. 70. ampliāt. 2. Etenim si donatarius absens sit, non aliter facta traditio per constitutum facta, verā traditionis effectus operabitur, quam post ratihabi

- habitationem donatarij absentis cuius nomine constitutum fuit factum. *glos. in d. l. quod meo, verbo possidere, optime Valasc. consult. 55. num. 2. Gom. vbi supra, nu. 82.* quæ quidem ratihabitio tempore habili fieri debet, aliter nec dominum, nec possessio transibunt in ratificantem si tēpori inhabili ratificationem fecerit, argumento text. in l. bonorum 42. ff. rem ratam haberi notant Valasc. supra nu. 2. Tiraq. de cōstit. 3. part. limit. 30. nu. 8. Barb. 2. part. legis diuortio in princ. num. 11. ff. solut. matrim. Egid. in l. ex hoc iure 2. part. clausula 15. cap. 13. num. 1. Molina d. cap. 2. num. 64. Tellus in l. 17. Teuri. num. 30.
- 12 Ex quibus ad nostram materiam inferendo consequitur, quod si donator qui constitutum in fauorem absentis fecit, ante illius ratihibitionem rem donatam iure pignoris obligauerit, & absens ratum habuerit constitutum, res illa prædicto onere affecta, in donarium transibit, & consequenter hypotheca in concursu præferenda erit; quæ resolutio deducitur ex text. in d. l. ult. §. Lucius. ff. de donat. notat. Gom. supra num. 83. vbi dicit, quod si antequam absens ratum habeat constitutum, venditor, vel donator qui se constituit possidere nomine absentis, vendat, donet, vel alienet rem, & tradat verè, vel fictè ille secundus erit præferendus in re donata, aut vendita.
- 14 Intellige tertio, quod tamen si facta traditione per clatulationem constituti primo donatario, nec secunda donatio ex post facto realiter facta, nec hypotheca huic donatario aliquo modo officere possit, nihilominus tamen si constitutum fiat sub conditione, qua pendente donator alteri rem donatam obligauerit, iure pignoris, aut donationis, & insimul tradiderit, adimpleta postea conditione præferendus non erit in concursu primus donatarius in cuius fauorem constitutum conditionaliter emanauit, cuius retractione est, quia in hac specie adimplementum conditionis sub qua constitutum fuit conceptum, non retrotrahitur ad tēpus celebrati contractus, patet si aduertas quod ad hoc vt fictio translatitia locum habere possit (vt alibi diximus) requiritur habitas in vtroque extremo, à quo & ad quod; iuxta doctrinam Bart. in l. si is qui pro emptore, num. 4. & 48. ff. de res. cap. Barbosa loco supracitato num. 1. Gom. tom. 2. var. cap. 11. num. 30. Gutier. lib. 3. præf. quæst. 65. num. 5. At in hoc casu deficit

habitas in extremo à quo (hoc est) tempore quo constitutum factum est, cum iam res illa hypothecæ onere affecta, aut aliàs alteri donata proponatur, atque ita fictio illa locum habere non potest, iuxta sententiam Decij in l. contractus. ff. de regulis iuris, limitat. 6. Gom. in d. l. 45. Tauri num. 93. vbi hoc in contractu emptionis, & venditionis defendit, subscribunt Hermosilla in l. 50. tit. 5. part. 5. num. 10. Barbosa de clausulis, clausul. 31. num. 33. Noguero d. allegat. 14. num. 52. Mantica de tacitis, & ambiguis lib. 11. tit. 22. num. 17. Flores de Mena in addit. ad Gam. decis. 116. num. 3. vbi quod contractus purus cum traditione præfertur primo conditionali cū clausula constituti, etiam si postea purificetur conditio, quia non tollit ius alteri medio tempore quæsitum, Gut. qui ab hac sententia non dissentit de iurament. cōfirmat. 1. part. cap. 30. num. 6. Nec dubiū faciat, quod in contractibus conditionalibus conditio casualis retrotrahitur ad tempus contractus celebrati, iuxta text. in l. potior, vers. videamus. & in l. qui Balneum. ff. qui potiores in pignore habeantur. Ripa in l. privilegia. vbi Dom. Maqueda num. 104. ff. de privilegijs cred. Felician. de censibus lib. 3. cap. 5. num. 19. Gregorius Lopes in l. 32. tit. 13. part. 5. verb. cōdicion. Satisfit enim si dicas quod retrotractio de qua in dictis iuribus ideo locum habet, quia in eis datur vtrumque extremum habile, quod quidem si deficeret talis retrotractio nō concederetur, explieat Gom. in d. l. 45. nu. 93. Gratianus tom. 5. discept. cap. 857. num. 28. Noguero d. allegat. 14. num. 59.

Vtrum autem facta donatione, stipulante notario nomine absentis, ante ratificationem donatarij donatio perfecta, & irreuocabilis dicatur, quæstio est in hac materia donationis ardua, & multū controuersā, cuius quæstionis resolutio ad nostram materiam applicata utilis, & proficua erit, vt sciamus quādo post factā huiusmodi donationē res sic donata oppignorari, aut quocunq; modo alienari possit, si enim in hac specie donatio perfecta & irreuocabilis reddatur, hypothecæ ex post facto tanquam super re alienā contractæ in cōcursu ratio non erit habēda: ex regula text. in l. 1. §. 1. ff. de pignoribus, l. quod prædium, C. si res aliena pignori data sit. l. 9. tit. 13. part. 5. Quemadmodum è contra si illa perfecta non sit, aut aliàs reuocabilis hypotheca potior erit. In hac igitur quæstione, in qua acerrimè pugnat

de priuilegio credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

19 rriusq; iuris grauiſſimi coriphei partē affirmatiuā videlicet, quod stipulāte notario, absentis nomine, ante illius ratihabitionem donatio itrenocabilis fiat: probare videtur text. in l. 2. ff. de pupilli ſaluā fore. in quō ſubrogatur ſeruus publicus in locum ſerui proprii, negari autem nō potest, quod stipulante ſeruo proprio domino ita acquirit, vt promiſſor reuocare nequeat, vt deducitur ex l. quodcunq; ff. de verborū. l. ſiue mihi 15. ff. de ſtipulatione ſeruorum. igitur idem erit, quod ſeruus publicus (hōc eſt) tabelio absentis nomine ſtipuletur, ſubrogatum enim ſcipit, & ſortitur naturam eius rei in cuius locum ſubrogatur. l. ſi cum 6. qui iniuriarum. ff. ſi quis cautionibus. vbi Bart. Bald. Angelus, & alij Molina de primogenijs lib. 4. cap. 4. num. 26. Flores de Mena var. lib. 2. quæſt. 20. Dom. Caſtillo controuerſ. lib. 4. cap. 36. num. 51. quibus ſuffragatur text. in l. ſi ego 24. ff. de negotijs geſtis, l. per ſuadum. 11. ff. de ſeruitutibus ruſticorum præ l. 1. (illuc) Et ſi mutauerit venditor voluntatem.) ff. qui ſine manu, bonus text. in cap. ſi tibi abſenti de præbendis in ſexto.

Ex quibus hanc partem tuentur Goſſadinus Aufcerius capell. Tholoſana, Socinus Iunior, Bart. Dinus, & alij, de quibus Mantica de tacitis, & ambiguis, lib. 14. tit. 26. nu. 10. Couar. in rubrica de teſtament. 3. part. num. 12. plures quos refert d. decifio 70. per Theſaurum, nu. 4. Clarus in 6. donatio, quæſt. 13. verſ. primo, ergo Molina de iuſtitia, & iure, diſput. 264. §. quarto, tanquam Villalobos in antinomia iuris, litera N. num. 175. Matieſ. in l. 9. tit. 10. gloſſa 2. lib. 5. recop. nu. 10. Greg. Lopes in l. 4. tit. 4. part. 5. gloſſa no lo puede fazer. verſ. aduerſe Zenallos cōmun. cōtra com. quæſt. 54. ex num. 11. vbi plures refert Gutier. in cap. quamuis patit, num. 34. Seraphius de priuilegio iuramēt. priuilegio 24 num. 4. Antonius Faber de erroribus præmaticorum, decade 47. errore 3. per totum. Parladorius lib. 2. rerum quotidianarum, cap. 3. num. 36. vbi reſoluit, donationem abſenti factam, ita validā eſſe, vt donator nullo modo poſſit illam reuocare, falſumquē eſſe aſſerere donatorem nō habere animum ſe obligandi, ante acceptationē donatarij abſentis. Egid. in l. hoc iure, 2. parte, cap. 13. clauſula 15. num. 3. vbi quod ſtipulante notario, ſtatim abſenti, ante illius acceptationem eodem modo ius acquiritur, quo ſtipulatione, & acceptatione ſerui ius domino acquiſitum intelligitur, Dom. Caſtillo con

trouerſ. tom. 5. cap. 130. num. 22. & tom. 4. cap. 37. num. 38. vbi plures citat additio ad Molina. d. lib. 4. cap. 2. ex num. 58. vbi tamen contrarium in Hiſpanorum primo. genijs pluribus citatis admittit Hermoſilla in l. 4. tit. 4. part. 5. gloſſa 1. nu. 42. Angul. in l. 1. gloſſa 5. num. 28. tit. de las mejoras Suares in l. quoniam in prioribus, quæſt. 8. num. 8. Dueñas regula 119. limit. 2. Gom. tom. 2. var. cap. 4. num. 2. Mendoga de paſtis cap. 9. num. 38. Flores de Mena in addit. ad Gam. decif. 8. num. 2.

20 At oppoſitum quinimo etiam poſt rebellionis ſtipulationem donationem reuocari poſſe ſi abſens illam ratam nō habuerit defendunt plures quos refert Zenallos d. quæſt. 54. ex num. 10. relati per Cald. de empt. & vedit. cap. 34. num. 5. Azueud. in l. 2. tit. 16. lib. 5. recop. num. 25. plures refert, & ſequitur Pater Saches de matrimonio lib. 1. diſput. 7. nu. 11 in fin. d. decif. Pedemont. 70. num. 2. & 3. Tiraquel. in tractatu de vtroquē retractu 3. part. limitat. 30. nu. 8. Peregrin. de fideicommiſ. art. 51. num. 14. Melebius Phæbus decif. Luſitana 170. num. 14. Minchaca de ſucceſſ. creat. lib. 3. §. 21. nu. 43. Morla in emporio 1. part. tit. 3. quæſt. 3. num. 7. Noguerol allegat. 22. num. 6. Barbosa 2. part. rubrica, ff. ſolut. matrim. num. 94. Molina lib. 4. de primogenijs, cap. 2. nu. 68. Cancerius var. lib. 1. cap. 8. nu. 24. Audadus in l. 44. Tauri, gloſſa 9. nu. 9. Boirellus in ſum. decif. tom. 3. tit. 10. nu. 149. Mieres de maioratu, 1. part. quæſt. 36. num. 2. quorum præcipuum fundamentum eſt l. 3. ff. ſeruis exportandis. quo loco ſic Paulus reſpondit; ſi quis hac lege venit vt intra certum tempus manumittatur ſi nō ſit manumiffus liber ſit ſi tamē is qui vedit in eadem voluntate perſeueret.) cui conuenit Imperator in l. ſi 1. C. ſi mancipium ita fuerit,

21 Secundo eādem ſententiam fouet decifio text. in l. 2. §. ſed ſi quis, ff. de donat. Tertio hanc partem etficaciter probat doctrina Bart. in l. qui Rom. §. Flanius. nu. 1. ff. de verborum obligat. quo loco aſſerit, quod ſi quis alteri donauerit rem aliquā vt poſt certum tempus ad eccleſiam perueniat, quamuis eccleſie interim ius ſit quæſitum, iuxta regulam text. in l. quoties, C. de donationib. quæ ſub modo poterit tamen donator in vita reuocare: quā ſententiam magis communem fatentur Valaſc. de iure emphit. quæſt. 49. nu. 6. Gom. in l. 40. Tauri, num. 25. & eandem ſequitur Anto. Fab. in ſuoc. de donat. quæ ſub modo 39. deſinit, 2. Surdus decif. 209. num.

num. 13. Cacer. var. 3. par. cap. 8. num. 31.

22 Confirmatur modo dicta ex his quæ considerat Molina in loco paulo ante citato num. 71. quo loco expedit, quod si priusquàm rati habitio fieret absentis donatio in reuocabilis foret, sequeretur quod donatarius forrè invitus obligaretur, quod negandum est, & sic contractus ex vna parte claudicaret, vt habetur in *l. Iulianus. §. si quis à pupillo. ff. actionibus empti.* quod tamen hic deficit.

23 Tandem pro eadem sententia expendi solet *d. l. 2. tit. 16. lib. 5. recopilat.* iuxta quam licet per illam legem innui videatur, vt quomodocunquè appareat, quod quis alicui obligationi sese subijcere voluit, efficaciter obligetur, nihilominus tamen illa cōstitutio in eum sensum per Hispanos modernos sic accipi, & intelligi solet, vt duntaxat voluerit tollere solē nitates stipulationum, quæ iure ciuili ad contractus validitatem requirebantur, non autem ea quæ ad substantiam, & validitatem contractus, præcisa, & necessaria erant, prout est acceptatio donationis, quæ pro illius perfectione requiritur, iuxta text. in *l. absentis. ff. de donat.* obseruat ex alijs Molina dicto cap. 2. num. 63. iunctis traditis per Couar. lib. 1. variar. cap. 14. num. 14.

Propter hæc fundamenta, quibus supracitati auctores, in vnam, & alteram sententiam abiere *d. decisio Pedemot. num. 5.* præfatas opiniones ad concordiam redducens, sic distinguit, videlicet vt pars affirmatiua procedat re integra (id est) vt quo ad ipsum donantē donatio incommutabiliter valeat, nec ab ipso reuocari possit, etiam ante rati habitationem quamdiu per ipsam alij non fuerit donata, & inmutata, aut quocunquè titulo alienata; quam distinctionem communē ex alijs dicit Clarus *d. §. donatio, quæst. 13. num. 2. & 3.* vbi quo ad secundum membrū distinctionis omni difficultate carere scripsit quando secundo res tradita fuisset, cū tunc etiam si prima donatio præsentis, & acceptanti facta proponeretur, secundus cui res tradita fuisset præferri deberet, secundum regulam legis *quoties, C. reuēlitatione.* quod si nec primo, nec secundo traderetur primū dubio procul esse præferendum, pro qua sententia, & distinctione plures citat Couar. eadem admittens in rubrica de testamentis, 3. part. num. 13. vers. bi vero.

His tamen non obstantibus prima sen-

24 tētia verior videtur, quia fortioribus iuribus, & maiori doctorum numero, & auctoritate fulcitur, nequē ea retēta obstant fundamenta contrariæ sententiæ nō primū ex *d. l. 3. & in d. l. sta.* satis fit enim in prædictis iuribus habitum fuisse respectum ad perseverantiam voluntatis venditoris ad effectum vt libertas competere ipso iure ex cōstitutione Imperatoris Marij, seruo post tempus manumittendo, quæ quidem cōstitutio inducta fuit, tam in fauorem libertatis, quam domini venditoris, vnde mutata voluntate domini liberalitatem exercentis, iam cessat dicta cōstitutio, inde tamen inferri non potest, quod tamen si cōstituerit mutata esse voluntatem domini donatoris, aut venditoris, non possit seruus per officium iudicis libertatē petere, vt colligitur ex *l. 1. ff. qui sine manū (illic) sed & si mutauerit vēditor voluntatem, nihilominus libertas competit.* explicat Bart. in *l. Aristo. ff. de donat. ad l. 2. §. sed si. ff. de donat.* dic illic tantum mentionem fieri de mandato ad donandum, quod morte extinguitur re integra. *l. mādatur. C. mandati. §. item si institut. illo titulo. l. fin. ff. de solut. Alexad. Trētancinq. var. lib. 2. tit. de procurat. re. solut. 10. num. 2. Tasc. litera M. cōclus. 65 & Matica de tacitis lib. 7. tit. 33. num. 1.*

25 Nec obicem facit doctrina Bart. in *d. §. Flauius.* nam contrarium tuentur plures quos refert Couar. *d. cap. 14. num. 7. Gom. in l. 40. Tauri num. 19. Duēas regula 216. Dom. Castillo quot. lib. 4. cap. 5. num. 21. Parladorus quot. lib. 2. cap. 3. num. 37 & Afueled. in l. 11. tit. 6. lib. 3. recap. num. 18. Mariēf. in l. 2. tit. 16. lib. 5. recap. num. 10. Flores de Mena in addit. ad Gam. decis. 8. num. 2. Hermosilla in l. 7. glossa 4. tit. 4. partita 5. num. 2. Costa de successione regni. pag. 62. & communiter reprobari affirmat Suares in l. quoniam in prioribus, C. de inofficioso testam. ad leges regni quæst. 8. num. 2. quinimo tamen fateamur magis communem esse Bart. doctrinam, prout fatentur Gom. in *d. l. 40. Tauri num. 29. Valasc. de iure emphit. quæst. 49. num. 6.* Nihilominus tamen in diuerso casu loquitur, quia illic non agit quando notarius nomine absentis acceptauit, & sic perperam inducitur eius auctoritas ad nostrum casū in quo ius irreuocabiler tertio acquiritur per acceptationem Tabellionis, vt in terminis aduertit Couar. in *d. cap. 14. num. 11. subscribit Clarus d. quæst. 13. num. 3.* Ad fundamentum vero à Mo-*

de priuileg. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

27 lina supra adductum, dic, quod inter donatorem, & donatarium discrimen cōstitui debet, quippe quod donator post acceptationem Tabelionis non poterit amplius donationem sola voluntate reuocare, & si de facto reuocauerit non impedit ratihabitionem absentis, nequē eius effectum, vt probatur in d. l. si ego (illic) *Invito me.*) & ita respectu donatoris ius irrenuocabiliter acquisitum est ex prædicta Tabelionis acceptatione, *Tiraquel d. limitatione 30. num. 65.* Non sic dices in donatione ex parte donatarij, etenim tamen si dicamus ex parte illius ius acquisitum, non tamen irrenuocabiliter acquisitum dicetur, sed conditionaliter si ipse absens ratum habuerit, ita vt interim pēdeat quasi sub tacita cōditione si absens acceptauerit (illic) *Donec eam ratam habuerit ius non acquiras*) explicant *Decius in l. cōtractus, num. 2 2. ff. de regulis iuris, Conar. vbi supra num. 11.*

Ad vitimum ex d. l. 2. responde verius esse attempta illius constitutione, acceptationem absentis necessariam non esse, vt obseruant *Matiesus ibi glossa 5. nu. 6. Gom. tom. 2. var. cap. 4. nu. 3. ad fin. Ducas regula 119. limitat. 1. Molina de iustitia, disput. 264. in fin. Suarez vbi supra 8. quæst. principali nu. 8. Zenall. d. quæst. principali num. 8.*

28 At licet prima sententia, quoad reuocabilitatem donatoris verissima sit, tu tamen à secundo membro distinctionis (de qua supra) non discedas, tum quia aliàs omnino violaretur, regula *text. in d. l. quoties.* tum etiam, quia sequeretur absurdum illud de quo clarus d. *quæst. 13. num. 3.* videlicet, quod plus operaretur donatio facta absenti acceptanti, quam illa quæ sit donatio presenti, & etiam acceptanti, & deniquē quia licet regulariter donatio perfecta, & irrenuocabilis dicatur ad hoc vt illam donator amplius reuocare non possit, iuxta *text. in l. perfecta donatio. C. de donat. quæ sub modo. l. si. cent. C. obligat. & actionibus.* & ad alios iuris effectus, de quibus supra, nihilominus quoad tertium cui illa res secundo loco fuit donata, aut quocunque modo alienata, sic imperfecta, & reuocabilis dicetur, vt si donator illam secundo donauerit, & tradiderit, secundus semper præferendus est, sicut etiam si alij iure pignoris obligauerit, & postea tradiderit trāibit cum suo onere, vt norant, & atque tendunt *Gallo de credit. cap. 4. quæstio 11.*

nu. 1276. additio ad *Molin. de primogenijs lib. 1. cap. 10. num. 11. Cald. de extinctione cap. 5. num. 79. Dominus Ioānes Baptista de Larrea decis. Granat. 69. num. 11. Noguerol allegat. 22. num. 5. & alij de quibus supra num. 7.*

29 Secundum quæ quæstio supra tacta in concursu decidenda erit, nam cum prædicta donatio, absenti facta, perfecta, & irrenuocabilis solum reddatur ad eum effectum, vt à donatore amplius reuocari non possit, non vero ad hoc, vt illam donare, aut hypothecare alteri nō valeat, consequens erit vt causa hypothecæ in concursu circa ipsam rem donatam potior sit.

30 Quæ quidem resolutio ita debet accipi & intelligi, nisi aliàs hypotheca in huiusmodi donatione subiiciatur, tūc enim etiam si nulla præcedat traditio, vera, vel ficta, causa donatarij melior erit, quantumcūq; donatarius causam præcedat luctatiuā creditor vero onerosam, vt expresse probat *text. in l. 2. C. qui potiores in pignore habeantur.* vbi Iurecōsultus sic ait; *Si de c. reto pratoris qui de fideicomisso ius dixit in possessionē fundi hereditarij fideicommissi si conditionalis seruandi gratia, prius inducti estis, quam aduersarius vester in causam iudicati eiusdem qui iure sententiam exequabatur, tempore potiores estis, nam cum de pignore utraque pars contendit, praualeat iure qui præuenit tempore.* quem *text. ad hoc expendit Dom. Maqueda in l. priuilegia, nu. 110. ff. de priuilegijs credit.* subdens eos qui contrarium sequuntur illam constitutionem penitus ignorasse; idem probat *text. qui expresse in donatione loquitur in l. siquidem. C. de donat. inter virum, & uxorem.* vbi donationi à marito factæ, uxori in casu à iure permissio non præiudicat obligatio hypothecaria à marito expolitfacto contracta: audi verba *text. Siquidem ante donationem possessionis in te iure vt dicis à marito collatam prædium ab eodem creditori obligatum fuerit alienationem eius (saluo iure debiti) si tamen iuris ratio actionem eius creditoris nō excludit, factam esse non dubium est, quod si donatione in re celebrata eo quod vel ante nuptias facta est, vel in iisdem casibus in quibus etiam cōstāte matrimonio donatio procedere potest obligatio insecuta est factū mariti quem diem suum obijisse memorasti in iuri tuo officere non posse certum est.* Ex quibus verbis indubia videtur superior resolutio, prout norat, & ad id ponderat illum *text. Carrasc. ad aliquas*

aliquas leges regni cap. 11. num. 209. tametsi extra causam arrharum regulam generalem perperam constituat, ibidem nu. 217. vers. & sic. videlicet causam onerosam hypothecariam causæ lucratiuæ etiam si hypotheca reali aliàs sit munita, ubique preferendam esse nisi interueniat donatio rei certæ.

Idem probatur in d. l. 1. C. privilegio fisci lib. 10. ubi Alexander Imperator hæc verba rescribit; Si priusquam fisci rationibus pater vester obligaretur perfectam prædiorum donationem fecisse fuerit probatus, quod citra fraudem creditorum factum est non rescinditur. Per quem text hanc partem tanquam veriorē defendit Felician. de cõsibus tom. 1. lib. 3. cap. 5. in fin. subscribit Dom. Maqueda in loco supra citato, Fontanella de pactis nuptialibus tom. 2. claus. 7. glos. 1. part. num. 22. ubi citat Staphileum, Gab. & alios Mantica de tacitis, & ambiguis lib. 11. tit. 22. num. 23. Suarez in l. 1. tit. de las arrhas, num. 59. Villadiego in sua Politica, cap. 7. num. 17. fol. mihi 240. Rodericus de concursu 2. part. art. 1. num. 19. Richardus §. quadam actiones, instit. de actionibus, nu. 70. plures quos refert, & sequitur Gaito de credit. cap. 4. quesito. 11. num. 1235.

33 Ex qua resolutione inferitur falsam videri sententiam Ioannes Gut. in tractatu de iuramento cõfirmat. 3. part. cap. 15. num. 19. & 20. quatenus tam in donatione quàm in alia quacunque causa lucratiua regulam generalem constituere videtur, videlicet ut causa onerosa hypothecaria posterior, alię cuiunque priori lucratiuæ reali hypotheca munita semper præferenda sit, sequuntur Castus decisione Lusitata 16. ex num. 3. ubi allegat Zensual. cõm. contra cõm. quæst. 103. num. 30. Capicius decis. 78. num. 7. Molina de iustitia, & iure disput. 4. 13. num. 12. Paschal de viribus patriæ potestatis part. 2. cap. 9. num. 45. Carrocus decis. 125. num. 3. Carrasc. in loco supra citato licet num. 215. contrarium in arrhis hypothecę vallatis admittat; cõfunditur enim apertè ex prædictis iuribus, quæ nostram sententiam tam in donatione, quàm in alia quacunque causa lucratiua expresse innuere videtur: nec obstat text. in l. inter eos, §. is quoque, ff. de re iudicata. quem pro sententia Gutierrez fortissimum existimat Carrasc. d. cap. 11. nu. 206. cum alijs adductis per eundem Gut. d. loco nu. 19. & 20. nam præter quamquod eis abunde satisfaciunt Dom. Maqueda, & Roderic. dictis locis text. ille non loqui-

tur quando in donatione, seu alia quacunque causa lucratiua adiecta fuit generalis, aut specialis donantis hypotheca, ac subinde nobiscum non pugnat, nequè ad terminos nostrę quæstionis adaptari potest, nec similiter præfata resolutioni obicit quod hypotheca in hac specie est accessoria ad contractum principale donationis, sicquè annullato contractu principali hypotheca inutilis erit, ut expendunt plures ex citatis: satisfit enim ex his quæ Gaitus supra nu. 1246. ubi sic respondit (illic) Nam etsi hypotheca dicatur accessoria ad contractum donationis, & consequenter annullato contractu annullatur hypotheca ut passim notant omnes non propterea sequitur quod hypotheca adiecta donationi effectum non operabitur aduersus creditorem posteriorem cum in casu nostro nequaquam annullatur, aut reuocatur donatio, sed tantum controuertitur circa prælationem eo quod etiam non sequita traditione regulariter non reuocatur, sed donator cogitur tradere ad text. in l. si quis argetur, §. fin. C. de donat. & §. alie. instit. eodem. ideo si donatio inter viros dicitur perfecta etiam ante traditionem, & ab initio quamuis aliquo modo per nouam obligationem infringatur ut inferius tamen hypotheca dato à principio valido suum operata fuit effectum separatim ab eodem contractu afficiendo, scilicet res donatas nexu hypothecario eo quia diuersos pariunt effectus donatio, & hypotheca. Hactenus Gaito.

43 Secundo ex eadem resolutione inferitur minus certam videri opinionem eiusdem Carrasci d. cap. 11. num. 215. & 216. quatenus ibidem vxori pro arrhis hypothecæ expost facto à marito contractæ in concursu prælationem non aliter concedit quàm si maritus pro solutione arrharum bona sua expresse hypothecauerit, apertè namquè conuincitur opinio illa ex prædictis iuribus, quæ causæ lucratiuæ tacita, aut expressa hypotheca priori munita indistinctè prælationem indulgent, ut expresse colligitur ex d. l. 2. ubi hypotheca tacita in pignore prætorio à lege inducta in fauorem fideicommissarij qui causam lucratiuam præterdit, præfertur creditori oneroso qui ex eodè iure (hoc est) pignoris prætorij sese præferendum esse contendebat. nec scrupulū iniiciat, quod ex eo text. clare nõ colligitur quod secundus creditor causam onerosam præterdat; satisfit enim quod hoc manifeste euincitur, si aduertas quod Iureconsultus

de priuil.credit.resolut.&extinct.iur.hyp.

tus ibi prelationem creditori tempore priori, ut ibidem text. habet (illic) *Præuilegium iure qui præuenit tempore*. Si enim uterque creditor prætenderet causam lucrativam utique inducenda erat alia regula à iure consulto tradita in *l. querebatur. ff. ad legem falcidiam*, per quem text. tenet Paulus in *l. si quis testamento. §. 1. ff. legat. 1.* quod si plures creditores causam lucrativam intendant, pro rata inter eos solutionem faciendam esse subscribit Greg. Lopes in *l. 26. verbo. obligados. tit. 13. part. 5. Scobar de ratiocinijs computat. 10. num. 3. Gom. tom. 1. var. cap. 12. num. 34.* Pro qua sententia facit, quod uxori privilegium prelationis in bonis mariti concedere videtur text. in *l. ubi adhuc. C. de iure dotium*, si saltem mulier agat ad dotis restitutionem quando maritus effectus est non soluendo, iuxta text. in *cap. fin. de donat. inter virum, & uxorem*, quia tunc mulier non agit de lucro captando, sed de conservanda dote, & in specie admittunt Panormit. in *cap. ex literis de pig. nu. 5. Barb. 3. part. l. 1. ff. sol. mat. nu. 31. Couar. lib. 1. var. cap. 7. na. 1.* cum autem arrhe quibus in Hispania utimur successerint in locum donationis propter nuptias, ut late dixi ampliat. 3. hac eadem regula igitur à fortiori hypotheca indulgenda erit.

35 Tercio ex supra resolutis inferitur ad eam celebrem questionem quæ excitant doctores in *d. l. quoties. C. de donationibus*, quæ sub modo iuncta lege 7. tit. 4. part. 5. utrum donatio ad tempus, vel post mortem alterius alicui facta, sic secundo donatio acquisita dicatur, ut alteri donari, aut hypothecari minime valeat, cuius questionis resolutio pædet ab intellectu prædictorum iurum, videlicet an & quando actio secundo donatario acquisita, realis, an personalis censenda sit, ad veram igitur propositæ questionis resolutionem noto primo, quod decisio text. de qua in *d. l. quoties*, iuxta quam utilis actio absenti sine stipulatione queritur, specialis est, ut docet Bart. in *l. stipulatio. §. stipuler, ff. de verborum obligat. ubi Alexander num. 19. communem dicit, communem etiam testatur Couar. lib. 1. var. cap. 14. num. 20. Surd. decis. 85. num. 7. & magis communem quodque proficitur Peregrinus de fideicommiss. art. 1. num. 16. & art. 51. ex num. 15. Gom. in *l. 40. Tauri. num. 26. Valasc. cõsult. 194. num. 11. Osaschus decis. 85. num. 7. Anto. Faber de erroribus præmat. decade 47. errore 8. Hermosilla in *l. 7. tit. 4. glos. 2. part.***

5. num. 2. Mantie. de tacitis, & ambig. lib. 3. tit. 48. num. 3. Et licet hæc conclusio verissima sit, decipuntur tamen doctores, qui existimant hanc specialitatem ex favore liberalitatis provenire cum enim iuris regula sit, absenti per alterum actionem non queri, ut in *§. alteri institut. de inutilibus stipulat.* non sat erat liberalitatis fauor sine lege, ut à regulis iuris recederetur, veritas igitur est quod non ex solo liberalitatis favore, sed ex cõstitutio-
ne diuorum principum illa specialitas est introducta, ut probatur in *d. l. quoties* (illic) *Sed cum postea benigni iuris interpretatione diui principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint.* aduertunt Cuiatins in paratitita, *C. de donat. quæ sub modo* Pichardus in *d. §. alteri, num. 28.*

37 Secundo noto, quod licet de iure communi questio esset ardua, & multum controuersa, utrum in terminis *d. l. quoties* secundo donatario actio realis an personalis competere; obtinuit tamen sententia quæ voluit utilem tantum actionem personalem competere, ut per Gom. in *d. l. 40. Taur. num. 16. Valasc. cõsultat. 194. num. 14. Franchis. decis. 174. Grat. disceptat. forens. cap. 332. num. 8. Mant. ubi supra num. 3. Hermosilla num. 3. Menoch. lib. 1. cõsil. 85. num. 31. Magon. decis. Flor. 31. num. 8. Couar. d. cap. 11. num. 3.* ubi præter alia considerat, quod ex resolutione contractus verbis obliquis concepti, de qua in *d. l. quoties* nunquam dominium transit absque traditione, licet aliàs etiam si verbis directis decisio illa cõcepta foret ad huc dominium minime translatum diceretur cum illud speciale sit in pactis legis commissoriæ, & additionis in diem Bart. in *l. 1. ff. de donat. Peregrin. d. art. 51. ex num. 8.* ex quorum mente deducitur quod in donationibus, licet pacta resolutoria verbis directis concipiantur, dominium tamen semel acquisitum retraheri non potest, nisi mediante traditione, quod tamen fallit in secundo, & reliquis donatarijs, & successoribus maioratus, quia traditio facta primo donatario, non solum videtur facta illi, sed etiam omnibus sequentibus, argumento *l. 2. C. de acquir. poss. Tellus in l. 27. Taur. num. 2.* qui prædictam sententiam fundat in *d. l. 27. Barbosa in l. diuortio 2. part. in prin. num. 11. ff. solut. matrim. Pater Sanches cõsiliorum moral. lib. 1. cap. 6. dubio 1. num. 8. Gutierrez lib. 2. pract. quest. 2. num. 4.* Et ideo illa traditio opes-

ratur dominiij translationem, non solū in secundo donatario, sed etiā in sequen-
tibus, licet illi ratum nō habeant, vt per
Barb. d. num. 11. & 12. ac proinde secun-
do donatario tanquam domino non ex
vi dominiij retranslati, sed acquisiti sin-
gulis successoribus ex prima traditione
vendicatio recte competit.

Vnde est, quod si primus donata-
rius in vita sua bona maioratus alien-
ner, secundus donatarius substitutus
post mortem illius poterit alienata reuo-
care, quia licet in contractibus prohibi-
tio de non alienando dominiij translatio-
nem non impediat, iuxta text. in *l. ea le-*
ge, C. cōditt. ob causam l. 43. tit. 5. part. 5.
resoluit pluribus citatis additio ad Mol-
inam lib. 1. cap. 12. num. 32. cum tamen pri-
mus donatarius limitatam dominiij cau-
sam habeat, & ad vitam suam restrictam
non potest plus iuris in alium ex aliena-
tione trāsferre, & ideo eo mortuo causa
dominiij expirat, vt bene aduertit Mol-
ina de primog. lib. 1. cap. 12. num. 32. quem
tamen immerito reprehendit Barbosa su-
pra num. 10. quasi Molina existimauerit
dominiū a primo donatario in aliū (pu-
ta emptorem) translatum, ipso iure post
mortem donatarij retransferri in suc-
cessorem maioratus, quod nequaquam
admittitur iuxta supra resoluta, & magis
communem intellectum d. l. quoties. quā
explicat Alciatus in l. traditionibus, num.
19. C. de pactis. Matthesius in l. 8. glos. 2. num.
10. tit. 7. lib. 5. Recop. Barbosa supra num. 9.
qui omnes resolunt in terminis d. l. quo-
ties, dominium ipso iure non retransfer-
ri, quod sane Molina non negat, sed tan-
tummodo asserit finitam esse causam do-
miniij, quia primus donatarius non po-
tuit in emptorem plus iuris transferre
quam ipse habebat, vtrum autem retrā-
feratur dominium non disputat illic,
nec qua ratione ab emptore auocandum
sit.

Tandem pro communi facit, quod in
d. l. quoties apertè probatur, quod actio
de qua ibi personalis est in illis verbis,
(illic) *Vel heredibus cōdittitæ actionis per*
sequitione. Condictio enim actio perso-
nalis est, iuxta text. in *§. appellamus insti-*
tut. de actionibus. iuncto text. in *l. actio in*
personam ff. de obligat. & actionibus, Soci-
nus cōsil. 236. vol. 2. vbi prædictum text.
ad hoc esse clarum ait, subscribit Valasc.
cōsultat. 194. num. 17. vbi quod solo pac-
to rerū dominia transferri non possunt,

& quod prædicta lex exorbitat à regulis
iuris communis, quatenus in donatio-
ne, alteri per alterum quaritur obliga-
tio, & ideo ad actionem realem nequa-
quam extendi debere, *Barbosa supra*
num. 9. Tellas in loco citato, num. 2. vbi
cum Couar. supra num. 5. in princip. hanc
partem in terminis d. l. 7. defendit Ma-
tienfus supra num. 21. Gom. num. 26. plu-
res citat Melchor Phabus 1. part. decis. 81.
num. 9.

Ex quibus sic prænotatis apertè cōstat
prædictam sententiam de iure communi
verissimam esse, quidquid contrariū illo
iure inspecto defen-derint *Decius cōsil.*
239. num. 8. Decianus lib. 1. cōsil. 31.
nu. 61. Peregrin. d. art. 51. nu. 17. Ant. Fab.
de erroribus pract. de cade 48 error. 8. No-
guerol allegat. 1. nu. 63. & plures alij quos
refert Sāches supra nu. 2. de iure tamdē re-
gio Decij opinio & sequentiū dubio pro-
cul admittenda est, prout agnoscunt cōtra-
riæ sententiæ affectæ, vt per Couar. d. cap.
14. num. 5. in fin. Tellum nu. 2. ad fin. Soares
in l. quōtiam super leges regni fol. 342. Va-
lasc. d. cōsult. 194. num. 20, vbi quod prædi-
cta lex 7. ad hoc est pulchra, & aurea se-
quitur Barbosa in loco supra citato num. 11.
vbi licet de iure cōmuni contrarium fir-
met cum hac tamen transit attento iure
regio, Molina supra lib. 3. cap. 12. num. 3.
Gregorius Lopes in d. l. 7. verbo ganarian.
vbi ad hoc illam legem commēdat Dom.
Castillo lib. 5. controuers. cap. 68. vers. qua-
tenus, Mieres de maioratu 1. part. quest. 24.
num. 6. Molina disput. 3. col. 39. Hermosilla
in l. 2. tit. 4. part. 5. glossa 3. num. 9. iudica-
tum pro hac parte refert Phabus supra in
fin. Egilius in l. ex hoc iure 2. parte, cap. 12.
differentia 5. num. 6. in fine. Qua retenta
questionis superioris ad concursum cre-
ditorum reddatē facilis erit resolutio,
cum enim ex hac donatione secūdo do-
natario actio realis reuendicationis cō-
petat adimpleta conditione qua res ei
donata fuit, aut aliās cedente die quous-
quē donatio fuit facta consequens erit
vt si res ipsa sic donata per primum do-
natarium fuerit hypothecata, aduersus
quam forte instant creditores semper se-
cundi donatarij causa in cōcursu potior
erit, quia scilicet hypotheca illa sic cōsti-
tuta extincta, & resoluta dicetur, vt in
terminis d. l. quoties, resoluit in specie
Hermosilla in l. fin. tit. 5. part. 5. glossa 1.
num. 18.

de priuilegio credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

S V M M A R I A.

- 1 Regula superius constituta habet locum aduersus creditores quibus res quæ læsionis ultra dimidium iusti pretij vitio laborat, hypotheca nexu fuit astrigta.
- 2 Pars negativa ostenditur.
- 3 Referuntur fundamento quibus pars negativa tueri potest.
- 4 Prior sententia admititur, & contrarijs respondetur.
- 5 Intelligitur superior resolutio nisi creditores velint suppleri iustum pretium.
- 6 Excitatur quæstio an electioni de qua in l. 2. C. rescind. sit locus quando dolus venditioni causam præstitit.
- 7 Pars negativa adducitur.
- 8 Si dolus venditioni causam præbet, nulla remanet venditio.
- 6 Pars affirmatiua ostenditur.
- 10 Contractus emptionis, & venditionis habet suam substantiam si in eo interueniant res, pretium, & consensus.
- 11 Sine consensu nulla conuentio subsistere potest.
- 12 Definitio doli præmittitur.
- 13 Dolus formalis, vel versatur circa substantialia, vel circa accidentalia.
- 14 Dolus qui versatur circa substantiam actum vitiat.
- 15 In contractibus bonæ fidei dolus contractui causam præbens etiam in accidentalibus contractum vitiat.
- 16 Redditur ratio differentie inter contractus stricti iuris, & bonæ fidei.
- 17 Dolus incidens in contractum nequaquam vitiat illum.
- 28 Ratio huius conclusionis pungitur.
- 19 Traditur differentia in dolo dante causam contractui quando versatur circa substantiam, & circa accidentalia.
- 20 Quod alicuius fauore introductum est in odium illius non retorquetur.
- 21 Titulus C. si vendito pignore agatur, explicatur.
- 22 Fraus in re vendita tripliciter contingere potest, & quæ ista sit ostenditur.
- 23 Textus in l. 1. C. de prædijs decurionum explicatur.
- 24 Si dolus venditioni causam præbens versetur circa substantiam contractus annullatur etiam si velit is qui dolum patitur.
- 25 Explicatur text. in l. Iulianus §. venditor ff. actionibus empti.
- 26 Text. in l. si dolo. C. de dolo exponitur.
- 27 Quæstio præcedens ad propositum applicatur.
- 28 Si læsio enormissima interueniat creditoribus, electio non cõpetit ad rem restituendam.
- 29 Id ipsum in re habita à minore resolutur.
- 30 Excitatur quæstio vtrum si creditores velint rem restituere, fructus etiam restituere teneantur.
- 31 Pars negativa in fauorem creditorum ostenditur.
- 32 Fructus ad eum pertinent qui dominus est.
- 33 Bonæ fidei possessor ex re aliena fructus suos facit.
- 34 Emptor restituens rem ex pacto præcedenti, fructus restituere non cogitur.
- 35 Praxis admisit vt in remedio læsionis ultra dimidiam fructus non restituantur.
- 36 Pungitur secunda sententia præfata contraria.
- 37 Fructus veniunt quoties peto id quod fuit meum.
- 38 Aliud fundamentum in fauorem prædictæ sententiæ adducitur.
- 39 Text. in l. 1. C. si maior factus hanc sententiam probat.
- 40 Tertia sententia pungitur.
- 41 Fructus restituendi sunt habito respectu ad interesse de quo in l. curabit. C. act. empti.
- 42 Pars negativa quæ creditoribus fauet, admittitur.

- admititur.
- 43 Resolutio superior ampliatur etiam ad casum quo venditio iudicis decreto interveniente celebratur.
- 44 Text. in l. 2. C. de fide instrumentorum, & iure hasta fiscalis lib. 10 pro hac sententia ponderatur.
- 45 Si hac ampliatio vera non esset sequeretur quod ubi venditio rei minoris fieret cum decreto restitutio in integrum impeditur quod tamen falsum est.
- 46 Idem esset in ecclesia, quia restitui non deberet.
- 47 L. 1. tit. 11 lib. 5. recopilat. pro hac sententia applicatur.
- 48 Contraria sententia ostenditur.
- 49 Prima admititur, & contrariis responsum assignatur.
- 50 Præcedens sententia declaratur nisi emptor fuerit ad emendum compulsus.
- 51 Intelligitur nisi index rem in solutum ad indicaverit.
- 52 Quod etiam declaratur si debitor simpliciter creditori rem in solutum dederit.
- 53 Extenditur etiam resolutio principalis in divisione hereditatis.
- 54 Et in divisione per sordes facta.
- 55 Contraria sententia expenditur.
- 56 Concordia remittitur.
- 57 Ampliatio extenditur etiam ad contractum emphiteusis.
- 58 Adducuntur fundamenta pro hac sententia.
- 59 Contraria sententia ostenditur.
- 60 Emphiteusis contractus est stricti iuris.
- 61 Pessio quæ soluitur in emphiteusi non persolvitur pro pretio, neque pro mercede, sed solvitur in recognitionem domini directi.
- 62 Prior sententia admititur.
- 63 Quid sit in censu resoluendum remissive.
- 64 Ampliatio superior procedit in re vendita per procuratorem.
- 65 Licet contrariam sententiam nonnulli defendant prima vera est.
- 66 Si debitor communis non erat primus emptor, sed possessor creditores à re restituti da deobligati manent.
- 67 Declaratur præcedens resolutio quando tertius possessor, & sic debitor communis emit rem iusto pretio, & ignorabat vitium quo res vendita laborabat, quia tunc creditores rem restituere coguntur.
- 68 Hæc declaratio subintelligitur si primus emptor non sit solvendo, vel non potest à debitore conveniri.
- 69 Et quando tertius habuit rem titulo lucrativo, vel alias iniusto.
- 70 Et quando idem tertius licet haberet rem titulo oneroso, & iusto pretio sciuit rem venditam fuisse auctori suo cum lesione.
- 71 Idem erit si venditor sciret verum valorem rei vendite, quia presumitur remisisse maiorem valorem.
- 72 Procedit etiam quando vendens expresse donat eam quantitatem quæ iusti pretii dimidium excedit.
- 73 Et quando gravatus est à testatore re vendere certa designato pretio.
- 74 Et quando interpositum fuerit iuramentum.
- 75 Et quando remedio lesionis renuntiatum fuerit.
- 76 Declaratur nisi renunciatio facta fuerit à maiore rustico aut femina.
- 77 Etsi elapsum fuerit quadriennium à die lesionis connumerandum.
- 78 Procedit siue agatur per viam actionis, siue etiam per viam exceptionis.
- 79 Res per metum extorta rescisionis remedio, actione quod metus causa è concursu creditorum resolutis hypothecis super ipsa contractis vendicatur.
- 80 Intelligitur siue is in cuius favorem contractus celebratus fuerit metum intulerit, siue alius.
- 81 Quilibet metus non sufficit ad rescindendam contractus per metum celebratos sed talis esse debet qui cadat in costantem virum.
- 82 Quando dicetur metus cadere in costantem virum ostenditur.
- 83 Creditores possunt repetere pretium rei quæ per metum fuit vendita.

De remedio lesionis ultra dimidia iusti pretij quod competit venditori adversus creditores quibus res vendita hypothecata proponitur, &

de priuilegio credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

an precise res vendita sit restituenda quando dolus venditionis causam dedit, vel venditor enormissime leditur, & utrum si creditores potius velint supplere iustum pretium rei venditæ, fructus perceptos restituere cogantur, & de alijs questionibus ad explicationem l. 2. C. rescind. venditione, & in l. 56. tit. 5. part. 5. eleganter disceptatur, & plena manu hic disceptatur.

(?)

AMPLIATIO QUINTA:



Ampliatio quinta ut in illud resolutum de quo in præfatione supraposita procedat, & habeat locum aduersus creditores quibus res vendita hypothecata proponitur, nam si venditor remedium læsionis ultra dimidiam iusti pretij, de quo in l. 2. C. rescindenda vendit. in concursu creditorum intentauerit, res ipsa ab hypothecis libera ad ipsum met venditorem reddere debet, tradit Bald. in d. l. 2. num. 19. quest. 13. ubi Salicetus quest. 15. Paulus num. 11. Cremesius num. 18 post Alexandrum, Alciatum, Negusantium, & alios quos refert, & sequitur Pinelus in d. l. 2. part. 2. cap. 3. num. 11. eleganter Gat. in tractatu de gabellis, quest. 12. num. 2. Mantica de tacitis, & ambiguis conuentionibus lib. 1. tit. 31. ex num. 7. Hermosilla in l. 67. tit. 5. part. 5. glossa 1. num. 8. & 9. Carrocins de locato titulo de usufruct. quest. 52 pag. 83. Noguero allegat. 14. num. 116. Garcia de hypotheca post contractum num. 25.

Oppositum tamen tuentur Bart. in l. si res. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca soluitur. & in l. in diem, & ibi Cumanus ff. de aqua pluuiæ, Felicianus de censibus tom. 1. lib. 2. cap. 4. num. 14. Greg. Lopes in d. l. 56. verbo desamparar. Surd. decisione 285. num. 22. & in tractatu de alimentis tit. 9. quest. 42. num. 10. Fulgos. in d. l. si res. Tiraquel.

de retract. §. 3. glossa 1. num. 11. mouentur quia in hac specie emptor (aliàs creditor) rem venditam voluntarie restituere videtur, quippe quod eam suppendo iustum pretium retinere libere possit.

Secundo, quia emptor in hoc casu actione personali duntaxat tenetur, creditor vero hypotheca reali rem venditam obstrictam esse intendit, igitur actio personalis reali tanquam potentiori cedere debet. l. cor. C. qui posteriores pignori habeantur. quo argumento contra Bald. videtur Cumanus in d. l. in diem. sequitur Fulg. in d. l. si res ex num. 1.

His tamen non obstantibus ab ampliatio non recedas, & ad primum fundamentum responde, quod restitutio quæ fit in prædictis terminis non potest dici voluntaria cum in ea agatur ex actione in iudicio, & sententia quæ quidem omnia in iudicium dantur. l. inter stipulantes. §. si eam ff. de verborum obligat. (illic) iudicium autem etiam in iudicium redditur. nec actus voluntarius erit nuncupandus, ex quo datur necessitas etiam si ex duobus rebus alternatiue debitis electio conuenito detur; ut ex Tiraquelo tradit Pinelus supra num. 13. in fine.

Ad secundum dic, quod tamen si actio realis potentior sit quam personalis, & illi cedere debeat, in hac tamē specie diuersum procedit, quia illa exponitur periculo ex dispositione iuris finito iure obligatis ob causam anteriorem, ut probatur ex generalitate text. in l. lex veligali. ff. de pignori. sic Pinelus in loco supra citato num. 15. quibus adde quod prædictæ hypothecæ nedom resoluantur quando res vendita in iudicio restitui iubetur, sed etiam si extrajudicialiter restituitur agnita bona fide per emptorem, Hermosilla in d. l. 67. gloss. 1. num. 10. Surdus de alimentis d. tit. 9. quest. 42. num. 23. Pinelus supra num. 18. Garcia num. 27.

Hæc autem intelligenda sunt nisi creditores potius velint supplere iustum pretium, iuxta terminos d. l. 2. & in d. l. 56. ubi emptori decipienti hæc electio conceditur, tunc enim res ab eisdem retineri potest, sed an hæc electio cōpetat quando dolus dedit causam venditioni an præfice res restitui debeat, vtiliter in proposito hæsitati poterit.

In quo partem negatiuam quæ creditoribus aduersatur tuetur Egidius in l. ex hoc iure, 1. part. cap. 8. num. 103. & est gloss. communiter recepta in l. penul. C. si venditor pigno.

pigno, fatetur, post alios vulgarissimam,
 7 & receptissimam sententiam Pinel. in d. l.
 2. part. 2. cap. 2. num. 13. ubi Cagnolus d.
 num. 17. affirmat communem apud utrius-
 que iuris professores Berous in cap. cum di-
 lecti de empt. & vendit. num. 57. quorum
 potissimum fundamentum in eo inniti
 videtur, etenim quando dolus venditio-
 ni causam præstitit, nulla remanet ven-
 ditio, quemadmodum, & cetera bonæ
 8 fidei conventiones, ut probat text. in l.
 & eleganter. ff. de dolo, ubi glossa magna,
 & magistralis hoc tradit in omnibus bonæ
 fidei conventionibus subscribunt Bart. illic
 num. 4. quo loco ait, (mibi videtur quod
 glossa nostra dicat puram veritatem.) glossa
 in l. si dolo. 5. iuncto text. ibi. C. rescinden-
 da vendit. gloss. verbo de deceptione in d. cap.
 cum dilecti, Padilla in d. l. 2. num. 6. & ibi
 Pinel cap. 2. part. 2. num. 11. Felicianus de
 cēsis lib. 1. cap. 3. nu. 8. Molina lib. 2. de
 primogenijs, cap. 3. num. 14. Zuallus com.
 lib. 1. quæst. 226. num. 1. Gama decis. 289.
 Gail lib. 2. præf. observat. 2. nu. 6. Sarmie.
 selectarum lib. 3. à princ. Gom. tom. 2. var.
 cap. 2. num. 21. Egidius d. loco num. 93. Co-
 nar. lib. 2. var. cap. 4. num. 11. in fine. & in
 regula possessor. 2. part. §. 6. num. 6. Valasc.
 de iure emphit. quæst. 5. num. 9. Molina d.
 instituta, & iur. disput. 352. num. 7. Dom.
 Preses Valençuela Velasq. cōsil. 180. nu. 34.
 Cum ergo in hac specie venditio nulla
 sit, proculdubio transire videtur, ut res
 præcise per creditores restituenda sit;
 ita ut electioni, de qua in diff. 21. 2. locus
 non fiat, cum iure receptissimū sit, elec-
 tionem nūquam dari in quadam re præ-
 cise, sed scitè inter duo, argument. text.
 in l. si suadus. §. eleganter. ff. de lege com-
 missoria.

Oppositum tamen, & sic in favorem
 9 creditorum expēdi potest, quod in præ-
 dictis terminis venditio valida est, atq;
 ita prædictæ electioni locus esse pote-
 rit, cui fauet text. in l. Iulianus. §. si vendi-
 tor. & §. per contrarium. ff. actionibus emp-
 ti. quibus in locis actio ex empto, vel vē-
 ditio tribuitur, quantuncunq; dolus in
 contractu interuenerit, adde text. in l.
 12. tit. 5. part. 5. sed actiones ex empto.
 & venditio. ex contractu inualido com-
 petunt, ut voluit Bart. in d. l. & eleganter
 num. 7. Berous d. loco num. 28. igitur con-
 tractus in prædictis terminis sustinetur,
 & consequenter creditoribus electio cō-
 petit.

Deinde prædictæ sententiæ suffraga-

tur sequens argumentum, si in contrac-
 tu emptionis, & venditionis interue-
 niant substantialia requisita, quibus per-
 fitur, hoc est, res pretium, & consen-
 sus, de quibus in l. 1. ff. de contrab. empt.
 l. 1. ff. de pactis. §. pretiū institutis de empt.
 & vendit. Bald. in l. in vendentis. C. contrab.
 empt. num. 2. Egidius in l. ex hoc iure, cap.
 8. num. 85. propter dolum, & sic causam
 10 extrinsecam talis contractus nullitatis
 vicio subiaccere non debet, argumento
 text. in l. dolo. C. inutilibus. (illic) Actio
 quidem nascitur.) & in l. si quis cum aliter,
 ff. de verborum obligat. quando vero do-
 lus vēditioni causam præstitit, causa ex-
 trinseca tantum interuenit, igitur nul-
 lum datur impedimentum propter
 quod illius contractus validitas impe-
 diatur.

Nequē negotium facessit ex aduerso
 ponderari, quod cum per talem dolum
 consensus (si deficiat) defectum opere-
 tur, qui quidē sicut in venditione sic, &
 in ceteris contractibus pro substantia de-
 sideratur. d. l. 1. vers. fin. ff. de contrab. emp-
 tione. l. obligationū substantia. ff. de action.
 & obligat. l. 1. ff. de pactis. Bald. in d. l. in
 vendentis. num. 2. ff. de contrab. empt.
 Egid. d. cap. 8. num. 8. Valasc. consult. 64.
 nu. 5. Felician. de cēsis lib. 1. cap. 1. nu. 12.
 Mirum videri non debet, si contractus
 nullus sit, & per consequens prædictæ
 electioni locus fiat, argumentum nam-
 quē defendes, si percontreris quare &
 quomodo dolus in contractu stricti iu-
 ris talem effectum non operetur, nequē
 item per illum deficiat cōsensus, cuius
 tamen defectus talis est, ut sine eo nul-
 la penitus conventio sustineri valeat, ut
 probant iura paulò ante adducta; unde
 11 si verum est, quod dolus in cōtractibus
 stricti iuris, non impedit quominus me-
 ro iure valeant, ita ut in eisdem consen-
 sus defectus non operetur eum in con-
 tractibus bonæ fidei eundem effectum
 operari non debet, igitur præfati argu-
 menti vis non tollitur.

Tandem prædictam sententiam effi-
 caciter probat d. l. si dolo, si in vera &
 propria significatione accipitur ver-
 bum illud rescindi, quod sane actus va-
 liditatem supponit, argumento l. 2. cum
 multis similibus, ff. de iniusto rupto. & hac
 sententiam videlicet quod per dolum
 dantem causam contractui bonæ fidei,
 contractus non irritetur, tradunt Petrus
 & vltromontani, quorum meminit Bart.

de priuileg. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

in l. sub pretextu C. de transact. Berous ubi proxime. Igitur in hac specie predictæ electioni locus aperitur, & consequenter creditores ius suum supplendo pretium tueri poterunt.

- At non est recedendum à priori sententia pro cuius vera resolutione, & predictorum concordia notare oportet,
- 12 quod dolus malus, est calliditas, seu machinatio fraudulenta ad circumueniendum alterum adhibita, meminit huius definitionis *Vlpianus in l. 1. §. 1. ff. de dolo. Egid. d. cap. 8. num. 95. Fagundes de iustitia lib. 1. cap. 3. num. 1.* dixi malus ad differentiam alterius doli, qui bonus etiam dicitur, qui quidem ille est, qui citra vllum mendacium iustis causationibus ad aliquod bonum principaliter exercetur, de quo exēpla habentur in cap. afferte de præsumpt. cap. veniens, ubi glossa de conuersione coniugatorum notat *Siluest. verbo culpa, num. 1. Fagund. de iustit. lib. 1. cap. 3. num. 1.* dolus malus, vel est formalis, formalis scilicet comprehendens machinationem, & deformitatem, vel materialis, seu re ipsa contingens citra machinationem formalem in malum finem adhibitam, tradūt *Suares de iuramēto cap. 10. num. 2. Fagundes d. loco num. 2.* cui quidem dolo iex solūmodo succurrit quando quis deceptus fuit lēione intra diuisionem iusti pretij, iuxta text. in d. l. 2. & in d. l. 56.

- In eo vero in quo formalis machinatio deprehēditur distinguere oportet, vel enim vēditioni causam præstitit, vel incidens fuit in contractum, in priori sub
- 13 distinguendum erit, vel enim circa substantialia versatur, vel circa accidentalia, si in substantialibus detur, ex natura rei actum vitiat, quia scilicet actus, seu contractus nequē per momentum subsistere potest sine sua substantia. *l. Iulianus, §. si quis rem (illic) mutata forma. ff. ad exhibendum, iuncto text. in l. 1. §. 1. (illic) quasi nunc datum. ff. delegat. 3. & in l. inter stipulantem. §. sacram. ff. de verborum obligat.* quibus iuribus habetur, quod defectus in substantia sic annullat actum, vt nunquam conualescere dicatur, etiam si res perueniat ad casum à quo incipere poterat, notant *Molina de iustitia tom. 1. disput. 259. Bonacina de contractibus in genere disput. 3. quæst. 1. pūct. 2. §. 1. Fagundes d. tract. de iustitia lib. 1. cap. 3. num. 5. Lessius de iustitia tom. 1. lib. 2. cap. 17. dub. 5. num. 27. Sāches de matrimon. lib. 2.*

disput. 18. num. 22. & disput. 36. num. 32. Quapropter si in specie huius ampliationis aliquis emere intendat fundū Toletanum, alius vero per dolum vendat fundum Hispanum, venditio nulla iudicatur, quia dolus datur in substantia, vt tenēt modo citati non sic dicendum, si dolus circa accidentalia versetur, nam si respiciat accidentia, quæ de necessitate ad actum non desiderantur, contractus sustinetur, *l. si in emptione 34. ff. de contrahenda empt. Molina supra disput. 352. §. illud. Bonacina d. loco disput. 3. art. 1. pūct. 1. §. 9. num. 3. Mant. de tacitis, & ambiguis lib. 2. tit. 9. Fagundes de iustitia lib. 1. cap. 3. num. 11.* intelligendo tamen ni contractus bonæ fidei dentur, quia in illis si dolus causam contractui dederit, etiam in accidentalibus nullius sunt momenti, *l. 3. ff. pro socio, cū similibus, diuersum procedit in strictis iuris conuentionibus.* quia si dolus eis causam dederit, mero iure sustinentur quanquam doli exceptione rescindantur. *l. si quis cum aliter. ff. de verborum. l. dolo. C. de inutilibus stipulat. rationem discriminis in eo positam esse tradit Bald. in cap. 1. de plus petitionibus,* quia contractus stricti iuris à iure civili inuenti reperiuntur, vnde cum ab eo iure auctoritatem, & efficaciam recipiant, eum tantum consensum desiderant ad ipsorum validitatem, qui præstatur iuxta ea quæ à partibus exprimuntur, at vero in contractibus bonæ fidei contrarium seruatur, nam cum à iure gentium descendant, talem consensum desiderant qualē æquitas ab illo iure introducta exposcit, quod profecto nullam dolosam, vel meticulosam coactionem admittit vsquē ad eodē vt etiam iuramento huiusmodi contractum non firmari, ex *Padilla in d. l. 2. voluerit Gutieres de iuramento cōfirmatorio, 1. part. cap. 37. num. 12. subscribit Egidius in d. l. ex hoc iure, 2. part. cap. 12. differēt. 3. num. 6.*

- Si vero dolus in contractū inciderit, qui tunc in contractum cadere dicitur quando vnus ex contrahentibus alterū contrahere paratum, ac volentem in re, vel pretio fallaciter lādīt, vt in *l. si quis affirmauerit, & ibi glossa, ff. de dolo. d. l. Iulianus. §. si vēditor.* tunc contractus, seu vēditio sustinetur, lāsi quē ex eo dolo sequuta, per actionem ex eodem contractu resarcitur, seu reparatur. *d. §. si venditor, ita glossa magna communiter recepta in d. l. & eleganter tradūt Abbas, & Canonistæ in d.*

in d. cap. cum dilecti, Conar. supra num. 11.
Mantica de tacitis, & ambiguis lib. 1. tit.
9. num. 90. Menochius de arbitrarijs casu
398. num. 19. Egid. d. cap. 8. num. 102. cō-
munis ex Gom. 2. tom. var. cap. 2. num. 21.

18 Molina de iustitia disput. 352. conclus. 4.
Cagnolus in d. l. 2. num. 16. C. rescind. ratio
prædictæ resolutionis in eo cōsistit, quia
per huiusmodi dolum non tollitur con-
sensus contrahentium circa substantiā,
sed circa accidentia, seu qualitates ma-
ioris, seu minoris pretij, & sic non vt vē
deretur, sed vt minori pretio distrahe-
tur, vel vt res vitiosa acciperetur, ac
subinde nulla ratio suadere potest, ob
quā contractus in quo substantialia non
deficiunt, irritus maneat, atque ita solū
modo agi potest ad reparandam lēsiōē
actione ex eodem contractu, d. l. si quis
affirmauerit. quamuis enim dolus ille in
uoluit conditionē sine qua actus nō fie-
ret, cum tamen non sit causa proxima,
& immediata, idcirco contractus susti-
netur.

Ex qua resolutione colliges differen-
tiam inter dolum circa accidentalia cō-
tractus, & inter illum qui substantiā res-
picit, ita vt ille sustineri debeat, hic vero
nullum effectum producere possit, ratio
differentiæ constat ex supra resolu-
tis circa vnum, & alterum dolum, quia
scilicet iste respicit substantiā, sine qua
actus nec per momentum subsistere po-
test, ille vero accidentalia, quæ de neces-
sitate ad actus validitatem minime desi-
derantur, vt sat enunciat text. in d. l. Iulia-
nus. §. si quis rem. & in d. l. si in emptione. &
notant Bonacina, Fagundes, Sanches, Man-
tica, & alij supra citati.

19 Vnde ex prædictis etiam consequitur
alia notabilis differentia in dolo dan-
te causam contractui, quādo scilicet cir-
ca accideetia, vel circa substantiā illius
versatur, quo casu, saltem ille, quæ bonæ
fidei fuerit (vt supra diximus) nullus
redditur, nam si accidentia respiciat,
& læsus voluerit, vt potius contrac-
tus sustineatur valebit quidem in odiū
dolori, quia tunc cessat æquitatis ratio
qua illius contractus nullitas fuit induc-
ta, patet quia nullitas hæc æquitate sua
dente, & dolum passi causa, & fauore in-
troducenda fuit sane quod alicuius fauo-
re introductum est in illius odium retor-
20 queri non debet. cap. quod ob gratiam. de
regul. iuris in 6, igitur nullitas hæc à vo-
luntate doli passi pendere debet quæ

admodum, & pendet venditio facta sub
pacto legis commissoriæ à voluntate vē-
ditoris, l. si fundus. §. 1. l. post diem. ff. de le-
ge commissoria. quam sententiam in præ-
fata specie tenuit glossa in d. l. & elegan-
ter, cui ibidem subscribit Bart. num. 6. se-
quuntur Rebellus de obligat. iustitia lib. 1.
3. part. quæst. 6. num. Egid. supra num. 96.
Molina disput. 259. num. 3. Mantica lib. 1.
tit. 9. num. 25. citatis locis.

21 Ex quibus etiam communiter infer-
ri solet declaratio ad titulum, C. si ven-
dito pignore agatur. vt dato casu quo de-
bitor læsus possit renocare additionē
pignoris, maneat in illius electione, vel
petere satisfactionem damni, vel aduer-
sus additionem venire, vt probat text.
in l. penult. C. si vendito pignore. subscri-
bit Rebusus in tit. de literar. obligat. art. 5.
glossa 6. qui in id expendit legem si ex
causa, ff. de appellat. licet perperam ab
eo dissentire videatur Aseued. in l. fin. tit.
21. lib. 4. recop. num. 139, adde l. 12. tit. 5.
part. 5. & l. 47. tit. 15. part. 3.

22 Circa quæ obiter aduertendum est,
quod fraus quæ comittitur in pretio pig-
noris venditi, aliquando potest proue-
nire ex parte vendentis, & ementis, ali-
quando vero ex parte emptoris tantū,
aliquando denuo solum ex parte ven-
dentis, in priori casu distinguendum
est inter pigraus venditum à priuato, &
illud quod à fisco creditore venditum
proponitur, priori membro debitor læ-
sus poterit agere aduersus emētē, seu
vendentem, qui de fraude participauerit,
d. l. penult. C. si vendito pignore. dum
tamen seruetur ordo præscriptus à l. 1.
in 2. respōso. C. illo titulo, quasi prius ven-
ditor debeat conueniri, & postea emp-
tor doli particeps, ita glossa in d. l. penult.
verbo possessionem, quam sequitur Nega-
santius de pignoribus, 6. part. mem. 1. num.
26. Cagnolus in d. l. 2. num. 211. vbi Pine-
lus 2. part. cap. 2. num. 3. Cald. de extinct.
cap. 4. num. 7. nouissime Anto. de Nigris in
tractu de subhastat. cap. 8. §. 3. num. 8.

In secundo membro huius distinctio-
nis quando scilicet pigraus venditū fuit
per fiscum creditorem, resoluendū est,
nequaquam ordinem prioritatis seruā-
dum esse, sed electionem læso, & sic debi-
tori dandā esse utrū malit eligere, vel ad-
uersus officialē experiri, vel aliās agere
cōtra emptorem qui per fraudē emit, de
quo vide Barbosa in l. 1. C. præscrip. 30.
vel 40. annorum, num. 69. Anto. de Nigris

de priuilegio crediti. resolut. & extincti. iur. hyp.

ubi supra.

23 In secundo casu, quo dolum ex parte emptoris prouenire diximus, venditio pignoris facta à fisco renouatur, ut probat text. in l. 1. C. de prædij decurionum, nam licet text. ille loquatur in emptio- ne illius qui mala fide pigrausemit à fisco, idem tamē admittendum erit in qua- cunque pignoris venditione facta à pri- uato, ut deducitur ex text. in d. l. 1. C. si vendito pignore, quia qui à privato credi- tore mala fide emit, emit à non domi- no interueniente dolo emptoris, quo ca- su renouatur venditio, & ita nil speciale proponit text. ille in fisco, ut colligitur ex l. empto. ff. de rei vendicat. nec subinde competit actio aduersus venditorē qui bona fide vendidit, ut deducitur ex to- to titulo, C. si vendito. Idem quē erit di- cendum si quis venderet tanquam ere- ditor, quia actio emptionis pro pretio aduersus ipsum non competit, ut per to- tum titulum, C. creditorem euict. pigra. l. cū ea. §. 1. ff. de euict. resoluit Faber de errori- bus prægm. decad. 1. errore 10. licet cōtra- rium iudicatum dicat Dom. Ioannes Bap- tista de Larrea decis. 75. num. 7. subscribitur Guzman de euictionibus, quest. 47. num. 12.

In tertio casu adhuc distinguendum est inter venditionem factam à priua- to, & illam quę sit à fisco, priori membro si dolum ex parte vendentis descendat cuius tamen emptor particeps nō fuit, ut enenit in terminis text. in l. qui fundū ff. pro emptore. tunc pignoris additio nō renouatur, sed aduersus venditorem læ- sus agere poterit ut sibi refarciatur dā- num inde pronemans, ut colligitur ex d. l. 1. in primo responso, C. si vendito pignore, glossa in d. l. 1. verbo inferenti. Anton. de Nigris d. §. 3. num. 9. in secundo mem- bro distinctionis aliter se res habet, ete- nim licet emptor fraudem non comi- terit, sed solum venditor qui per dolum gratiam in pretio facere voluit, vendi- tio in totum renouatur, quia in totum nulla est, ut probat text. in l. 2. C. de fide instrum. glossa verbo fraude in d. l. 1. ubi Bart. num. 8. platea num. 5. quibus adde- quod facta secunda licitatione ex ang- mento pretij prima resolutur, & domi- nium ad debitorē reddit ante additio- nem factam, ita Barbosa in l. diuortio 2. part. in princ. num. 89. Capic. decis. 36. nu- 4. Dominus Ioannes Baptista de Larrea de- cis. Granat. 76. num. 14.

24

Quod si dolum in specie superius pos- sita venditioni causam præbens circa substantialia versetur. contractus etiam volente eo in cuius fauorē nullitas ema- nauit, nullo modo sustineri potest, ratio est, quia ut alibi diximus nullus consen- sus potens est validum efficere contrac- tum in quo aliquid substantiale defue- rit propter contradictionis implicatio- nem quę ibidem inuoluitur, quinimo si exposita facta ratificatio, seu nouus cōsen- sus interueniat, contractus ille prout ex nunc effectum operari debet, nullo ha- bito respectu ad id quod præcessit, ut probat text. in l. 1. §. 1. (illic) quasi nunc datum. ff. de legat. 3. l. inter stipulantem. §. sacram ff. de verborum expedit Cald. de ex- tinct. cap. 10. num. 55. iunctis traditis per Castrum decis. Lusita. 36. num. 4. decis. Do- lzn. 105. num. 10. Anto. Fab. in rationali ad legem rem alienam. ff. de pignorat. act. Dom. Præsidentem Valęuela consil. 177. num. 66. quę quidem ratio minime reperi- tur quando contractus fuit nullus, non propter defectum substantię, sed ex alio capite, vel circa accidentalia, quia tunc non tollit quin is in cuius fauorem nul- litas emanauit eidem renunciet, ut su- pra resoluisti.

25

Quibus sic peroratis in contrarium adducta nihil officiunt, non primum ex text. in d. §. si venditor, dupliciter namquē respōdetur: primò, quod text. ille loqui- tur de dolo dante causam contractui ac- cidentia illius non vero substantiā respi- ciente, iuxta differentiam superius tac- tam, cuius validitas ex voluntate doli- passi pender ex supra resolutis, ac proin- de in terminis illius text. data cōtractus validitate, cuius nullitas in fauorem læ- si equitate suadente fuerat introducta, merito emptori datur electio ad agen- dum cōtione exempto, hoc est ad re- sarcendum damnum si potius ei inter- sit, sed hoc non tollit quin etiam de nul- litate agat si potius malit eam in iudi- cium deducere, ex qua explicatione col- liges intellectum ad legem rem alienam, ff. de cōtrahenda. quatenus illic decidi- tur rei alienę venditionem validam esse, licet aliās in præiudicium domini ita nulla sit ut eam legitime vindicare pos- sit, ex eo enim illic deceditur validā esse venditionem quoad præiudiciū venden- tis, quia re euicta per dominum tene- tur de euictione, item quo ad prestan- dam causam vlcapiendi emptori. l. cū- nibus,

uibus. ff. eodem tit. l. 2. C. rebus alienis, explicat Barbosa in l. qua dotis, ff. sol. matri. num. 161. vel secundo respōde quod text. ille loquitur de dolo incidenti in cōtractu qui potens non est ad vitandos cōtractus bonę fidei, quę tamen explicatio licet communis sit confundi videtur ex text. (illic) *ut sibi ea venderetur persuasit* atquę ita aperte sentire videtur in p̄dictis dolum venditioni causam p̄stitisse.

26 Ad secundum concedens maiorem, negabis minorem, nam dato dolo in cōtractibus bonę fidei si eisdem causa p̄stetur adest defectus in consensu, quem sane ius gentium, & natura conuentionis desiderat, ut supra tetigimus, quare dato defectu in consensu iure optimo irritatur, diuersum seruatur in conuentionibus stricti iuris, in quibus etiam si dolus adsit, consensus non deficit si ad illius naturam, & dispositionem iuris civilis attendamus, ad ea vero, quę in illo argumento replicauimus patet solutio propter diuersam consensus qualitatem, quę in illis conuentionibus requiritur, ad text. in d. l. dolo. & in d. l. si quis, cū aliter dic loqui in stipulatione quę stricti iuris est ad vltimum, ex text. in d. l. si dolo, responde verbum rescindi, de quo illic intelligendū esse de facto iuxta glossam in eodem verbo cōmuniter receptam per citatos.

27 Inquit igitur ex hactenus dictis, quod cum contractus emptionis, & venditionis cui dolus causam p̄stitit, nullus sit, utique creditores qui à communi debitore causam habent, p̄cise rem restituere cogendos esse, nec electionē habere, de qua in d. l. 2. quod etiam admittendum erit, si lesio anormissima in venditione interuenisset, nam cum in ea p̄sumatur dolum, re ipsa interuenisse, l. si superstitite. C. de dolo. & per consequens nulla remaneat venditio, iuxta supra resoluta, & expresse tenent Cabed. 1. part. decis. 37. num. 5. Molina lib. 2. de primogenijs cap. 3. nu. 18. Dom. Ioānes Baptista Valęuela cōsil. 148. num. 68. Gama decis. 66. num. 3. Gregorius Lopes in d. l. 56. in glossa sē. Egid. in d. l. ex hoc iure, cap. 8. nu. 107. Gab. Pe. de Castro decis. 19. nu. 3. merito electio creditoribus denegabitur, id ipsum in re habita à minore dicendum erit, quia p̄cise res cum fructibus restituenda est cum restitutio illud habeat intrinsecum ut rem reponat in pri-

stinum statum in quo erat antequā celebraretur cōtractus, l. quod si minor. §. restitutio. ff. de minoribus, Pinelus in d. l. 2. 3. part. cap. 1. num. 21. Paulus in d. l. quod si minor. Fagundes de iustitia lib. 1. cap. 12. nu. 22. Gama decis. 212. Gouar. lib. 1. var. cap. 5. num. 11.

30 Vtrum vero creditores si in p̄fata specie rem eligant restituere in casibus in quibus hęc electio eis à iure permittitur, fructus etiam seu illorum valorē medio tempore ab emptore, seu debitore à quo causam habent perceptos, restituere teneantur, merito dubitari potest, in quo tres reperio doctorū p̄cipuas sententias.

31 Prima sententia docuit emptorem, alias creditores in p̄fatis terminis fructus restituere non teneri, hanc tenuit Padilla in d. l. 2. num. 11. quo loco cōmunem proficitur, & in praxi receptam, & quod tamen si contraria opinio in puncto iuris verior videatur, nihilominus tamen hanc tanquam equiorem fori praxis admisit, sequitur Gutier. lib. 2. p̄acticarum, quest. 134. num. 1. vbi aduersus alios contrarium tenentes hanc partē magis probat Zenallos com. quest. 763. num. 1. plures quos refert, & sequitur Pinelus in d. l. 2. part. 2. cap. 4. nu. 1. vbi ex alijs fatetur hanc partem receptam, & in praxi sæpius eam obseruari vidisse Cald. de potestate eligendi, cap. 4. num. 10. Gama de cisione 94. num. 2. Pater Rebello de obligationibus iustitia 2. part. lib. 5. quest. 16. sectione 2. i. num. 16. Brito 2. part. rubrica de locato, §. 2. num. 38. Gom. sibi cōtrarius 2. tom. var. cap. 2. num. 24. Egidius in d. l. ex hoc iure, cap. 8. num. 114. Parlado lib. 2. rerum quotidianarum, cap. 5. part. 5. 16. num. 11.

32 Ducitur hęc sententia primo ex notissimo iuris principio, quo cauetur fructus ad eum pertinere qui dominus est, l. certum. C. rei vindicatione. §. ex diuerso. §. si quis à non domino instituit. de rerum diuisione. in hac autē specie nemo inficiabitur illum cui res fuit tradita, virtute contractus ad transferendum dominium habilis eiusdem rei dominum esse, quāuis lesio ultra dimidiā interueniat, quę non ponit defectum in substantia, sed tantum iniustitiam arguit circa æstimationem rei de qua agitur, ergo probatur intentam in fauorem emptoris, & consequenter creditorum.

Secundo, p̄fata sententia sua letur

de priuileg. credit. resolut. & extinct. iur. hyp.

33 ex regula à Iureconsulto tradita in *l. bona fidei in princ. ff. de acquirendo rerum.* qua cauetur bonæ fidei possessorem etiā ex re aliena fructus suos facere, subscribunt glossa verbo eos, in *l. emptor. ff. de rei vendicat. glossa 4. in l. diuerso eode tit. in. Etis traditis per Pinelum d. cap. 4. d. nu. 54. Couar. 1. var. cap. 3. num. 6. Gom. in l. 45. Taur. num. 106. inficiari autem non potest emptorem qui sine dolo rem emit, saltem in eo casu quo probabiliter ignorare potuit verum rei valorem, possessorem esse cum titulo, & bona fide quamquam in emptione vitra dimidiam læsio contingat, igitur à restitutione fructuum emptor, & sic creditores excusari debent.*

34 Tertio, eandem sententiam fouet efficax argumentum quando emptor ex pacto præcedenti rem restituere cogitur saltem mora non comissa ad fructuum restitutionem nequaquam astringitur à fortiori igitur eosdem restituere nō tenetur is qui citra ullam obligationem eligit rem restituere constat antecedēs ex *l. 2. C. pactis inter emptorem.*

Tandem prædictis suffragatur, quod 35 praxis hanc partem recepisse videtur, ut testatur Pinelus proxime num. 2. quæ quidem apud suprema, & inferiora tribuna lia sic inualuit, ut ab ea amplius recedi non liceat, argumēto text. in *l. filius. 14. (illic) sic inueni senatum censuisse ff. de falsis. l. 1. C. quæ sit longa consuetudo. l. nam imperator. ff. de legibus. l. 1. ad finem. ff. ad Sillanianum. l. 3. C. edificijs priuatis, atq; ita cum hæc sentētia, & praxis sic in prædictis tribunalibus recepta sit dubitari non potest veritate, & equitate fulciri, & eam vbiq; seruandā, ut tradit Dom. Castillo cōtrouerf. tom. 5. cap. 89. num. 5. subscribit Dom. Ioannes Baptista de Larrea decis. 34. num. 10. Flores de Mena in addi. ad Gam. decis. 228. Greg. Lopes in l. 1. tit. 2. part. 1. glos. 2.*

36 Secunda sententia præfata penitus contraria est, atque ita ut facta electione res cum fructibus restituenda sit, pro qua ponderari solet, quod fructus veniunt quoties peto id quod fuit meum, iuxta text. in *l. videamus. §. si actione. ff. de vsuris. iunctis traditis per Socinum in l. pacta quæ contra. C. de pactis, num. 3. hic autem venditor dum propter læsionem intendit rem recuperare, petit rem quæ fuit sua, & ex consequenti rei natura postulat, ut fructus infimui recuperet, prout*

est de natura intrinseca restitutionis, d. *l. quod si minor.* igitur emptor, seu alijs creditores fructus restituere tenentur.

38 Secundo, in fauorem huius sententiæ sic argui potest si ex causa de præterito, quæ alijs ab initio inherat, eo tempore quo veditio fuit celebrata, illa forte rescinditur, fructus quos emptor recepit restituere cogitur, inficiari autem non potest quod si remedium læsionis intentetur, & venditio rescindatur, ex causa de præterito proueniat, igitur fructus quos emptor ab eo tempore recepit, à fortiori restituere tenebitur, maior huius argumenti constat ex *l. Imperator 12. ff. de in diem addit. l. lege. ff. de lege cōmissoria. l. quod si nolit in fin. ff. de adilitio editi. minor patet igitur.*

39 Tertio hanc partem efficaciter probare videtur text. in *l. 1. C. si maior factus ratam habuerit (illic) possessionem cum fructibus restituere.* pūgit Zeuallos comm. quæst. 336. num. 17. & illum text. ad hoc incognitum dicit Costa in *l. Gallus. §. & quid si tantum, 2. part. d. num. 74.* qui ibidē in hanc sententiam considerat differentiam inter restitutionem gratiæ, & iustitiæ, ita ut licet regulariter in restitutione gratiæ fructus non veniant secundum communem quam ibi citat Costa, & in id ponderat cap. ad nostram de rebus ecclesiæ. in restitutione tamen iustitiæ utique venire debent, ut sic in integrum fiat restitutio, d. *l. videamus. §. in fauiana. ff. de vsuris.* plane restitutio quæ descendit ex remedio d. *l. 2. de iustitia est,* igitur in ea fructus venire debent, propter quæ & alia fundamenta quæ videre licet ex citandis hanc sententiam tuentur plures quos citat Zeuallos supra num. 17. Matthesius in *l. 1. tit. 1. lib. 3. recop. glossa §. nu. 111. Couar. lib. 2. var. cap. 3. num. 9. Garcia de nobilitate, glossa 6. §. 1. num. 8. Costa d. loco num. 91. Minchaca illustriū, cap. 38. num. 1. & cap. 71. num. 2. Gom. in l. 70. Tauri, num. 29.*

40 Tertio loco alij nec vnā, nec aliam ex supradictis admittentes in eā sententiam abire, ut scilicet distinguendum sit inter fructus perceptos, qui pro rata respondeant pretio quod plus æstimationis res vendita habebat, & inter eos qui pretio recepto adæquantur, atque ita ut priores emptor restituere cogatur si forte rem restituere eligit, posterior res vero nequaquam ex eo quia isti trahi debet, & cōpensari iuxta interessē

de