



**R. P. Ferdinandi De Castro Palao, Legionensis Soc. Iesv,
Sacrae Theologiae Professoris, Et sanctae Inquisitionis
Qualificatoris & Consultoris; Operis Moralis, De Virtutibus,
Et Vitiis Contrariis, In ...**

De Iustitia Et Iure, Continens Tractatus De Prudentia, Fortitudine, &
temperantia, de Ieiunio, & Iustitia generaliter sumpta, de Iustitia
commutativa, nempe de Pactis, & Contractibus in genere, de Promissione,
& Donatione liberali, de Commodato, & Deposito, de Mutuo, & Vjura, de
Emptione, & ...

**Castro Palao, Fernando de
Lugduni, 1669**

16. An creditores hypothecarij personalibus praeferendi sint, & qui ordo
inter eos servandus.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-76677](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-76677)

Nihilominus in hac re primo statuendum est nihil per hanc legem immutatum esse, cum testator nec ascendentes, nec descendentes habeat, nam eo casu cum integre de suis bonis libere disponere possit, potest utique in funeris impensa prout sibi placuerit absumere. Vt aduertit Anton. Gom. *dicta leg. 10. n. 1. Gutier. lib. 2. pract. q. 72. Azuero d. leg. 13. tit. 6. lib. 5. compilat. num. 18.* Quando autem ascendentes vel descendentes habet, si quinta pars suorum bonorum, de qua habens descendentes, vel tertia de qua ascendentes stantibus disponere potest, sufficiat ad impensam funeris moderatam iuxta qualitatem eius nullatenus poterit ex corpore hereditatis aliquid amplius detrudere, & in hoc sensu procedit *dicta leg. 30. tauri, & finalis tit. 6. l. 5. compil.* At si quinta, vel tertia pars bonorum moderatae impensae funeris non sufficiat, poterit utique ex corpore hereditatis ante omnia debita extrahi quicquid impensae funeris necessarium fuerit. Vt bene aduertit Couarru. *cap. Raynaldus de restam. § 3. num. 2. Azuero dicta leg. 13. tit. 6. lib. 5. compil. num. 11. Gutier. lib. 2. pract. q. 72. circa finem. Valq. de restam. cap. 8. §. ult. circa finem.* Nam de hoc casu praedicta lex nihil disponit, ideo iuris communis dispositioni relinquatur.

S. XVI.

An creditores hypothecarij personalibus praefrendi sint, & quis ordo inter eos seruandus?

- 1 Explicatur quis sit creditor hypothecarius, & personalis.
- 2 Hypothecarij personalibus praefrendi sunt.
- 3 Inter hypothecarios, seu figuratios seruanda est regula, qui prior est tempore potior est iure.
- 4 Excipit hypothecam quam uxor, eiusque liberi habent aduersus bona mariti.
- 5 Quam affirmant plures praeferruntur habentibus expressam hypothecam.
- 6 Verius est non esse praefrendendam.
- 7 Quod verum habet, est expressa sit hypotheca mulieris.
- 8 Hypotheca dotali concedi potest praefatio comparatione bonorum mariti post hypothecam quatuordecim.
- 9 Id tamen certum non est.
- 10 Primum dotis competit uxori, dummodo constet dotem fuisse receptam.
- 11 Non extenditur ad alia praeter dotem.
- 12 Solum uxori, eiusque liberis conceditur.
- 13 Maritus cui dos promissa est non habet praefationis privilegium pro dotis recuperatione.
- 14 At regula generali, qui prior est tempore, &c. si scus excipitur.
- 15 Item credens pecuniam ad adificationem domus, praedictorum emptionem, & pacifens, ut domus pro solutione pretij obligata sit.
- 16 Item credens pecuniam ad refectioem nauis.
- 17 Item expensa facta in conseruando pignore.
- 18 Item creditor secundus cuius tradita est ob pecuniam acceptam praefertur primo quo cum pactum inuisti.
- 19 Reseruitur triplex sententia, an hypotheca inducitur in his duobus ultimis casibus praefertur dotali hypotheca fletu.
- 20 Approbatur tertia sententia.
- 21 Satis sit oppositis fundamentis.
- 22 Hypotheca inducitur in praedio empto ex pecunia pupilli alius praefertur.
- 23 Credens pecuniam ad emptionem militiae praefationem habet.
- 24 Qualiter res emptae pecunia militis hypothecam, & praefationem habeat.
- 25 Hypotheca, contracta ex promissione liberali omnibus hypothecis enerofis postponenda est.
- 26 Hypotheca instrumento publico comprobata praefrendenda non est priuatae scripturae, si legitime probata fuerit.
- 27 Sufficit si duo vel tres testes in iudicio deponant de confectione priuatae scripturae, ut hac hypotheca non obinde amittat praefationem.

Hypothecarius creditor dicitur qui non solum personam debitoris debito soluendo obligatam habet, sed eius bona ita ut quocumque ea bona peruenierint secum deferant onus praedicti debiti soluendi. Ob cuius causam hypothecarius creditor actionem habet personalem & realem aduersus debitorem. Haec autem hypotheca alia est tacita a lege inducta, alia est expressa ex conuentione contrahentium. Et haec alia est generalis quae omnia bona debitoris generaliter comprehendit, alia est specialis quae aliquod speciale bonum afficit. Est tamen latum discrimen inter hypothecam generalem & specialem, nam specialis hypotheca non perit, tamen si debitor rem hypothecatam in alium possessorem transferat. Secus vero est in hypotheca generali, quia haec afficit debitoris bona non in se, sed quatenus illius

sunt: quare illa bona in alios translata ab onere hypothecae extinguntur. Hoc positum.

Certa est sententia omnium ferè doctorum Syluest. *resist. 6. q. 5. Angel. eodem 2. num. 16. Nauarr. c. 17. n. 5. Ioan. Med. Cod. de resist. q. 2. Molin. tract. 2. disp. 760. Valq. de pignor. & hypothecae. c. 5. §. 2. creditores hypothecarios praefrendendos esse citographariis, seu personalibus quantumvis instrumentum publicum, vel debitoris confessione de debito contracto constet. Vt definitur in leg. eos qui Cod. qui potiores in pignore habentur. habent enim actionem directam non solum in personam debitoris, sed etiam in eius bona, cum tamen personales creditores solum actionem in personam debitoris habeant, & ex consequenti in eius bona.*

Inter habentes pignus, vel hypothecam generalem vel specialem, tacitam, aut expressam seruanda est regula iuris qui prior est tempore potior est iure. *leg. 2. & seqq. ff. Cod. qui potiores in pignore habentur.* Et merito fite statuunt, ut si quis alienis quaesitum noua obligatione superueniente dimittatur. Neque haec Praelatio prioris creditoris hypothecarij dependit ex eo quod res hypothecata tradita sit creditori posteriori, quia tunc hypothecatae traditio non auget hypothecam est pignus constituit. Vt deciditur in leg. si prior. §. fin. ff. qui potiores in pignore. *leg. regia 1. tit. 13. p. 5.* Neque item refert huc praefatione sine hypotheca expressa, vel tacita specialis, vel generalis quocumque enim modo fuerit constituta alteri posteriori praefertur. Vt colligitur ex leg. generaliter. Cod. eodem tit. *leg. hoc est. d. l. His illud Cod. de secundis nuptiis. & leg. regia 1. tit. 13. part. 5. & ibi Gregor. Lopez. & docuit Anton. Negulian. 5. de pignori. membro 2. n. 10. & seqq. Valq. de pignori. cap. 5. §. 2. Molin. disp. 536. post medium. Laym. lib. 3. sum. tit. 5. tract. 2. cap. 1. n. 3.*

Neque his obstat *lex. 1. Cod. de pignori. & hypothecis*, ubi is qui generali hypotheca specialem adiunxit, non potest posteriori creditorem impedire, qui bona debitoris sibi habet obligata ut debitum recuperet ex illis bonis debitoris, quae generaliter fuerunt priori obligata, dummodo specialis praefatio hypothecae sufficiens fuerit debito prioris creditoris satisfaciendo quod semper praefertur, dum contrarium ille prior creditor non probauerit, quia dum generali hypothecae specialem adiunxit, tacite voluit nolle ut generalis hypothecae beneficio, nisi casu quo specialis insufficientis esset, quod non praefertur. Sicut tradit Mol. *d. disp. 536. vers. leg. 2. Lessius lib. 2. cap. 15. dub. 4. Laym. lib. 1. tract. 5. tract. 2. cap. 11.*

Haec regula aliquas limitationes patitur tam ex iure communi quam ex nostro regno. Primo hypotheca, quam vxor, eiusque liberi habent aduersus mariti bona pro dote soluenda *leg. contra. §. & v. plenius. Cod. de rei uxori actione. & §. fuerit in fin. de actionib.* Speciali iuris fauore praefertur omnibus aliis creditoribus habentibus tacitam hypothecam nisi privilegium sint. Vt tradunt ferè omnes Doctores ex leg. *affiduis. Cod. qui potiores.* Dixi nisi privilegium sint, quia satis probabile est hypothecis privilegii anterioribus non praefertur, ut probat *Gauet. lib. 3. pract. q. 99. n. 20. Barbosa. 6. part. leg. 1. ff. Solutio matrimonii. num. 17. Rebell. x. p. de colligat. lib. 6. quest. 10. num. 3.*

Sed an praefertur habentibus expressam non consentiunt Doctores. Affirmant praefertur Martini antiquus glossator relatus, à Glossa in *dicta leg. affiduis, verbo licet.* & ibi Petrus de Villaperta. *col. 2. & Jacob. Aret. in fine.* Cynus ibidem *col. 3. Faber in §. fuerit in fin. de actionib. col. 2. Cardinal. cap. ex litteris de pignori. rib. Jacob. Minig. cent. 4. obseru. 13. Panormita. in ex iuris de pignori. n. 8. Barbosa. 6. p. leg. 1. ff. Solutio matrimonii. n. 1. Rebell. lib. 6. §. 10. n. 5. Duceumur quia in dicta leg. affiduis privilegium quod dote conceditur, ut omnibus creditoribus anterioribus praefertur non restringitur ad creditores habentes tacitam hypothecam. Ergo non est cur sit à nobis restringendum. Secundo in praefata leg. *affiduis, vers. cum enim* requiruntur res dotales deperditae, & consumptae quoad praefationem solutionis rebus dotalibus extantibus. At extantes omnes creditoribus etiam expressam hypothecam habentibus praefertur. *ex leg. in rebus. Cod. de iure dotium.* Ergo etiam compensationem ex bonis mariti quaerit. Tertio in *Auth. de aequalitate dotis collat. 7. §. si quis conueniens.* privilegium dotis comparatur cum privilegio illorum creditorum quorum pecunia res emptae, vel resecta est. At hoc privilegium praefertur tacitam, & expressam hypothecam habentibus. *leg. interdum ff. qui potior in pignore.**

Nihilominus communis sententia, quam pluribus sumat Anton. Gomez. *leg. 5. o. tauri n. 1. 9. & seqq. Couarru. lib. 1. variat. c. 7. n. 3. Gregor. Lopez. dicta leg. 33. tit. 13. part. 5. Andreas Gual. lib. 2. cap. 1. §. dub. 4. Petr. Nauarra. lib. 4. cap. fin. n. 52. Mol. disp. 458. & disp. 536. post med. Matien. lib. 5. compilat. tit. 16. leg. 7. Glossa. 5. n. 4. Gutier. lib. 3. pract. q. 99. n. 7. Laym. lib. 3. sum. tit. 5. tract. 2. cap. 11. num. 3. & alij passim.* Affirmat tacitam hypothecam dotis expressae anteriori non praefertur. Nam et hoc in dicta leg. *affiduis* generaliter creditoribus anterioribus hypothecariis hypotheca dote praefertur, cum expressum ibi non sit hypothecam expressam habentibus praefertur, nequaquam affirmat.

Astruendum est, quia iuris tertij ex contractu quassiti reuocatio censenda non est, nisi manifestissimis verbis exprimat. Quod spectato iure nostro regio leg. 33. tit. 13. p. 5. dicitur etiam debet, tamen si spectato iure communi opposita sententia mihi verosimilior videatur.

7 At expressam hypothecam mulieris praesertendam esse expressis hypothecis aliorum creditorum anterioribus consiluit Angel. in *Astibent. de equalib. dotis. §. bis consequens. col. 7. Arcin. in leg. 1. ff. soluto matrim. col. anrepentul. Quorum fundamentum est, quia si tacita hypotheca praefertur tacitis, expressa praefertur debet. Contrarium absolute tenendum est maxime spectato iure nostro regio, prout tenet Baldus *sibi conuarius in nouella de dote. 10. p. n. 2. Anton. de Fano. de pignori. in 4. memb. 2. par. n. 100. Andreas Aliciat. in leg. 1. ff. soluto matrim. cap. 7. n. 1. Guicir. lib. 3. tract. 93. q. 99. n. 8. Valq. de pignori. cap. 5. §. 2. n. 4. Ratio ea est, quia haec praefatio induci non potest absque expresso iure. At ius solum concedit praefationem dotis hypothecae absque vili distinctione an sit tacita vel expressa, comparatione creditorum tacitam hypothecam habentium, non autem comparatione creditorum anteriorum expressam hypothecam habentium. Non est igitur aliter.**

8 Concedenda tamen est factis probabilitate hypothecae dotali siue expressae siue tacitae praefatio comparatione aliorum creditorum expressam vel tacitam hypothecam habentium comparatione bonorum quae fuerint a marito post hypothecam dotalem quaesita. Nam in his bonis fidei ius praefationis habet comparatione quorumcumque creditorum antecedentium ex prioritate temporis privilegium habentium leg. si is 28 ff. de iuro sibi. At privilegium dotis fidei privilegio equiparatur, imo magis privilegiatus est leg. 2. Cod. de privileg. sibi Bart. & Doctores in leg. 1. ff. soluto matrim. Ergo privilegium dotis praefertur debet quoad bona postmodum acquisita creditoribus expressam hypothecam anteriorem habentibus. Atque ita tenet Saic. *dicta leg. assiduis in princ. in 3. q. Socinus in dicta leg. 1. vers. ex qua inferri. ff. soluto matrim. & ibi Aliciat. n. 18. Bald. nouella de dote. 10. par. princ. in princ. n. 2. & 3. & 36. Anton. de Fano in 4. memb. 2. p. n. 100. Gregor. Lopez. leg. 33. tit. 13. par. 5. verbo *entons. Guicir. lib. 3. tract. 93. quasi. 99. n. 18.**

9 Notanter dixi factis probabilitate, quia non est certum hanc praefationem hypothecae dotali conuenire, cum illam non admittat Ant. Neguliant. 2. p. de pignori. memb. 4. num. 100. Couarru. lib. 1. variat. cap. 7. n. 1. & 2. conclud. 5. Anton. Gom. leg. 53. tauri. num. 39. Valq. de pignori. cap. 5. §. 2. n. 41. Nam esto fidei, & mulier equiparentur quoad praefationem pignorum, non tamen in omnibus, alias spectato iure communi praefertur creditoribus anterioribus hypothecam tacitam habentibus, quod communiter non admittitur, & in correctione iuris ex vno casu ad alium non est facienda extensio. Cum autem in solo privilegio fidei inueniatur decimum quod praefertur omnibus creditoribus siue tacitam, siue expressam hypothecam habentibus, quoad bona post hypothecam fidei quaesita, & in privilegio dotali non reperitur cautum nequaquam astruendum videtur.

10 Moneat tamen communiter doctores. Couarr. lib. 1. var. c. 7. n. 4. & seq. Ant. Gom. leg. 53. tauri. n. 52. Barbol. 6. p. leg. 1. ff. soluto matrim. n. 2. 6. Rebell. de oblig. iustit. 2. p. lib. 6. q. 10. sect. 2. hoc privilegium dotis competere vxori, dummodo confiteri dorem fuisse receptam a marito, nisi si maritus eiusus heredes excipere possint receptam non fuisse, nequaquam locum habet praedictum privilegium.

11 Deinde moneat dictum privilegium doti tantum competere. Ut expressae dicitur in *dicta leg. assiduis Cod. qui potiores in pign. ibi. Haec autem tantum ad dorem sancimus, contingit vero saepe dorem augeti. Quod incrementum cum rei dotali adhaereat gaudere videtur supra dicto privilegio, fauetque regula, accessorium sequitur naturam principalis, & docuit Valq. de pigno. c. 5. §. 2. n. 43. Sed an arctius idem privilegium concedatur. Negat Ant. Gom. loco citato, quia veram dotis rationem non habent. At Valq. supra credit concedi, quia ad augendam dorem constituuntur, & tanquam illius sunt partes. Quodque in nostro regno efficaciter probatur ex leg. regia. 29. tit. 13. par. 5. ubi dos & arctae equiparantur, ne aduersus ea creditor qui mutauerit ad refectionem domus praefatur. Illud est certum nequaquam dictum privilegium dotis extendi ad lucra constante matrimonio acquisita, quia ut inquit Imperator in *dicta leg. assiduis* ius fauere voluit mulieribus ne damnum patiantur, neque in propriis rebus defraudentur, non tamen in lucris acquirendis. Quod ob eandem rationem censendum est de bonis paraphernalibus, & occasione nuptiarum donatis, quibus hoc privilegium dotis non competit. Sicuti constat ex *dicta leg. assiduis*, & testantur Gloss. Cynus, Alberic. Bald. *ibidem*. Ant. Gom. leg. 53. tauri. n. 41. Greg. Lop. leg. 17. tit. 1. par. 4. Couarr. 1. var. cap. 7. n. 1. & Valq. d. cap. 5. §. 2. n. 44.*

12 Praeterea dictum privilegium praefationis solum vxori, eiusque liberis conceditur, ut aduertit ex communi Neguliant. 1. p. de pign. memb. 4. n. 94. & 95. Greg. *dicta leg. regia. 33. tit. 13. par. 5. verbo alius hifos. Valq. de pign. c. 5. §. 2. n. 45. & colligirur ex dicta leg. assiduis §. exceptis, & ex Authent. vt exactione instante §. 1. Neque refert an fuerint filij spurij si postmodum matrimonio legitimati sunt, quia dicta leg. assiduis & Authent. vt exactione & leg. regia 33. filij qui sunt haeredes necessarii quique matris personam representant fauere intendit. Aliis vero haeredibus non necessariis nequaquam dictum privilegium competit quoniam neque ipsa vxor ipsius vel creditoribus cedere valet nisi forte vt voluit Bald. *tract. de dote. 12. p. col. 9. vers. 4.* ea casu in utilitatem ipsius mulieris cederet, ne privilegium quod in sui commodum introductum est frustraneum reddatur.*

13 Maritus vero cui dos ab vxore, vel ab alio tertio promissa est esto habeat tacitam hypothecam in bona promittentis pro illius dotis recuperatione, non tamen habet privilegium praefationis, quod mulieri pro recuperanda sua dote concessum est. Sicuti tradit Gloss. in leg. vn §. sed vt plenius Cod. de rei vxor. act. & ibi Salicet. Gregor. Lop. leg. 23. tit. 13. par. 5. Valq. d. cap. 5. §. 2. n. 52.

Secundo a regula illa generali, qui prior est tempore potior est iure, excipitur fideus qui privilegium habet praefationis comparatione quorumcumque creditorum antecedentium, non quidem in bonis quaesitis ante hypothecam fidei, sed in bonis quaerendis, ex leg. si is qui ff. de iure sibi, & ibi Gloss. Bart. Cynus, Salicet, & Bald. Greg. Lop. leg. 33. tit. 13. par. 5. verbo obligabo per palatru. & verbo *entons*. Ant. Neguliant. 5. p. de pign. memb. 2. n. 11. & 30. Spectato autem iure nostri regni *dicta leg. 33. creditoribus anterioribus habentibus tacitam hypothecam fidei praefertur in bonis ante hypothecam fidei quaesitis, non tamen habentibus expressam hypothecam, sicut dos, cui per omnia fideus comparatur.*

Tercio credens pecuniam ad aedificationem domus, praediorum emptionem, & pacificens vt domus aedificata, & praedia empta sibi obligata existant pro pecunia soluenda praefertur anterioribus creditoribus hypothecam generalem habentibus leg. 1. ff. in quibus causis pignus leg. licet. Cod. qui potiores in pign. leg. regia 30. tit. 13. par. 5. & merito hoc privilegium mutuantem conceditur, quia illius pignoris causa fuit & tradunt omnes, tamen Valquez de pign. c. 5. §. 2. numer. 12. hanc praefationem videatur denegare, sed illam admittit. numer. 22.

Quarto credens pecuniam ad refectionem naui, domus, alteriusve praedij conseruationem, praefertur creditori etiam expressam hypothecam in illa naui vel aedificio habenti, cum causa fuerit hypothecae conseruanda. Ut dicitur leg. interdum ff. qui potiores in pignore & leg. 28. tit. 13. par. 5. Ad idem est si credens pecuniam ad portationem mercium, & illarum custodiam praefertendus est creditori in illis mercibus expressam hypothecam habenti, quia tua mutatio saltam facit totius pignoris causam, & habetur leg. huius ff. qui potiores in pign. habeantur leg. regia 29. tit. 13. p. 5. & notauit ibi Greg. Lop. Ant. Neguliant. de pign. 5. memb. 2. n. 15. & 16. Couarr. 1. var. c. 17. n. 3. Molin. *tract. 2. disp. 430. & 536. post med. Valquez de pign. c. 5. §. 2. numer. 11. Layman lib. 3. sum. 5. tract. 2. cap. 11. num. 4.*

Ad idem reduci debent expensae factae in conseruando pignore accepto, in his enim praefertur debet cuiuslibet alteri creditori hypothecam tacitam, seu expressam habenti in illo pignore. argum. *dicta leg. interdum & leg. huius enim ff. qui potior in pign. & notauit Ant. Neguliant. 7. p. de pignor. memb. 3. numer. 16. Valq. de pignor. cap. 5. §. 2. n. 63.*

Quinto si praesidium Titio obligares sub spe pecuniae in mutuum ab ipso recipienda, & ante receptam pecuniam illud alteri subuiceres, hic secundus creditor praefertur debet Titio, tamen si postmodum mutuum ab illo accepisset, quia illa prima Titij hypotheca non est sortita suum effectum completum quousque pecunia mutuo data fuit. Quod cum eo tempore inueniat praedictum nouae hypothecae subiectum non potest in comparatione illius praefationem obtinere. Neque refert si dicas purificata conditione retrorahii obligationem ad tempus promissionis, quia haec retroractio non conceditur in obligationibus pendentiibus a conditione potestaria & integre a voluntate debitoris pendentiibus. Vti haec est. Sicuti probat leg. qui balneum in princ. leg. qui dorem ff. qui potiores in pign. habeantur, & leg. regia 27. tit. 13. p. 5. & ibi Greg. Lop. leg. 32. eiusdem tit. Secus est in promissione dotis a muliere, vel alio tertio facta marito cum bonorum hypotheca, quae esto ante solutionem alteri creditori subuicantur, non tamen obinde hic secundus creditor marito praefertur quia ea conditio soluendae dotis non est in potestate libera mulieris, sed potius in potestate mariti, ideoque facta solutione retrorahitur ad tempus promissionis ex d. leg. qui dorem.

Grane tamen dubium est, an hypotheca tacite inducta in his duobus vltimis casibus praefertur hypothecae dotis, & fidei anteriori? Qua in re triplicem inuenio sententiam. Prima affirmat praefertur. Sic Ant. de Fano. de pignori. 5. p. memb. 2. n. 17. Zepola caurela 124. inclinans Couarru. lib. 1. variat. cap. 7. numer. 3. Matien. lib. 5. nona recopil. tit. 16. leg. 7. Gloss. 3. numer. 8. Gregor. Lopez

Lopez. leg. 30. tit. 13. part. 5. verbo el postrimero, vbi adducit Bald. nouella de dote. 10 par. in princ. col. 2. num. 4. Ducuntur quia hypotheca de qua in leg. 1. & leg. huiusmodi tit. praefertur quibuslibet creditoribus anterioribus expressam hypothecam habentibus, ac hi creditores praefertur hypotheca dotali. Ergo illa hypotheca de qua in illis legibus, hypotheca dotali debet praeferi ex illo vulgari dicto. Si vincio vincentem te a fortiori vincam te. leg. Claudius ff. qui potiores in pignore habeant & leg. de accessibus ff. de diuersis, & tempor. praescript. & cap. auctoritate de concessione praebende. Ergo cum illa hypotheca quae ex mutua pecunia ad emptionem, & refectionem domus, &c. inducitur, vincat creditores expressam hypothecam habentes, qui vincant hypothecam dotalem, consequenter hypothecam dotalem vincere debent.

Secunda sententia extremè opposita censet hypothecam dotis & fisci praefendam esse creditoribus anterioribus mutuantibus ad constructionem domus, vel illius consecrationem. Sic Salzet. in auctent. quo iure. Cod. qui potiores in pignore, & ibi Petr. de Villapert. Alberic. Angel. Ant. Negusant. in 5. p. de pignori. m. memb. 2. num. 16. Syluest. verbo des q. 12. Angel. eodem. n. 11. Gutier. lib. 3. pract. q. 99. circa fin. Ducuntur quia in dicta leg. assisuit. Cod. qui potiores in pignore, habeant. hypotheca dotis praefertur omnibus hypothecis à iure inductis. Ergo etiam praeferi debet omnibus mutuantibus ad constructionem, vel refectionem domus, cum hi hypothecam habeant à iure.

20 Tertia sententia cui tanquam probabiliori adhaereo procedit media via affirmans inter mutuantem ad constructionem domus, vel illius refectionem & inter creditorem ratione dotis & fisci nullum esse praerogatiuum, sed seruandam esse regulam. Qui potior est tempore, potior sit iure. Sic Glossa in dicta A. uhen. de aequalitate dotis §. his consequens verbo argum. & verbo posterior. Mathaeus de Afflictis, decis. Neapolit. 306. n. 4. & 5. Greg. Lopez, sibi contrarius leg. 28. Gloss. 1. & leg. 29. tit. 13. part. 5. verbo que el segundo. Vasq. de pignori. cap. 5. §. 2. n. 15. Fundamentum praecipuum est, quia nullibi astruitur inter supradictos creditores hypothecarios, & praerogatiuos praeratio. Nam in auctent. de aequalitate dotis, solum negatur praerogatiuum praeratiois comparatione dotis, posteriori creditori habenti tacitam hypothecam, ratione mutui ad refectionem nauis. Sed an dos praedicto creditori anteriori praerenda sit, nihil deciditur. Neque è contra in dictis legibus, & esto affirmetur creditorem illum omnibus aliis creditoribus anteferi, subintelligi debet omnibus aliis creditoribus priuatis, non autem praerogatiuis & maxime ratione dotis, & fisci, horum enim vt intelligerentur excepti oportebat fieri expressam mentionem argum. textus in cap. inter corporalia de translat. Episcopi, & cap. ad auctentiam de decimis leg. vnicia §. vbi autem vers. nam est contrarium. Cod. de caduc. tollend.

21 Neque oppositae sententiae fundamenta videntur. Ad primum primae sententiae respondeo axioma illud. Si vincio vincentem te a fortiori vincam te, intellegi debet, vt late expendit Couarr. 1. var. cap. 7. num. 3. cum est eadem ratio vincendi, ac in praesenti creditor de quo in dictis legibus, vincit ex dispositione iuris creditores anteriores priuatos non praerogatiuos, quae tamen dispositio ad vincendum dotis hypothecam non extenditur, vt probatum est. Praeterea hi creditores priuati non vincunt hypothecam dotis anteriorem, ac proinde est vincantur à creditore, de quo in dictis legibus non inferuntur vincere posse dotis hypothecam. Ad fundamentum secundae sententiae respondeo dotem vincere tacitas hypothecas iure inductas anteriores quae praerogatiuae non sunt, secus praerogatiuae, sicuti sunt contentae in dictis legibus.

22 Quinta exceptio à communi regula desumitur ex leg. idemque ff. qui potiores in pignor. habentur, & leg. regia 30. tit. 13. part. 5. vbi habetur si pecunia pupilli praedium ematur hypothecam iure inductam in illo praedio pro soluenda pupillo pecunia praerendam esse cuiuscunque hypotheca generali tacita, vel expressa quae in bonis illius debitoris fuerit. Sicuti notant Glossa, & Bart. in dicta leg. idemque. Ant. Negusant. 5. p. de pignori. memb. 2. n. 19. Gregor. Lopez, dicta leg. 30. Nomine pupilli est in rigore intelligatur in viro qui minor est 14. annis, & in femina 12. attamen Greg. Lop. dicta leg. 30. verbo guersano, & leg. 4. tit. 13. part. 3. verbo los guersanos, extendit vt habeat locum in pupillo minore 25. annis parentibus orato habenti curatorem, quia vox illa guersano qua lex 30. & 41. vtitur latius patet quam vox pupilli absolute sumpta. Sed, vt rectè Vasq. de pignori. cap. 5. §. 2. num. 20. animaduertit, haec extensio omni fundamento destituta est. Nam neque in iure communi, neque in legibus nostri regni habetur rem emptam pecunia minoris 25. annis, tacite hypothecam esse minori, quin minus habere praerationem. Nam esto concedatur in leg. curator. Cod. arbitrium tutela, & leg. 49. tit. 5. part. 3. cum res aliqua minoris pecunia emitur à curatore posse minorem vel rem illam sibi vindicare, vel agere ad pecuniam recuperandam, ibidem tamen nec alibi cauetur rem illam hypothecatam esse minori. Quin potius. leg. 25. tit. 13. part. 5. vbi haec hypotheca in re emptam pecunia pupilli inducitur

expressè dicitur debere esse minorem 14. annis. Ergo praerogatiuum praeratiois ipsi tantum conceditur.

23 Sexto creditor pecuniam credens ad emendam militiam, ius praeratiois habet non solum aduersus quoscunque alios creditores anteriores, tacitas vel expressas hypothecas habentes, sed etiam aduersus creditores ex causa dotis, vel fisci. Sicuti notauit Vasquez de pignori. cap. 5. §. 2. num. 59. Rebel. de oblig. iustit. 2. p. lib. 6. q. 10. n. 3. & colligitur ex leg. quo iure Cod. qui potiores in pignore iuncta leg. assisuit, eodem tit. specialiter ex auctent. de aequalitate dotis §. his consequens, collat. 7. ex nouella const. 97. ibi enim deciditur mutantes pecuniam ad emptionem vel refectionem alicuius rei, non posse opponere maritimo habenti hypothecam dotis rem illam sua pecunia esse emptam, vel refectionem, sed praerogatiuum dotis firmum persistere debere. Sicuti esse subiungit de his qui noua constitutione sunt excepti, sicuti qui emenda militia causa marito in scripturis mutatur, hi enim hypotheca dotis etiam anteriori praerantur. Nam posteriori etiam mutantes ad quamlibet rem emendam vel refectionem cum pacto, vt ipsi praerationem habeant praerantur.

24 Septimo adducit Ant. Negusant. 6. p. de pignori. memb. 2. n. 24. 19. praerationem hypothecae habere militem cuius pecunia res emptam est. Et idem videtur sentit Layman. lib. 3. sum. tit. 5. n. 2. cap. 11. num. 5. tam de milite quam de Ecclesia. Ceterum eum verum sit militi concessum esse praerogatiuum, vt cum aliis nomine ipsius ex eius pecunia rem emat, possit miles vel rem emptam vindicare, vel ad recuperandam pecuniam agere, ex leg. si pignori Cod. de rei vindicata. & ibi Glossa. Quod Ecclesiae etiam est concedendum, quia minori concessum, vt superius diximus, cui ipsa comparatur, atramen vt rectè aduertit Vasq. de pignori. cap. 5. §. 2. n. 58. nullibi praerogatiuum anelationis concessum, quin modo neque hypotheca astruitur.

25 Octauo excipi debet à communi regula, hypotheca contractus ex promissione liberali & gratuita, haec enim est prior sit postpōnenda est omnibus aliis hypothecis obligatiuonibus ex contracta oneroso. Vt pluribus firmat Gutier. de iuram. 3. p. cap. 1. abque respondet contrariis. Nam ad executionem donationis non recurret debitor nisi in quantum res alienum soluitur.

26 Nonò excipi debet hypotheca instrumento publico comprehensa, haec enim praerenda est hypothecae priuatae scripturae confectione. Vt quod in hac priuata scriptura fallacia praesumitur. leg. scripturas. Cod. qui potiores in pign. habeantur. Unde si omnis suspicio abest nulla est praeratio inter has hypothecas, sed quae prior fuerit tempore potior erit iure. Ob quam rationem in dicta leg. scripturas vers. sin autem. & leg. regia 31. tit. 13. part. 5. statuitur hypothecam ex priuata scriptura tibus testibus integre opinionibus subscripta, praereri hypothecae publico instrumentum confectione. Vt tradit Decius. cap. 1. de fide instrumenti. Couarr. pract. qq. cap. 22. n. 5. Viuius. lib. 18. commun. opin. verbo testis in scripturas. 1. Malcard. 1.1. concl. 285. num. 5. Gutier. lib. 3. pract. q. 102. num. 1. & leg. 99. Debent tamen huiusmodi testes esse masculi, vt expressè cauetur in dicta leg. scripturas, Tametsi lege regia. 31. tit. 13. part. 5. id non exigatur. Item debent in iudicio proprias subscriptiones recognoscere, & testis confectioni illarum litterarum adfuisse, & subscripsisse. Vt alius relatit docent Couarr. & Gutier. supra. Sola autem comparatio litterarum abique testium recognitione insufficientis est, vt scriptura fidei faciat plenam, & aduersus instrumentum publicum praeratur cum falsa, & fictio esse possit. Vt bene Couarr. d. cap. 2. num. 4. Gutier. d. q. 102. num. 2. Vasq. de pignori. cap. 5. §. 4. n. 10. & colligitur ex leg. regia. 119. tit. 18. part. 3. Insuper testatur idem Doctores necessarium esse, vt scriptura sit à parte vel ab alio nomine ipsius subscripta, vel scriptura. Vt haec colligitur ex dicta leg. scripturas & d. leg. 119. tit. 18. part. 3. & leg. 31. tit. 13. part. 5. Quia in d. si antequam instrumentum publicum confectionem sit tres testes scripturam priuatam recognouerint, tametsi non subscriperint sufficiens erit vt instrumentum publico postmodum sublequato praeratur, quam praerationem à fortiori concedat, si pars qua habet instrumentum publicum fateatur de iudicio scripturam priuatam prius fuisse confectionem. Sicuti bene aduertit Couarr. dicto cap. 22. pract. qq. n. 5. vers. poterit. Gutier. lib. 3. pract. qq. q. 102. n. 6.

27 Sed an duo vel tres testes, in iudicio deponentes de debito & hypotheca ex priuata scriptura sufficientes, vt ea hypotheca hypothecae posteriori ex instrumento publico praeratur, si difficultate non careat, eo quod videatur subscripserint testium, ille omneque recognitione in iudicio induci pro forma ad vitandam fraudem etiam leuissimam suspicionem. Neque hoc durum videri debet, quia quidem agitur de praerogatiuo, creditoris hypothecae ex instrumento publico. Atque ita docuit Ant. de Fano 5. p. de pignori. memb. 2. num. 47. indicant Gregor. Lopez. l. 5. tit. 13. part. 5. verbo con sus manos. Vasq. de pignori. cap. 5. §. 4. num. 12. & in fine. Ceterum verius videtur, si duo testes omni exceptione maiores deponant de priuata scripturae confectione die, mensis, & anni non satis esse vt ipsi praeratio partem & trium testium, & illorum recognitione exempli gratia, videntur fuisse adiecta vt indicatur quoribus manifestè comprobata fuerit veritas prius hypothecae.

est posteriori preferendam. At hæc veritas constare potest de positione testium, tamen non subscriptis, ergo &c. Præterea & efficacius, quia subscriptio testium, & illorum recognitio est inducta, ut illa scriptura vim habeat publici instrumenti. Vt colligitur ex dicta leg. 3. non autem ut eius veritas probetur, nam hæc alius viis probatur nimirum confessione debitoris, depositione testium etiam si non subscripterint. Vt conitatur ex dicta leg. 1. 9. tit. 18. part. 3. probata autem veritate debiti, cuiusque prioritate prælatio concedenda est, cum nullibi videatur contrarium statutum. Atque ita tradit alios referens Tiraquei. de retroque tractu. tit. de retractu conuent. §. 1. Gloss. 7. numer. 55. Vincent. de Franchis. decr. 9. §. 8. Gregor. Lopez. dicta leg. 3. tit. 13. part. 5. Gloss. como sobre dicho. Cur. err. pract. 99. li. 3. q. 102. circa finem. Laym. lib. 3. sum. sect. 5. tract. 2. cap. 11. in calce. num. 5.

§. XVII.

Qualiter creditores privilegiati inter se prælationem habeant?

- 1 Mutuantem pecuniam ad domum cum pacto ut domus obligata solutioni sit, negant plures dotati & filii hypothecæ esse preferendum.
- 2 Alii affirmant preferendum esse.
- 3 Prior sententia verior videtur spectato iure communi.
- 4 At spectato iure nostro regio preferendum esse plures autunt.
- 5 Sed verius est idem esse dicendum ac spectato iure communi diximus.
- 6 Vendens rem cum pacto ut res solutioni pretii subiecta sit, aliis creditoribus est preferendus.
- 7 Inter hypothecam dotis, & filii non est prælatio.
- 8 Cum duplex hypotheca dotis conuenit prior preferenda est.
- 9 Quis de triplici illa hypotheca, leg. 29. tit. 13. part. 5.

Vt plenus quæ in superioribus dicta sunt intelligantur oportebit aliquos creditores hypothecatos privilegiatos, de quibus est specialis difficultas qualiter sibi in eam præferantur expendere.

Primo est difficultas de mutuantem pecuniam ad domum, vel prædium emendum cum pacto ut prædium illud emptum solutioni pecunie subiectum sit, de quo in leg. licet. Cod. qui potiores in pignore habentur, an inquam præferendus sit mulieri vel filio hypothecam generalem anteriorem habentibus in bonis mutuantarij. Negant præferri Accursius in Gloss. in authent. 1. §. his consequens de equalit. dotis. verbo agrum. Speculator. tit. de obligat. & solut. n. 45. Barr. Albertic. Fulgos. & Salicet. in leg. Interd. n. ff. qui potiores in pignore habentur Paul. de Castro & Iason. in leg. eredi. or. ff. si certum petatur. Affianus tract. de execut. §. 7. cap. 1. n. 3. Gregor. Lopez. leg. 28. tit. 13. part. 5. Gloss. 1. Gutierr. lib. 3. pract. 99. num. 11. proponit Covarru. lib. 1. var. cap. 7. n. 3. Afirmatque apud tribunalia regia recepta esse. Et videtur decidi in d. Authent. de equalit. dotis. §. his consequens. vbi inquit Consultus. Quamuis alterius tandem pecuniis aliquis comparasse agrum, aut recessisse domum, aut etiam prædium emisse videatur, neque tamen huiusmodi privilegia mulieribus opponi.

E contrario præferri affirmant Gregor. Lopez. leg. 30. tit. 13. part. 5. Glossa el postremo. adducit Bald. in nouella de dote. c. par. in prin. col. 2. num. 3. An. on. de Fado. de pignori. 5. p. memb. 2. n. 17. Zepola. cau. els. 124. verotem in puncto iuris credit Covarr. serva in sine Matien. leg. 7. tit. 16. lib. 5. noua collect. Gloss. 5. n. 8. Ducuntur ex illo brocardo. Si vinco vincentes rei te a fortiori vincam te. At expressa hypotheca inducta in prædio empto ex pecunia mutata vincit alias hypothecas expressas quæ vincunt dotalem hypothecam Ergo etiam hæc vincere debet.

Ego verò cenſeo priorẽ sententiam spectato iure communi veriorẽ esse. Mouet, quia nullibi e cum est hæc hypotheca in de qua in leg. licet antea hypothecæ dotati derogare, nam est ibi generaliter dictum ut creditoribus aliis expressam hypothecam habentibus præferri, tamen eligendum est de creditoribus priuatis, & non privilegiatis qualis est creditor ex causa dotis vel filii. Quinimò in d. Authent. de equalit. dotis. §. his consequens. absolute dictum est ex hypotheca inducta in prædio empto ex pecunia mutata non derogari dotis privilegium. inquit enim Consultus. Plurimum igitur super his cogitantes non inuenimus nulli rem in se existens emere alicui tali privilegio. Et quamuis in d. Authent. non videatur esse sermo de hypotheca expressa, sed solum de hypotheca tacita, & a lege inducta, vt indicant illa verba. His consequens est & illud accorne quod in casibus huiusmodi dubitatum nonimus antiquioribus credi.

Feid. de Castro. de Iust. & iur.

toribus aliquas hypothecas præponere iniuiores existentes ex privilegio a legibus datis, quæ est quando aliquis propriis pecuniis procurauerit nauim comparare, aut fabricare, aut reparare, aut domum forsan adificare, aut etiam emere agrum, aut aliqui horum &c. attamen cum satis probabile sit & forte verosimilius in supradictis casibus non induci ex lege tacitam hypothecam. Non enim in ea authent. inducitur, cum ibi solum agatur de prælatione hypothecarum privilegio a legibus datis inducta. Et in leg. quamuis ex ea pecunia. Cod. de pignori. vt hypotheca in prædictis casibus inducatur: necessarium sic pactum inter contrahentes efficitur sanè d. Authent. de equalit. dotis. de expressa hypotheca mutui ad emptorem, vel refectionem domus loqui, ipsamque decidere anterioribus creditoribus præferri, non tantum creditoribus ex causa dotis, & consequenter neque filii qui eodem privilegio gaudet. Neque obest ratio illa secundæ sententiæ, si vinco vincentes te a fortiori vincam te, quia id intelligitur quando victoria est rei natura non ex iuris dispositione, & quæ pro voluntate constitutus non extendi, vel restringi potest. Et tamen hypotheca ex mutuo de qua in leg. licet. Vincit alias hypothecas etiam expressas ex iuris dispositione, quæ tamen dispositio noluit firmam efficacitatem extendere ad hypothecam anteriorem ex causa dotis etiam tacitam.

Sed an spectato iure nostri regni hypotheca inducta in prædio ex pecunia mutata cum pacto, vt prædium illud solutionis obiectum sit. Et idem est de prædio empto ex pecunia pupilli præferri debeat hypothecæ dotis & filii, grauior est dubitatio de sumpta ex leg. regia. 30. in d. leg. 1. 9. tit. 13. part. 5. Nam in dicta leg. 30. absolute asseritur hanc hypothecam omnibus anterioribus præferendam esse. Quod verò in hac generalitate hypothecæ dotis & filii non excipiatur colligitur ex eo quod in leg. 29. antecedenti. vbi triplici hypotheca assignata videlicet quæ contrahitur ex secunda mutatione pignoris soluta, & ex mutatione in refectionem nauis, & in portationem, & locationem mercium, & deciso generaliter prioribus anterioribus excipitur hypotheca dotis, & filii. Cum ergo a prælatione huius hypothecæ dos & filius non excipiatur consequens videtur esse illis etiam antea, aliis si ex se in hac prælatione hypothecæ, sicut in prælatione illarum trium filius & dos intelligi debet exceptus frustra. leg. 29. §. fiscum & dotem excipit. Atque ita ob hoc fundantur Greg. Lopez. d. leg. 30. vers. si postremo. Vaz. q. pignori. c. p. 5. §. 3. n. 14. & 15. existimant hæc hypothecam omnibus hypothecis privilegiatis præferendam esse.

Ceterum etsi hoc sit satis probabile verius existimo etiam spectato iure nostri regni inter hæc hypothecam dotis & filii nullam esse concedendam prælationem, sed seruandam esse regulam generalem qui prior est tempore potior sit iure. Vti docent Covarru. Gutierr. & alii præcedenti conclusionẽ relati. Mouet, quia leges partiarum nunquam censende sunt a iure communi discedere, nisi id manifestissime indicent; at ex eo tantum quod in d. leg. 30. non fuerint, dos & filius excepti fuerint, tamen in leg. 29. id satis non indicatur, forte enim quia in leg. 29. excepti fuerant, non excipiuntur in leg. 30. ex illa enim exceptione a paritate rationis præsumptis legislator satis colligi posse in casu non dissimili, & minus obligatio exceptionem intelligendam esse, eito non exprimeretur. Præterea regu a iuris est privilegium aduersus privilegiatum non præualere. Vnde vt triplex illa hypothecæ de qua in leg. 29. præualeret aduersus dotem & filium exprimendum erat, ideoque non fuit necessaria illa dotis & filii exceptio, sed maior claritas gratia, & vt omnis dubitatio remoueretur, apposita exceptio fuit.

Secunda difficultas est de vendente rem sine data de pretio cum pacto ut solutioni illius subiecta sit, an inquam eo casu vendens in ea re præferendus sit omnibus aliis creditoribus etiam filii, & dotis. Negat Vaz. tract. de pignori. c. hypothec. cap. 5. §. 3. numer. 4. Dicitur, quia spectato iure naturali nequit debitor conditionem vnus debitoris præ alio potiorẽ facere, cum lex iustitiæ æqualitatem comparatione omnium creditorum respiciat. Ex iure autem possitio nulla huic creditori prælatio conceditur comparatione creditorum hypothecam priorem habentium. Ergo asserenda non est. Sed rectius contumiam docuit Anton. Negulant. 4. p. de pignori. num. 34. c. 2. memb. 5. p. princ. numer. 18. Matienzo. leg. 7. tit. 16. lib. 5. compilat. Gloss. 5. numer. 7. Gutierr. alleg. 5. numer. 1. & expressus lib. 99. tract. 9. 98. num. 8. & 9. 99. num. 23. quibus in locis priores referent. Fundamentum est, quia spectato iure nature cuilibet datum est in venditione, & alienatione propria rei eas conditiones ex consensu emptoris apponere quæ sibi fuerint necessarie pretij soluenti securitati. At quod res vendita sit solutioni pretij subiecta conueniens in eo necessarium reputatur, ergo potest venditor eam conditionem in contractu apponere. Neque obest emptorem habere sua bona non solum præsentia, sed etiam futura ex causa privilegiata dotis vel filii specialiter obligata, quia obligatio intelligi debet de bonis absolute acquisitis, secus de acquisitis sub conditione, & onere apposito ab ipomet qui dominium transfuit. Et quamuis datum non sit debitori meliorem vnus creditoris conditionem facere, cum nulla subest specialis ratio. Secus est si specialis ratio prælationis vigeat. Præterquã quod in

N

præsen