



**Tractatvs De Præventionē Ivdiciali [!], Sev De
Contentione Ivrisdictionvm**

Tonduti, Pierre François de

Lvgdvni, M.DC.LXXIII.

C[a]pvt XXXI. Tractatur specialiter de præuentione Creditorum emptoris,
qui præuenerunt contra venditorem; & explicantur plurimi casus, in quibus
venditor agens ad recuperationem pretij super re ...

[urn:nbn:de:hbz:466:1-98370](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-98370)

- 94 Denique consuetudo illa non militat quando adest contradictor, idem Giurb. *ibid.* num. 20. & 21. hic autem concurrunt multi creditores qui iam ante erant in lite.
- 95 Non est omitrendum quod etiam in casibus in quibus confiscatio ipso iure incurritur, solum dominium transit in fiscum, non autem possessio, idem Giurb. *ibid.* numero 18. & expectare debet fiscus declaratoriam: a fortiori quando confiscatio non venit ipso iure: & in casu isto res est extra difficultatem, quia pena furti non est pena confiscationis. Hac die 22. Nouembris 1640.

SVARES. P. P. TONDUTI. SALVADOR.
A LAVRENTIIS. SARPILLON. Rotæ
Auditores. *Extracta fuit hac decisio à suo originali.*

- 96 Duodecima Conclusio, Instantia discussionis bonorum generalis in qua concurrunt plurimi creditores, non afficit Dominum directum, si petat se mitti in possessionem prædij emphyteutici iure dominij directi ob non solum canonem annuum; sed eo casu dominium utile trahetur à dominio directo, iure consolidationis, ac veluti magnetica cuiusdam attractionis, quod potius est, & antiquius iure omnium creditorum. Aliud dicendum esset si Dominus directus ageret actione personali pro consequenda solutione dictorum canonum; tunc enim instantia discussionis illum afficeret, & in ea comparere teneretur Cod. Fab. lib. 7. tit. 1. 2. definit. 2. ubi tamen subdit licitum esse creditoribus offerre Domino directo canones debitos ad impediendam consolidationem. Et ratio præmissorum est, quia quando Dominus directus petit se immitti in possessionem fundi Emphyteutici iure consolidationis, non agit ad pignus, sed ad Dominij vtilis ad se deuoluti declarationem; certum est autem potior rem eius causam esse debere, qui rei sue dominium; quam qui alienæ pignus vindicat, *rot. titul. Cod. si alien. res Pign. data sit.* Verum si agatur contra alia bona non emphyteutica, quæ debitor canonis annui in fauorem Domini directi obligauit & hypothecauit, hoc casu cum actio Domini directi non sit realis, tenetur comparere in instantia discussionis, & iuxta ordinem suarum hypothecarum collocabitur, prout etiam determinat idem Faber in *Cod. lib. 4. tit. 42. definit. 5. 9.* ubi etiam dicit, quod licet ius prælationis colonus non competat; sed soli Domino directo, tamen colonus agens ex iure reali Domino competente; eodem iure quo Dominus censi debet, non tam in vim consolidationis, quam ex eo quod ius Domini directi, cui colonus innititur, est potius & antiquius super prædij emphyteutico, iuribus omnium aliorum creditorum.
- 98 Quod autem de reliquis annuorum canonum super re ipsa emphyteutica cum priuilegio prælationis consequendis dictum est, locum etiam habet dum agitur de consequendis laudemis actione reali, super ipsa re vendita petitis, pro quibus Dominus super ipsa re emphyteutica consequendis, cæteris omnibus potior est, secus esset si ageretur super pretio rei emphyteuticæ venditæ ad instantiam creditorum ipsius emphyteutæ, cum super illo pretio Dominus directus hypothecam non habeat, ut distinguit Thesaur. iun. lib. 4. quæst. forens. § 1. maxime num. 7.

Et licet magna sit controuersia, utrum pro laudemio detur hypotheca, quam tamen dari testantur Rot. Auen. Thesaur. Giurb. Grat. & plures alij quos re-

fert Hodiern. ad *Surd. decis. 31. num. 2.* tamen in omnem euentum certum esset competere Domino directo actionem personalem in rem scriptam, quæ sequitur quemcumque possessorem, sicut actio realis, ut fuit Hodiern. *d. decis. 31. n. 10. & multis sequentibus*, qui tandem num. 28. & seqq. residet in ea sententia, ut laudemium dicatur onus reale, & pro eo competat actio realis super re emphyteutica contra quemcumque possessorem.

Et ea de causa, cum quidam creditor exposuisset clamorem in curia Cabeoli contra possessorem castri de Cucurone, qui illud hypothecauerat & submiserat dictæ curiæ, & contra Dominum Directum egisset ad Commissum contra dictum Castrum, etiam si causa exequutua fuisset præuenta per pignorationem dicti Castri, causa verò declarationis Commissi fuisset posteriori loco intentata, iudicatum fuit in Curia Gratianopolitana causam Commissi posteriori intentatam præualere debere, quia per eam resoluuntur omnes hypothecæ & iura creditorum, videre est apud Guid. Pap. *dec. 428.*

Decimatertia Conclusio. Qui agit actione reali nempè rei vindicatione, non autem hypothecaria, non cogitur in instantia discussionis comparere, quia bona aliena non veniunt in iudicio discussionis generalis, veluti si quis agat rei vindicatione pro consequendo deposito pecuniæ obsignatæ adhuc extantis, ut decisum fuisse testatur Faber in *suo Cod. lib. 4. tit. 25. Depositi, Definit. 3.* quia prosecutio ista realis nihil commune habet cum personilibus aliorum creditorum actionibus, quod & post Fabrum, notauit Franciscus Barrius de *successionibus lib. 11. de adit. & repudiat. tit. quæ sint iura confect. inuen. num. 24. fol. 93.* Idem dicendum est de iudicio rescissionis venditionis, quod à causa discussionis est separatum, Cod. Fab. lib. 4. tit. 11. definit. 3.

Decimaquarta Conclusio. Instantia discussionis generalis afficit creditorem habentem clausulam Constituti, qui tenetur in iudicio discussionis generalis comparere, si à creditoribus fuerit præuentus, & causa generalis prius inchoata, Cod. Fabrian. lib. 7. tit. 7. definit. 3. 4.

Quod si creditor constitutarius præuenerit in vim iui constituti ante captionem instantiam generalis discussionis, manet quidem processura in statu, sed dum proceditur ad distractionem pignoris instantibus creditoribus, cuiuslibet ipsorum iuxta hypothecarum ordinem satisfieri debet, Fab. lib. 7. tit. 32. definit. 11. & lib. 6. tit. 11. definit. 2. Quid autem statuendum sit in contractu venditionis, dicemus in cap. sequenti.

Alios casus in quibus instantia generalis discussionis non transit ad alium, exponit Barr. *d. n. 24.*

CAPVT XXXI.

ARGVMENTVM.

Tractatur specialiter de præuentione Creditorum emptoris, qui præuenerunt contra venditorem; & explicatur plurimi casus, in quibus venditor agens ad recuperationem pretij super re vendita, tenetur comparere in iudicio generalis discussionis, in quo fuit præuentus. Explicatur quæstio de venditore quando super re vendita

cæte

cæteris creditoribus emptoris præferatur, tam ex dispositione iuris communis, quam ex Statuto Auenionensi. Et quæ sit differentia inter emptorem, & possessorem, qui conuenitur nomine proprio, vel tanquam quilibet extraneus. De effectu reservationis domini in contractu venditionis, an producat tantum hypothecam, & an impediatur translationem domini in emptorem, stante huiusmodi reservatione. Vtrum clausula Precarij eximat venditorem à iudicio discussionis generalis præuento. Et quomodo hoc casu concipi debeat clausula Precarij. Et quid in clausula legis commissoriæ, vel additionis in diem. Quomodo consulatur venditori aduersus creditores petentes rem venditam poni in incantum, ut illis adiudicetur Plurivalencia. Et quomodo consulatur creditori pignus mobile conuentionale habenti præ manibus. Venditor vtrum præferatur cæteris creditoribus super meliorationibus rei venditæ. Quomodo venditor possit recedere à contractu, si pretium sibi non solvatur. Et hoc casu obstat illi præuentio discussionis, si agat ad rescissionem venditionis. Reservationem domini esse de natura contractus venditionis, neque Dominum directum impedire posse quin hoc pactum in illo contractu apponatur. Et ex quibus censetur habita fides de pretio.

S V M M A R I V M.

- 1 Venditio facta non habita fide de pretio non transfert dominium in emptorem, quamvis traditio facta fuerit.
- 2 Quando non dicatur venditor fidem habuisse de pretio.
- 3 Venditor habet actionem realem pro recuperanda re vendita, si pretium non fuerit solutum, quando fides non fuit habita de pretio.
- 4 Iudicium discussionis generalis non respicit actiones reales, sed tantum personales, & n. 8.
- 5 Explicatur Statutum Auen. de venditore super re vendita cæteris creditoribus præferendo lib. 1. rub. 70.
- 6 Ostenditur quid statuat ius commune: ultra dictum statutum.
- 7 Venditor agens hypothecaria ex obligatione descendente ex contractu debitoris discussi, tenetur comparere in iudicio discussionis, ut suo ordine collocetur.
- 9 Si actio hypothecaria ex obligatione anteriori oriatur seu aliunde quam ex facto debitoris discussi, venditor non tenetur comparere in iudicio discussionis.
- 10 Quæ sit differentia inter emptorem, seu possessorem conueniuntur nomine proprio, & conueniuntur vi extraneum.
- 11 Hæres in actione mere realis non gaudet beneficio inuentarij.
- 12 Admittitur cumulatio actionis personalis cum reali, quando hæres conuenitur tanquam extraneus.
- 13 Maritus non habet beneficium, deducto ne egeat, quando conuenitur vi extraneus.
- 14 Hæres, quando conuenitur tanquam extraneus, potest Sanlegerius de Præuent. Iudic. Pars I.

- conueniri pendente tempore confectionis inuentarij.
- 15 Si iudicium coactum fuerit contra aliquem, oritur ex litis contestatione actio personalis ex quasi contractu.
- 16 Hæres non potest conueniri actione reali pendente aliunde quam ex facto defuncti pendente tempore inuentarij, quando litis fuit contestata cum defuncto.
- 17 Si venditor velit litem cum emptore coactam continuare, proprio ipsius nomine, pro interesse & expensis, debet comparere in iudicio discussionis.
- 18 Si venditor desistat à prima lite, & nouam inuentare velit contra possessorem rei vendita tanquam extraneum, potest nouam litem instaurare, nec teneatur in discussionem comparere.
- 19 Non potest venditor actionem realem intentans agere contra tertium rei vendita possessorem actione personali pro interesse & expensis, donec causa iudicij realis sit terminata tanquam præiudicialis.
- 20 Principale & accessorium possunt in eodem libello cumulari, sed eodem tempore diuersis libellis peti non possunt, diuersis que iudicijs.
- 21 Reservatio Domini facit, ut Dominium non transferatur in emptorem nisi soluto pretio.
- 22 Pactum reservationis domini in venditione est validum.
- Reservatio domini in venditione est de natura contractus, & ideo Dominus directus illam impedire non potest.
- 23 Pactum reservationis domini donec solutum esset pretium, validum quidem esse multi existimant, sed solum producere hypothecam specialem pro securitate venditoris.
- 24 Translatio domini non est de essentia venditionis.
- 25 Locatio in contractu venditionis inserta est accidentaliter ad venditionem.
- 26 Venditio dicitur perfecta non obstante reservatione domini, & per eam periculum transit ad emptorem, & n. 28. Contrarium tenent alij, n. 29. & vide n. 12.
- 27 Pactum specialis hypotheca non est contrarium reservationi domini.
- 30 Reservatio domini perpetua, est contraria naturæ venditionis, sed non temporalis.
- 31 Dominium reservatum non transfertur in emptorem, quamvis adiecta fuerit clausula Constituti, & interuenit traditio.
- 33 In quibus casibus reservatio domini habeat solum vim hypothecæ specialis, & in quibus impediatur translationem domini.
- 34 Explicatur varia Rota Romana decisiones, in quibus aliquando reservatio domini habuit vim specialis hypothecæ, quandoque vero impediuit translationem domini in emptorem.
- 35 Clausula Precarij opposita in fauorem venditoris, nec pretium solvatur venditoris eximit illum à iudicio generalis discussionis.
- 36 Clausula Precarij debet apponi in fauorem venditoris, ut ipse eximatur à præuentione generalis discussionis.
- 37 Quomodo differant inter se ad effectum præuentionis, clausula Precarij, Legis commissoriæ, & Additionis in diem.
- 38 Precarium cessat post solutionem factam venditori.
- 39 Quomodo consulatur venditori, si creditores emptoris petant rem venditam poni in incantum.
- 40 Creditores petentes rem venditam poni in incantum debent cauere venditori pro eius indemnitate.
- 41 Si bona debitoris non sufficiant, creditor anterior potest impedire distractionem, nisi suis caueatur.
- 42 Quæ sit differentia clausula Precarij & Constituti in contractu venditionis, & in alijs contractibus.

- 43 Creditor habens pignus mobile penes se, potest illud retinere, nec tenetur exhibere donec sibi caueatur.
- 44 Creditor habens pre manibus pignus conuentionale, ceteris creditoribus præfertur si sit mercator, ex sententia quorundam Doctorum.
- 45 Ampliatur etiam, secundum aliquos, ad non mercatores.
- 46 Quod quomodo procedat, explicatur, n. 46.
- 47 Creditori pignus possidenti competit retentio.
- 48 Non datur retentio, in præiudicium creditoris anterioris.
- 49 Creditori anteriori contra posteriorem agentem, datur exceptio, & contra excipientem, datur replicatio, ob anterioritatem hypothecæ.
- 50 Text. in l. Pupillus 24. ff. quæ in fraud. creditor. procedit in solutione, non in pignore.
- 51 Venditor qui præfertur in re propria vendita, non præfertur in meliorationibus.
- 52 Meliorationes solo cedunt.
- 53 Dominus soli si non restituat pretium meliorationum, repellitur exceptione doli mali.
- 54 Accessorium non sequitur naturam sui principalis, quando est diuersaratio.
- 55 Venditor, qui sibi specialem rei vendita hypothecam reseruauit, ceteris creditoribus præfertur super pretio, sed ab illis præueniri potest in iudicio discussionis.
- 56 Intelligit, dummodo tale pactum in ipso venditionis contractu apponatur; vel in rei traditione.
- 57 Item intelligendum est, quando habita fuit fides de pretio, alias dominium non transferitur.
- 58 Si fuerit habita fides de pretio, venditor potest alios creditores præuenire, & ab illis præueniri. Vtrum in dubio censatur habita fides de pretio, & quomodo concipiendum sit instrumentum.
- 59 In contractibus nominatis, non est locus penitentia, ob non adimplementum.
- 60 Intelligit, ut procedat non per viam actionis, sed per viam exceptionis.
- 61 Venditor non soluto pretio potest iterum vendere alteri, si agatur de venditione iudiciali, & necessaria, secundum aliquos.
- 62 Sed tamen verius est rem alteri vendi posse, etiam in venditione voluntaria.
- 63 Venditor potest recedere à contractu, deficiente causa finali, sine qua non fuisset contracturus.
- 64 Si cum contractu emptoris nihil fuerit admixtum, quod sapiat naturam contractus innominati, non poterit venditor ob defectum causæ finalis, agere ad rescissionem venditionis.
- 65 Venditor agens ad rescissionem venditionis, non tenetur comparere in iudicio generalis discussionis, sed qualibet causa currit morte suo; possum tamen alij creditores, si velint, assistere liti existenti inter emptorem & venditorem.



ONTINVAND. materiam præuentionis instantiæ discussionis generalis bonorum, in concursu creditorum; queritur vtrum venditor ratione rei per eum vendita, teneatur comparere in iudicio discussionis, si præuentus fuerit: In qua quaestione ut cum ordine procedatur, sit

Decimaquinta Concl. Quando venditio facta fuit eo animo, ut pretium venditori confestim solueretur, non autem eo animo, ut ipse venditor fidem haberet de pretio, nullo modo tenetur venditor comparere in iudicio discussionis generalis, nec in eo de iuribus suis fidem facere, siue antea, siue postea.

choatam causam discussionis, actionem suam proponat; sed eius causa separatim tractari debet coram iudice competente per eum eligendo, & per consequens scribente Notario ipsi bene viso. Ratio est, quia quando fides non fuit habita de pretio, licet traditio rei vendita facta fuerit, tamen dominium non fuit translatum in emptorem, sed penes ipsum venditorem remansit, ut probatur per text. in l. quod vendidi 19. ff. de contrahend. emptione, ubi dicitur quod ex causa venditionis non transferitur dominium, nisi pretio soluto, quando fides non fuit habita de pretio, & id est quando venditor non habuit animum dandi emptori dilationem ad soluendum pretium, & de eo confusus non est, & in §. vendita. Instr. de rer. diuisione, & notant Gloss. & DD. in l. in ciuile 12. C. de rei vendic. & in l. si quasi 11. ff. de pignor. actione, ubi dicitur non videri quem haberi fidem de pretio quod statim se recepturum existimat. Cum igitur dominium hoc casu non fuerit translatum in emptorem, sed remanserit apud venditorem; datur venditori actio realis & manus in iudicio ad recuperandam rem venditam rei vendicationis, vel remediis possessoris, ut dicitur in d. l. in ciuile 12. C. de rei vendic. ratione cuius actionis realis non tenetur venditor comparere in iudicio discussionis, & quod non respicit actiones reales, sed tantum personales, ut diximus supra num. 100. in 13. conclus. cap. 30. atque ita docent Gail. lib. 2. obseruat. 15. num. 4. Mangil. in tractat. de euictionib. quest. 42. num. 9. Gizzarel. decis. 40. num. 1. & decis. 62. per tot. Gait. in tract. de credito, cap. 4. quest. 11. num. 1218. Barbof. in l. si cum dotem 13. §. final. num. 23. vers. nam & eadem ratione, ff. solut. matrim.

Ista disceptatio videretur superflua in præfenti Ciuitate Auenionensi propter Statutum, lib. 1. rubr. 70. quo cauetur, quod si emptor cuiuscumque rei pretium non soluerit, & effectus fuerit non soluendo, & res ipsa reperitur penes emptorem, vel eius heredem, tunc venditor habeat regressum ad rem venditam pro solutione consequenda, & præferatur quibuscumque creditoribus habentibus anteriorem hypothecam, etiam expressam, tam ex dote quam ex alia quacumque causa, etiam fauorabilis; hoc intra biennium in re immobili à die solutionis computandum, in re vero mobili intra annum à die solutionis faciendæ numerandum: de quo statuto, Rip. in l. si venis in bonis, ff. de privileg. cred. Rota Auen. dec. 96. Colla de subsid. remed. 124. n. 40.

Sed tamen quaestio ista valde utilis est, non obstante dicto statuto. Tum quia statutum loquitur quidem de prælatione venditoris aduersus creditores emptoris in re vendita, & de regressu venditori super re vendita concedendo; sed de proposita quaestione nihil dicitur in dicto statuto, nec deciditur vtrum venditor, quando non habuit fidem de pretio, aut in aliis casibus in quibus illi competit rei vendicatio, teneatur comparere in generali concursu creditorum; Tum etiam quia dispositio statuti est limitata ad biennium quoad res immobiles, & ad annum quoad mobiles, sed lapso illo tempore statutum nihil disponit, & propterea remanet firma conclusio in casibus per statutum non decis, qui iuxta iuris communis dispositionem determinari debent; nempe, quod venditor qui non habuit fidem de pretio, non teneatur comparere in iudicio discussionis generalis quando vititur remedio rei vendicationis, siue intra tempus statuti, siue post actionem proponat; & siue à creditoribus præuentus fuerit, siue non; cum hoc iudicium reale, sit omnino diuersum & separatum à iudicio discussionis, & cum illius instantia nihil

com

commune habeat. Quid vero seruetur in Gallia circa praelationem venditoris super re vendita; vide; Louët & Addent. *lit. P. num. 19.*

Decimasepta Conclusio. Si venditor dimissa actione rei vendicationis velit agere actione hypothecaria, vel interdicto Saluiano contra rem venditam, seu etiam in casibus in quibus rei vendicatio non datur venditori, & talis actio descendat ex contractu, & obligatione communis debitoris cuius bona discutuntur, venditor tenetur comparere in iudicio discussionis, & in eo collocari ordine suo, iuxta ordinem suarum hypothecarum, videlicet secundum tempus sui contractus, & obligationis per discussum praestitae (saluo tamen remedio praelationis ex statuto competente; intra annum vel biennium; vt supra dictum est, si negotium in ciuitate Auenionensi tractandum sit.) Ratio est, quia hoc casu, quamuis actio hypothecaria realis sit, qui personalem, sed accessoria ad personalem, sicut & hypotheca ipsa accessio est debiti principalis. Atqui, instantia generalis discussionis eorum propria est, qui personalem, non autem directis in rem suam actionibus experiuntur, vt saepius diximus; † & explicat Fab. *in C. lib. 4. tit. 36. de fin. 8. n. 6.* hoc autem casu actio hypothecaria dependet a personali, cum supponamus illam originem ducere ab obligatione personali contracta per debitorem discussum.

Decimaseptima Conclusio. Quando actio hypothecaria non descendit ex facto, vel obligatione debitoris discussum, veluti si ipse emerit a tertio, aut alia ratione acquisierit rem venditam, & ante illius acquisitionem, venditori hypothecatam; tali casu iudicium actionis hypothecariae debet tractari separatim ab instantia discussionis generalis, siue praeventus fuerit creditor hypothecarius, siue praeventus non fuerit.

Pro cuius conclusionis probatione, praesupponendum est possessorem rei hypothecatam duplici modo conueniri posse, nempe vel proprio nomine, vel tanquam quilibet extraneus, vt probatur, *in leg. de eo 12. §. fin. ff. ad exhib. vbi dicitur quod haeres vel suo nomine, vel quasi haeres, in realibus iudiciis agere vel conueniri potest, vt ibi inter ceteros notat Bald. dicens per illam rationem † quod haeres in actione reali mera, non gaudet beneficio inuentarij, eandemque distinctionem illius qui conuenitur nomine proprio, & eius contra quem agitur tanquam contra quemlibet extraneum, agnouit Dec. *in l. edita, num. 77. Cod. de edend. versic. ultimo dici potest, vbi dicit quod quando hypothecaria intentatur contra aliquem, tanquam contra possessorem, tunc videtur conueniri tanquam quilibet extraneus, ratione possessionis, † & ideo cumulari potest actio personalis cum reali, siue sit rei vendicatio, siue hypothecaria. Quod etiam tradit Iacob. de Nigris *in repetit. leg. per omnia, num. 153. ff. de legat. 1. & ante illos, Bartol. in l. marium 13. in ipso principio, ff. solut. matrim. dum opponit de leg. Nesennius, §. fundus, ff. de re iudic. dicens † maritum non habere beneficium, deducto ne egeat, quando conuenitur actione reali: quia tunc conuenitur tanquam quilibet possessor extraneus.***

Eadem ratione quando haeres adiuit hereditatem cum beneficio inuentarij, & est intra tempus sibi à iure assignatum ad illud conficiendum, & conuenitur actione hypothecaria, quae non descendat ex facto, vel obligatione defuncti, tali casu pendente tempore confessionis inuentarij, potest conueniri actione hypothecaria, quia non conuenitur

Sanlegerij de Praeuent. Indic. Pars I.

tanquam haeres: sed tanquam possessor & tanquam quilibet extraneus, Vincent. de Franc. *decis. 352. numero 3. Cancr. lib. 3. cap. 2. de inuentariis numero 161. & 162.*

Vnde resultat ratio decisiva dictae conclusionis, quia quando nulla adest obligatio personalis debitoris discussum, tunc actio hypothecaria dirigitur contra illum, non tanquam obligatum, sed tanquam possessorem, & tanquam contra quemlibet extraneum, atque ita cessat dependentia actionis hypothecariae ab actione personali debitoris discussum; cum actio personalis à qua hypothecaria descendit, procedat ab alio fonte, nempe ab obligatione illius cui debitor discussum successit: & ita cessat consideratio quam supra attulimus ex Cod. Fabr. *lib. 4. tit. 36. de praesent. ter empt. & vendit. de finit. 8. in gloss. num. 6.*

Sed non parua insurgit dubitatio, quid dicendum sit, quando ante inchoatum iudicium discussionis generalis, lis iam fuisset contestata in actione hypothecaria, vel Saluiano interdicto contra debitorem discussum: quia quamuis obligatio principalis descenderet ex facto antiquiori, & originem duceret ante acquisitionem factam per debitorem discussum, tamen per litem contestationem debitor ipse discussum contraxit personalem obligationem, † cum in iudiciis quasi contractum obligatio, *l. 3. §. idem scribit. ff. de peculio.* Vnde videmus, quod † haeres cum beneficio inuentarij, licet, vt supra dictum est, durante tempore confessionis inuentarij possit conueniri actione reali, quando obligatio non processit ex facto defuncti, tamen si lis fuerit contestata super illa actione reali cum defuncto, non poterit haeres durante tempore inuentarij conueniri, quia molestiam pateretur ex facto & obligatione personali ipsius, vt decidit Vincent. de Franch. *decis. 352. n. 4. quem sequitur Cancr. d. cap. de inuentar. n. 158.*

Præterea ex Statuto & obseruantia praesentis Ciuitatis, de quibus supra per nos actum fuit, *cap. 10. de cession. bonor.* non datur praeventio per actionem ordinariam contra debitorem intentatam, sed tantum per executiuam; ergo si vigore contestationis, & dicti quasi contractus, agatur contra debitorem, dabitur praeventio creditoribus concurrentibus in discussione, qui praeventurunt in exequendo.

Sed praedictis dubiis non obstantibus, constituo in quaestione proposita decimam octauam Conclusionem, videlicet adhibendam esse duorum casuum distinctionem; quorum Primus est; † si venditor aut alius creditor hypothecarius agens hypothecaria etiam ex obligatione aliunde proveniente quam ex facto debitoris discussum, velit agere contra ipsum, continuando litem iam coeptam, vt contra ipsum proprio nomine consequi possit restitutionem fructuum, damnorum, interesse vel expensarum, tunc sine dubio comparere debet in iudicio discussionis, ex supra traditis post Fabrum *libro 4. Cod. tit. 36. de finit. 8.*

Secundus casus est, quando venditor, vel alius creditor hypothecarius solum agit contra debitorem discussum actione reali, & illum conuenit tanquam quemlibet possessor extraneum: hoc casu non tenetur venditor comparere in iudicio discussionis generalis quantumvis praeventio contra debitorem discussum. Quia licet sit vaa, & eadem persona, tamen habetur pro duabus: & ideo potest actor declarare se agere dumtaxat contra debitorem seu emptorem; non proprio ipsius nomine, sed tanquam quemlibet extraneum, declarando

se nolle prosequi litem, sed nouo iudicio contra possessorem experiri. Vt dicit Bart. in l. 2. §. fin. n. 6. ff. de pratoris stipulationib. quia licet actor qui semel actionem proposuit, cogatur in ea persistere, Auth. qui semel. C. quom. & quan. ind. tamen illud verum est, quando vult litem prosequi contra eandem personam; sed in casu isto actio dirigitur contra possessorem, tanquam representantem diuersam personam, & propterea dependet ex eius voluntate renuntiare, vel non renuntiare illi instantiæ, & nouam proponere atque inchoare. Et Bartoli dictum sequitur Imol. in dict. §. final. col. 4. versic. extra glossam diligenter nota.

Et ex prædictis respondetur ad rationes dubitandi superius allatas, quæ locum habere possent si creditor veller prosequi litem iam inchoatam cum debitore discussa, petendo contra ipsum interesse & expensas; cum tamen in casu proposito supponamus creditorem agere duntaxat actione reali contra possessorem bonorum, tanquam contra extraneum, & per consequens non agere pro expensis, & aliis pro quibus debitor discussus posset proprio nomine conueniri.

Vtrum autem creditor, cui hoc casu tam personalis actio contra emptorem proprio nomine competit, quam realis, contra ipsum vti extraneum & simplicem possessorem, possit solam personalem actionem separato iudicio proponere, antequam lis fuerit super iudicio reali terminata, non declarat ibidem Bartoli. Sed est materia l. fundum 18. de except. vbi dicitur † quod si eius fundi, quem quis possidet, alius proprietatem prætentat, non debet Prætor permittere petitori, vt de fructibus agat, donec finita fuerit causa proprietatis; prius enim constare debet fundum meum esse, quam fructus condicere possum, & si constiterit fundum meum, non potero fructus condicere, quia obstat exceptio rei iudicatæ, ergo quæstio proprietatis, facit vt superseatur in actione personali, pro fructibus & expensis, donec realis super vendicatione, vel mera hypothecaria fuerit terminata, ne continentia causæ diuidatur, & ne contingat proferri duas sententias contrarias, iuxta ea quæ supra diximus cap. 13. & 15.

Et licet principale & accessorium possint in eodem libello cumulari, veluti dum peto rem mihi restitui, proposita rei vendicatione, & accessorie per officium iudicis mercenarium peto fructus mihi adiudicari, vt dicit Bart. in d. l. fundum. aliis fundi quem num. 18. ff. de exceptionib. hoc tamen est verum, quando vtrumque petitur eodem iudicio, non quando separato, prout est casus noster.

Decima nona Conclusio. Quando venditor in actu venditionis reseruauit sibi dominium rei venditæ, & conuenit expressè quod donec pretium solueretur, dominium remaneret penes venditorem; tunc quamuis interuenerit traditio rei venditæ facta emptori, si emptor pretium non soluerit, competit illi actio realis, & rei vendicatio contra rem ipsam venditam, & per consequens actio priuilegiata, cui nullo modo obstat potest præuentione creditorum per pignorationem, vel discussionem generalem, cum agatur de actione reali, quæ nihil habet commune cum iudicio discussionis; iuxta Vincent. de Franch. decis. 506.

Siquidem de validitate huius pacti reseruationis dominij in venditione non est dubitandum, vt dixit Rot. apud Cens. decis. 2. num. 2. & ipse Cens. in tract. de cens. quæst. 26. num. 1. Lopus ad l. curabit, Cod. de pact. inter empt. & venditor. compos. commentar. l. §. 7. num. 148. Tiracuell. de retract. consanguinitat. §. 1.

gloss. 2. num. 36. & 39. Magon. decis. Lucen. 31. num. 9. & 10. Canser. lib. 1. variar. resol. cap. 13. numer. 4. Rot. decis. 399. num. 3. p. 4. recentior. Gratian. de sept. forens. c. 73. n. 7. & 30.

Quod adeo verum est, vt reseruare dominium antequam pretium soluatur, sit de natura contractus: vt post Bald. in rubr. C. de contrahend. empt. numero 23. & Fabianum in tract. de empt. & vendit. part. 5. princ. num. 37. Gratian. decis. 13. n. 2. Surd. decis. 220. n. 11. & 13. probat Merlin. de pignorib. lib. 2. q. 47. n. 4. Et per hanc rationem Ego nuper consului, Dominum directum non esse fundatum, dum recusabat inuestire emphyteutam, eo quod in instrumento venditionis continebatur pactum reseruationis dominij, quod suis iuribus præiudicare asserbat. Quia non poterat Dominus directus impedire pactum, quod erat de natura contractus.

Sed tamen dubitatum fuit vtrum pactum istud operaretur veram Dominij retentionem, an vero solum produceret specialem hypothecam fauore venditoris, pro maiori illius securitate.

Ex cuius quæstionis resolutione, dependet veritas nostræ conclusionis: nam si reseruatio dominij, illius translationem impedit, nullo modo cogendus erit venditor, agens rei vendicatione, comparere in iudicio discussionis, quamuis creditores præuenerint per executionem. Si vero sola producat ex huiusmodi reseruatione specialis hypotheca, cogetur venditor comparere cum ceteris in iudicio discussionis, iuxta distinctiones & casuum varietates superius allatas.

Ego Vincentij de Franchis sententiam in conclusione secutus sum, eam tamen intelligendo iuxta resolutionem, & distinctionem mox deducendam.

Pro cuius rei maiori elucidatione supponendum est, duas hac in re contrarias reperiri sententias; quarum prima est illorum qui existimant, pactum huiusmodi reseruationis dominij in instrumento venditionis appositum, adiecta conditione quod donec pretium solueretur, interim certa merces annua locationis nomine præstaretur, esse quidem validum, nec ab emptionis natura alienum; vt præter superius citatos, tenet Anton. de Amat. infinitos propemodum allegans, lib. 1. variar. resol. c. 3. n. 42. quia † dominium non est de essentia venditionis, l. si ita 23. §. qui vendidit. ff. de contrab. emptio. vbi dicitur, eum, qui vendidit fundum, non teneri illum facere emptoris. Et res aliena potest vendi, leg. rem alienam 28. ff. eod. tit. de contrahend. emptio. ita loquitur Mart. conf. 166. n. 22. & 23.

Et hoc casu locatio dicitur accidentaliter facta, cum pensio soluatur tam pro re locata, quam pro interesse pretij non soluti, Dec. conf. 311. numero 4. versicul. tertio idem comprobatur, daturque etiam pro consequenda annua solutione actio ex empto, licet in contractu emptionis admixta sit locatio, quia respicimus quod principale est, nempe venditionem, non autem locationem, quæ est quid accidentale, Mantica. de tacit. conuen. libro 4. titul. 25. num. 8.

Et nihilominus venditio perfecta dicitur, secundum sententiam multorum, & periculum rei venditæ pertinet ad emptorem, Mangil. in tractat. de emptionib. q. 148. n. 6. & multis sequentib. & est text. expressus in l. si ita emptio 23. §. interdum. ff. locati, & ibi Gloss. in verb. exoluat.

Eandem sententiam in casu magis dubitabili secutus fuit (deductis pro vtraque parte rationibus) Cyriac. Niger. controuer. 425. numero 30. & multis sequen

sequens, concludens dominium in suo casu non fuisse translatum in emptorem, sed remansisse penes venditorem, non obstante quod ultra reservationem Domini, venditor in eodem contractu sibi præcauisset per specialem hypothecam, quæ videbatur incompatibilis cum reservatione Domini, cum in re propria hypotheca cadere non possit, l. neque pignus 46 ff. de regul. iuris.

Secunda sententia est eorum, qui voluerunt, pactum illud reservationis Domini non valere, nisi in vim specialis hypothecæ, ad effectum ut venditor super re vendita præferatur, non tanquam Dominus, sed tanquam creditor hypothecarius privilegiatus rei venditæ, quam sententiam fusillimè comprobatur, Hodiern. in addit. ad Suid. decis. 157. ea ratione, quia res vendita cum illo pacto reservationis Domini petit periculo emptoris, per text. in d. l. sicut emptio 23. §. interdum. ff. locati: et sequitur ergo, Dominium in emptorem esse translatum, quia res perit Domino, l. pignus, ff. de pignorat. actione; Et quia reservatio Domini videtur contraria naturæ emptionis; Ne ergo adsit contrarietas, clausula illa reservationis Domini resoluenda est in vim hypothecæ specialis.

Sed istis rationibus non est difficile respondere. Siquidem verum est, Domini reservationem perpetuam, licet naturæ emptionis non conveniat, immo sit illi planè contraria, tamen reservatio temporalis Domini donec pretium solvatur, non solum valet & sustinetur, sed etiam est de natura emptionis, ex qua Dominium non transfertur, nisi soluto pretio, vel habitâ fide de eo, §. vendice. Institutionibus de rerum divis. non enim potest Dominium transferri in emptorem contra expressam venditoris intentionem & reservationem, ut dicunt auctores citati, per Hodiern. ad d. decis. 157. num. 4. & optimè Cyriac. dist. controu. 425. n. 42. §. 60. vbi plures allegat.

Quod secundum eum, ampliatur ut locum habeat, etiam si ultra venditionem interuenerit traditioni venditæ facta emptori, quamvis adiecta fuerit clausula Constituci, post Gratian. discept. forens. cap. 175. n. 6. quia Constitutum censetur potius factum in consequentiam locationis in eodem contractu appositæ quam venditionis.

Ad illud vero quod dicitur, naturæ emptionis repugnare ut res vendita, retento penes venditorem dominio, pereat periculo emptoris, respondet Cyriac. verius esse, periculum rei venditæ hoc casu pertinere ad venditorem, quia interim donec pretium solvatur, contractum valere dicit in vim locationis, non venditionis, leg. cum manu sua 80. §. fin. ff. de contrah. empt. idem Cyriac. controu. 164. numero 8. §. 10.

Verum, Mangilius in tract. de emptionib. quest. 148. num. 6. & sequens, periculum interitus rei venditæ, non obstante Domini reservatione ad emptorem spectare asserit, ea ratione, quia emptio iam est perfecta, & ipsi emptori res tradita, ratione cuius traditionis & perfectionis, periculum pertinet ad emptorem; & hic est casus notabilis in quo contractibus claudicat, ut dicit Gratian. discept. forens. cap. 354. num. 48. §. sequ.

Verior ergo est opinio Vincentij de Franch. d. decis. 506. & eius sequacium, quam in nostra conclusione sequimur, sub sequenti tamen distinctione.

Quando enim adhibita fuit in instrumento venditionis simplex Domini reservatio, nec adiectæ fuerunt clausulæ demonstrantes animum vendito-

ris fuisse, ut illa reservatio produceret dumtaxat effectum specialis hypothecæ, tunc Dominium remanet penes venditorem.

Aliud est, si post Domini reservationem opponantur verba, & clausulæ ostendentes partes habuisse animum solam hypothecam, & privilegium prælationis aduersus alios emptoris creditores reservandi. Tunc enim dominium non obstante reservatione, transfertur in emptorem; & reservatio vim habet dumtaxat specialis hypothecæ.

Quæ distinctio conformis videtur intentioni Rota Romana, quæ licet de validitate huius reservationis Domini nunquam dubitauerit, tamen secundum varias facti circumstantias, quandoque censuit ex tali clausula dominium retineri apud venditorem, quandoque illâ non obstante dominium transferri in emptorem, solamque venditori hypothecam specialem competere cum iure prælationis in re vendita aduersus alios emptoris creditores. Veluti in decis. 728. num. 4. vers. nec refragatur, part. 4. diversor. vbi dicitur propter Domini reservationem pretio non soluto, agi posse rei vendicatione contra rem venditam, vel illam alteri vendi posse. Et apud Coccin. decis. 16. num. 18. quæ est repetita apud Censum dec. 79. num. 17. & 17. vbi dicitur facta Domini reservatione, illud penes venditorem remanere, nec vquam transferri in emptorem, donec pretium solutum fuerit; interim vero emptorem possidere tanquam conductorem & nomine venditoris.

E contra vero, in Romana Afflictus 23. Iunii 1606. coram R. D. Marquemontio, inserta apud Marchesani sub tit. de commiss. appellat. à mandis de euacuan. tom. 1. folio 1090. fuit decisa pactum reservationis Domini solam hypothecam specialem producere, quia mens partium colligebatur ex verbis sequentibus contractus de quo agebatur: ita tamen ut nullum unquam acquiratur ius alicui alteri personæ super dictis rebus, fructibus, & animalibus in præiudicium dicti locatoris; & ideo censebatur potius in illo casu habitâ fides de pretio, ut in dicta decis. num. 3. quæ decisio fuit postea confirmata, 7. Februarij 1607. decis. 138. part. 3. recentior. propter contrarietates quæ resultassent ex illo contractu si dominium non fuisset translatum, & nominatim quia alioquin conductores fuissent impediti percipere fructus rei conductæ, contra naturam locationis, quæ subsistere non potest nisi conductor fructus rei locatæ percipiat.

In decisione vero 2. post tractatum Censij de Censibus reservatio Domini erat inualida, & contra naturam contractus venditionis, ex quo necesse est dominium transferri in emptorem, quando pretium fuit per ipsum solutum: in casu autem dictæ decisionis emptor soluerat pretium, mediante assumptione, seu ut loquuntur, accollatione annui redditus ad exonerationem venditoris, quæ accollatio habebat vim solutionis pretij, & per consequens repugnabat naturæ venditionis, quod pretium esset solutum, & dominium non esset translatum.

Similiter & in Firmana Salviani inserta part. 7. recent. decis. 135. & post Cens. decis. 59. Rota induta fuit ex specialibus rationibus ad declarandum, quod pactum reservationis Domini in venditione habebat solum vim specialis hypothecæ, ut etiam aduertit Cens. d. quest. 26. in fin. non solum quia pretium venditionis solutum fuerat venditori, mediante onere solutionis debiti, quod emptor sibi assumpserat, seu (ut ipsi loquuntur) accollauerat; verum etiam, quia pactum reservationis Domini fuerat appositum post perfectum contractum, & sic non poterat

poterat dominium referuari, quod iam per illum contractum fuerat translatum; pro ut melius explicat *Rota* in secunda propositione eiusdem causæ, apud *Cens. decis. 560. num. 2.* dicens quod referuatio dominij impedit illius translationem in emptorem, quando non est perpetua; aut alias potest se compati cum natura venditionis & clausulis instrumenti, nam alioquin stante incompatibilitate, talis referuatio tantum habet vim specialis hypothecæ pro securitate venditoris, & per eam non impeditur effectus translationis dominij in emptorem.

Et ex his videmus, quando, & in quibus casibus venditor dominium sibi referuans, possit præueniri ab aliis creditoribus emptoris, & quando instantia generalis discussionis præuentæ, vel non præuentæ ipsum afficiat.

35 Vigesima Conclusio. Quando venditor non solum vendidit; sed etiam tradidit emptori rem venditam, & emptor constituit se rem illam possidere precario nomine venditoris, quovisque pretium illi solueretur, non tenetur venditor in iudicio discussionis generalis comparere, nec potest ab aliis creditoribus præueniri. Ratio est, quia stante illa clausula precarij, res non habetur pro perfecte tradita emptori, immo dominium & possessio remanent penes venditorem, licitumque est illi precarium reuocare, & eo modo rem auocare rei vendicatione, vel remediis possessorijs, quæ cum in rem ipsam prodita sint, nihil commune habent cum iudicio discussionis, ut sæpius dictum est.

36 Sed notandum est, quod si clausula precarij sic concepta fuerit, pro ut sæpius illam notarij concipere solent, ut venditor ipse se emptoris nomine precario possidere constituat, non dabitur hoc casu venditori ex tali clausula realis actio ad rem auocandam, cum ipse, non emptor, rem ipsam possidere precario emptoris nomine constituerit, & ideo ut rectè concipiatur clausula, & melius venditori consulatur, debet ipse emptor constituere se venditoris nomine precario possidere, ut bene explicat *Pontanell. in tract. de pactis dotalib. claus. 7. gloss. 2. par. 9. n. 21.* qui ad hoc allegat text. in l. ea quæ distracta 20. ff. de precario & in l. 3. C. de pact. inter empt. & vend. *Gratian. disc. 325. n. 11.*

37 Sed materia dictæ l. 3. diuersa est à clausula precarij, ut patet ex illis verbis, nisi pretium intra certum tempus restitutum esset, dominium ad se reuenteretur: nos autem agimus de clausula precarij, de qua in d. l. ea quæ distracta 20. ff. de precario, in illis verbis, ut precario penes emptorem essent quoad pretium persolueretur, inter quæ duo, magna est differentia, nam siue in contractu venditionis, adiectum fuerit pactum legis commissoriæ, videlicet, quod si pretium tempore præfinito non soluatur, res sit inempta; siue pactum additionis in diem, hoc est, ut si quis intra tempus conuentum, meliorem venditori conditionem obtulerit, venditio pro non facta habeatur, (de quibus duobus pactis, copiose agit *Mantic. de tacit. & ambig. conuent. lib. 4. tit. 28. & 29.*) stantibus dictis pactis, seu altero ipsorum, si contingat venditionem resolui, res manet apud venditorem, neque amplius querendum est de concursu creditorum emptoris, nec de discussione bonorum illius; cum in vim cuiuslibet ex dictis pactis res emptæ, iam sit extra bona emptoris, & in patrimonio venditoris, *Mant. d. tit. 28. n. 11. & tit. 29. n. 22.* cum distinctionibus ibi per eum deductis.

Sed quando agitur de precario, vera est materia d. l. ea quæ distracta 20. ff. de precar. & hoc casu si clausula precarij concepta fuerit in personam emptoris

fauore venditoris, tunc demum competit venditori auocatio rei venditæ, quando per emptorem aut eius creditores iterum quominus pretium soluere, ut dicitur in d. l. ea quæ distracta 20. Vnde si creditores emptoris pretium exoluant venditori, res vendita ponenda erit in discussione ad hoc ut vendatur, & de illius pretio satisfiat aliis creditoribus emptoris iuxta ordinem hypothecarum. Ratio est, quia per solutionem factam venditori, cessat precarium; ita tenet *Gloss. in d. l. ea quæ*, in verbo *consequi. ff. de precario*, & probatur per text. in l. si debitor, 11. ff. eod. tit. ubi dicitur quod si debitor rem pignoratam precario rogauerat, solutâ pecuniâ precarium soluitur, quippe id actum est ut eo usque precarium teneret.

Vnde & hoc casu, si creditores velint instare ut res vendita ponatur sub hasta, ad hoc ut hyperocha, quam nostri *plurivalemiam* vocant, conuertatur in solutionem ipsorum creditorum, hoc facere poterunt, si venditori de pretio venditionis satisfactum fuerit, vel ad minus idoneè cautum, cum maior ille valor, non ad venditorem, sed ad alios creditores emptoris pertineat, pro ut in simili tradit *Codex Fabrian. lib. 7. tit. 32. de bonis auctorit. indic. possidend. definit. 16.*

Dixi satisfactum esse, vel cautum. Quia non esset rationi contentaneum, ut venditor sese exponeret periculo perdendi pretium, quatenus emptores non reperirentur, qui summam ipsius credito æquiualentem offerre vellent. Ideo cauere debet pro illius indemnitate: argumento text. in leg. quamuis 6. ff. de pign. actione. & eorum quæ in simili casu tradit *Cancer. lib. 3. var. resol. cap. 17. num. 417.* ubi agit de vidua quæ prætendebat bona sui mariti non esse sufficientia pro satisfactione suæ doris, eaque si venderentur minuenda esse tam per laudemiam quam per expensas, & eâ ratione, quod amitteret partem sui crediti, & concludit quod si creditores velint, ut ad venditionem procedatur, debent illi dare cautionem de soluendo quidquid ei defuturum esset, quatenus pretium bonorum distrahendorum non sufficeret. Conferunt etiam à simili tradita in sequenti conclusione.

Hic notanda est differentia clausulæ, quæ emptor se precario nomine venditoris possidere constituit, & illius quæ in alio contractu crediti fuit appposita, de qua superius in decimaquarta conclusione actum fuit cap. 30. numero 101. nam in venditione datur actio realis independens à personali pro rei propriæ auocatione, quæ non competit in casu illius conclusionis, nempe dum agitur de alio credito.

Vigesima prima Conclusio; si agatur de creditore habente penes se plures res mobiles sui debitoris sibi hypothecatas, seu pignori datas, adueniente casu præuentionis aliorum creditorum etiam per generalem discussionem bonorum debitoris, poterit talis creditor sibi consulere, retinendo apud se illa pignora conuentionalia, nec illa exhibendo aliis creditoribus, cum non cogatur illa vendere, nec illa creditoribus ostendere, nisi præstita prius cautione idonea de illa sibi restituendo, aut satisfaciendo. Hæc conclusio intelligenda est in terminis iuris communis. Nam in Gallia ex generali consuetudine; *Biens meubles n'ont point de suite par hypothèque quand ils sont hors des mains du débiteur.* Addentes ad *Louët, littera P. num. 19.* cum ibi citatis. Nisi creditor sibi per specialem hypothecam consuluerit, *Expill. plaidoyé 10. num. 7.* Itaque conclusio in terminis iuris communis probatur per text. in leg. quamuis

quamvis 6. ff. de pignorat. actione. vbi notant Bart. & alij: idem Bart. & alij DD. in leg. à duo Pio. 1. §. 5. sed & illud ff. de re iudic. & Card. Tule. littera P. conclus. 346. n. 1. & sic iudicatum fuisse in Parlamento Delphinali testatur Francisc. Marc. quest. 928. num. 1. pari. 2.

44 Et hac ratione procedere potest opinio Sigism. Seacc. in tract. de commerc. & camb. §. 2. gloss. §. n. 438. dum vult, mercatorem pignora sui debitoris mobilia possidentem, omnibus aliis creditoribus in illis bonis per eum possessis esse preferendum. Quia cum diligentius fuerit, & mediante pignore, suae indemnitati consuluerit, ceteris omnibus preferendus est favore commercij, ex leg. pupillus 2. 4. ff. quae in fraud. credit. exemplum affert in Hebraeis pignora habentibus, qui alioqui credita sua ut plurimum amitterent, & quod generaliter etiam ad non mercatores extendit Gait. in tract. de credit. cap. 4. quest. 8. numero 1067. & 1068 ex Cephalo consil. 762. num. 25. 45 volum. 5. & Procedere inquam potest illa opinio, vt indirecè talis creditor super illo pignore ceteris praefertur, pignus illud penes se retinendo, nec exhibendo, nisi data sibi cautione pro sua indemnitate, vel soluto suo credito, vt iam dictum est. Ex d. l. quamuis.

Si enim aliter intelligamus praefatos Doctores, illorum opinio non erit de iure fundata, quando tractabitur de interesse creditorum anteriorem hypothecam habentium, non enim negamus veritatem suppositionis factae per Cephalum, & quod scilicet pignoris possessori retentio de iure competat, iuxta tradita per Salicet. & Alexand. in leg. si non sor. 48 rem. §. si centum ff. de condit. indebit. & Sed dicimus talem retentionem non competere pignorum possessori, in praedictum creditoris anteriorem hypothecam habentis: quia si aliter diceremus, loqueremur contra text. expressum in l. si prior. 1. §. fin. ff. qui potior. in pign. habent. vbi dicitur, quod licet posteriori creditor res tradita fuerit, nihilominus qui prior est in hypotheca praefertendus est, per quem text. ita tenuit Negusan. de pignor. §. part. membr. 2. numer. 5. in 6. ampliat. & in propriis terminis Stracha. in tract. de deoctorib. in ultim. part. tit. qui potior. in bonis deoctor. habet. num. 1. qui propterea male pro contraria sententia allegatur. & Et generalis est regula, creditorem anteriorem hypothecarium, contra posteriorem habere exceptionem, si posterior agat, & replicacionem, si excipiat, propter anterioritatem suae hypothecae. l. creditor qui prior 12. & ibi Bart. ff. qui potior. in pign. habent.

50 Nec in contrarium facit d. l. pupillus 2. 4. ff. quae in fraud. credit. quia non loquitur de eo, qui fuit diligens, procurando vt sibi pignus traderetur; sed de eo qui diligentia vsus est in procurando suam solutionem; qui casus sunt omnino diuersi.

51 Vigesima secunda Conclusio. In omnibus casibus, in quibus venditor propter dominij reservationem, aut actionem merè realem ceteris creditoribus in re vendita praefertendus est, talis praeratio locum habet ratione ipsius rei venditae, non tamen ratione meliorationum: & quia licet ipsae solo cedant, §. cum in suo solo. Institui. de rei. diuisione. & sic ratione dominij videatur dicendum, quod sicut venditor in re propria praefertur, ita & super meliorationibus quae sunt accessoriae ad rem ipsam; tamen in contrarium est veritas: & quia dominus soli, si non restituat pretium meliorationum, exceptione doli mali repellitur, l. si autem §. in re petiti ff. de rei. vendic. & in l. adeo §. ex diuerso. ff. de acquir. rer. domin. Praefertim quia huiusmodi meliorationes fuerunt factae

bona fide ab emptore, ideo super illis collocandi sunt creditores, secundum ordinem suarum hypothecarum; ita decisum fuit apud Vincent. de Franch. decis. 986. per 10r. qui dicit, & quod accessorium non sequitur naturam sui principalis, quando subest diuersa ratio; quem sequitur Hodiern. in addit. ad Sord. decis. 56. num. 5. ideo valebit, & sortietur effectum praeratio aliorum creditorum contra venditorem quoad valorem meliorationum, quamuis dominum sibi in venditione reseruauerit.

Vigesima tertia Conclusio. Quando venditor rem venditam tradidit reseruata sibi speciali hypotheca super ipsa re vendita, tunc cogitur venire in iudicio discussionis generalis, & potest praenire vel praeniri; sed tamen praefertur ceteris omnibus creditoribus super re vendita, super qua non praefertur, si non adesset illa specialis hypotheca: ita concludit Negusan. in tract. de pign. part. 4. num. 340. & 34. quia regulariter Dominus in traditione rei suae potest quascumque condiciones & pacta apponere, leg. in traditionib. ff. de pact. & Dommodo tale pactum apponatur in ipso contractu, vel saltem in ipsa rei traditione, vt dicitur in d. num. 35. & Cruell. d. c. Dolan. §. 6. num. 4. & sequent. dicens non sufficere generalem omnium bonorum hypothecam ad hoc vt venditor ceteris creditoribus anterioribus praefertatur sed specialem requiri, Gait. in tract. de credito. capite 4. quest. 11. numer. 1208. vbi quaestionem hanc multis rationibus exornat, & quae est intelligenda in casu in quo venditor habuit fidem de pretio, prout loquitur Gait. dist. numer. 1208. nam si fides non fuisset habita, quaerendum non esset de hypotheca, sed daretur rei vendicatio, vt superius ostendimus. Et hanc eandem conclusionem comprobant Fontanell. de pact. nuptialib. claus. 7. gloss. 2. pari. 9. num. 18.

Vigesima quarta Conclusio. Quando venditio facta fuit habita fide de pretio, & subsecuta traditio rei venditae absque reseruacione specialis hypothecae, tunc venditor pro pretio potest praenire, & praeniri; & comparere cogitur in concursu aliorum creditorum, vt collocetur iuxta temporis antiquitatem; nec vllum hoc casu habet privilegium praerationis, dist. l. in civile 12. & ibi Bald. Cod. de rei. vendic. Calanar. cons. 9. num. 48. Barbosa. in l. sicum dotem, 23. §. fin. num. 36. versic. praeterea, ff. sol. matr.

In dubio autem, quando non constat habitam fuisse fidem de pretio, si venditor rem tradiderit, praesumitur quod fides habita fuerit de pretio: leg. quod vendidi 19. ff. de contrab. empt. Et ideo cautius agit venditor, si dominium sibi expresse reseruauit, & nec pretium solutum fuerit, vel apponar in contractu pactum resolutiuum venditionis, nempe quod contractus sit pro non facto & resolutus, casu quo emptor pretium non soluerit, vt bene explicat Merlin. in tract. de pignorib. lib. 4. quest. 41. num. 34. 39. & seqq.

Vigesima quinta Conclusio. Quando res fuit quidem vendita, sed nondum tradita emptori potest venditor recedere à contractu venditionis, & alteri rem illam vendere absque suspitione falsi, & in concursu alicuius penae; quia licet in contractibus nominatis non sit locus poenitentiae propter non implementum. Add. ad Ludouic. decis. 88. num. 10. Marescot. lib. 1. var. resolut. cap. 90. & tamen hoc est verum, vt non possit peti contractus rescissio ob non implementum, per viam actionis, possit tamen peti per viam exceptionis, vt nominatim de venditore qui rem nondum tradidit, docet Sord. d. c. 220. n. 18.

- num. 18. Gratian. in addit. ad decis. 13. n. 2. & discept. forens. cap. 523. num. 21. Siquidem hoc generaliter obinet, ut contractus nominatus, si pacta non seruentur, resolui possit, non per viam Actionis, sed per viam Exceptionis; Giurba decis. 100. num. 23. plures allegans, idem tenent Add. ad Ludou. 130. num. 5. Bellon. iun. conf. 13. num. 41. Quod etiam firmavit Rota Romana decis. 192. num. 15. parte 5. recentior. quamvis Addentes ad Burat. decis. 640. num. 27. allegent contrariam decisionem factam coram R. D. Andrea, cuius tamen fit mentio in dicta decis. 192.
- 61 † Quamvis etiam Farinac. in tit. de falsis. & simulat. quest. 150. num. 231. videatur residere in opinione Angeli, quem citat, in leg. à dno Pio. 15. §. sed si emptor. num. 2. ff. de re iudic. nempe, quod res possit iterum vendi, si emptor pretium non soluat, quando agitur de venditione necessaria & iudiciali, secus si de voluntaria. † Sed cum habeamus claram Rotæ decisionem, dict. decis. 192. parte 5. recent. non videtur ab illius opinione recedendum, quamvis in puncto iuris contrarium defendi possit.
- 62 Potest autem maxime venditor à contractu recedere, & illius rescissionem intentare, quando deficit causa finalis contractus, dummodo sit talis, ut sine ea quis non fuisset contracturus, Rota dec. 676. num. 6. & 7. parte 2. recent. Giurba. decis. 115. num. 10.
- 64 † Quod tamen debet intelligi, ut procedat quando cum contractu emptionis admixtum fuit aliquid quod habeat naturam contractus innominati, nam alioqui non licebit agere ad rescissionem emptionis, sed agendum erit ad interesse, vel dumtaxat rescindetur contractus per viam exceptionis, ut optime explicat Bellon. iun. consilio 13. num. 41. 42. & sequentibus.
- 65 Deueniendo igitur ad materiam præuentionis inferitur ex supradictis, quod in casibus in quibus locus est rescissioni contractus venditionis, siue ob non adimplementum per viam exceptionis, siue ob defectum causæ finalis per viam actionis, iudicium istud nihil commune habet cum discussione generali, nec cum executionibus quæ sunt super aliis bonis emptoris ad instantiam creditorum, & ideo cessat hoc casu quæstio præuentionis, & quælibet causa currit Marte suo. Possunt tamen, si velint creditores, assistere liti super rescissione intentata, ne in ipsorum præiudicium fiat aliqua collusio inter emptorem & venditorem. Ita deciditur in Cod. Fabrian. lib. 4. titul. 11. de hered. actio. definit. 3.

CAPVT XXXII.

ARGVMENTVM.

Agitur de præparatoriis iudiciij, vtrum ex illis oriatur præuentionis, nempe de appellatione extraiudiciali. An & quando vim obtineat citationis. Et in quibus casibus per eam inducatur præuentionis causæ. Quomodo differat ab appellatione iudiciali. Quis sit eius effectus. Quæ forma præsertim in beneficialibus. De sequestratione, & vtrum ex ea inducatur præuentionis. De executione facta ob fugæ suspensionem, & præuentione ex ea produ-

cenda ex iuris communis, aut municipalis Auenionen. dispositione. De præuentione ex interrogatoriis litis præparatoriis. De denunciatione, vel intimatione extraiudiciali. De oblatione extra formam iudicij facta. De protestationibus extraiudicialibus. Et de actione ad exhibendum. Ostenditur an & quando ex illis producatur effectus præuentionis iudicialis. Et de præuentione in criminalibus, & remissione concedenda ad locum delicti, vel deneganda. Et quid in hoc obseruetur in Statu Auenionensi, & quid in locis Biturritarum, & Castrinoui ad Archiepiscopatum Auenionensem pertinentibus. Ex quibus lis censetur extincta in beneficialibus.

SVMMARIVM.

- 1 Appellatio extraiudicialis habet vim citationis.
 - 2 In appellatione extraiudiciali, assignatur appellato à iure terminus vnius mensis ad comparandum, & eo elapso, viginti dierum, quibus elapsis proceditur in eius contumaciam.
 - 3 Quod procedit in beneficialibus, non in aliis, ut infra, num. 13.
 - 4 Duplex est appellatio, vna iudicialis, alia extraiudicialis.
 - 5 Appellatio extraiudicialis fieri debet ad iudicem ordinarium coram quo causa tractari debet.
 - 6 Multa differentia referuntur inter appellationem iudicalem, & extraiudicalem.
 - 7 Exempla appellationum extraiudicialium.
 - 8 Quæ sit differentia inter appellationem extraiudicalem interpositam à parte, vel à iudice procedente extraiudicialiter.
 - 9 Appellatio extraiudicialis regulariter non habet vim citationis.
 - 10 Si Communitas fecerit statutum ambitiosum, in odium particularis personæ, datur appellatio extraiudicialis ab illo statuto.
 - 11 Appellatus regulariter non cogitur comparere, nisi fuerit legitime citatus.
 - 12 Citatio non valet nisi precedat iudicis decretum, & num. 12.
 - 13 Nuncius non potest citare sine speciali iudicis commissione.
 - 14 In beneficialibus appellatio extraiudicialis habet vim citationis, & arctat ad comparandum.
 - 15 A collatione facta per Episcopum extraiudicialiter procedentem, licet appellare extraiudicialiter.
 - 16 Quæ forma seruanda sit in appellatione extraiudiciali ab electione, postulatione, vel provisione beneficiorum.
 - 17 Forma cap. vt circa. De electione, in 6. obseruanda est in quibuscunque beneficiis etiam simplicibus, dum extraiudicialiter appellatur.
 - 18 Appellatio extraiudicialis, post commissionem efficitur iudicialis.
 - 19 Appellatio extraiudicialis, quid operetur ad effectum attentatorum.
- Et quæ sint necessaria ad hoc ut ex illa appellatione quis dicatur attentare.