

- 9 Text. in l. 1. C. de privilegio fisci, declaratur.
- 10 Per clausulam constituti tunc donatio perfecta remanet, quando donatarius presens est: secus, si absens.
- 11 Ratificans actum fictum, tempore habili ratificare, debet alias, nec dominium, nec possessio transire in ratificantem.
- 12 Si donator, qui constitutum in favorem absentis fecit ante ratificationem, alteri donaverit, secundus donatarius priori absentis praefertur.
- 13 Idem erit si ante ratificationem donator alij ipsam rem donatam hypothecaverit.
- 14 Si constitutum presenti donatario, vel absentis tempore habili ratificanti, factum sit, donatio ita firma permanet, ut etiam si donans alteri donet, & realiter tradat, primus donatarius secundo praeponeatur.
- 15 Si factum sit constitutum sub conditione, & illa pendente, alteri donatio, & in simul traditio facta sit, si ex postfacto conditio adimpleatur, secundus donatarius priori praefertur.
- 16 Ut fictio translativa locum habere possit, requiriturabilitas in utroque extremo a quo & ad quod.
- 17 In contractibus conditio casualis retrotrahitur ad tempus celebrati contractus.
- 18 Promovetur questio, utrum stipulante notario, donatio absentis facta ita acquisita dicatur, ut a donatore amplius revocari non possit.
- 19 L. 2. ff. rem pupilli saluam fore, pro parte affirmativa applicatur.
- 20 Contraria sententia pungitur.
- 21 Hanc probant l. 3. ff. servis exportandis, lxx cum qui, ff. qui sine manumissione, l. 1. C. si mancipium ita fuerit alienatum.
- 22 Consideratio Molinae de primogenijs pro eadem sententia ponderatur.
- 23 Eadem sententia ex l. 2. tit. 16. lib. 5. recop. comprobatur.
- 24 Assignatur intellectus ad d. l. 3. & cetera iura paulo ante adducta.
- 25 Responsum assignatur ad l. 2. s. sed, & si ff. de donat.
- 26 Doctrina Bartoli in hac materia evertitur.
- 27 Traditur responsum ad fundamentum a Molinae consideratum.
- 28 Antonij Thes. distinctio admittitur.
- 29 Si donator rem donatam absentis, ab eo tamen non acceptam, alicui hypothecaverit, & postea effectus sit non soluendo, creditor hypothecarius donatario preferendus erit.
- 30 intelligitur, nisi tacita aut expressa hypotheca inducatur.
- 31 Text. in l. 1. C. qui potiores in pignore pro hac declaratione ponderatur.
- 32 Ad idem inducitur text. in l. si quidem C. de donationibus inter virum, & uxorem, iuncto text. in l. 1. C. privilegio fisci.
- 33 Ioannes Gut. de iuramento confirmat. annotatur.

- 34 Opinio Carraschi circa prelationem arrharum taxatur.
- 35 Disputatur, an, & quando primus donatarius, qui sub modo rem sibi donatam hypothecaverit alteri, qui postea effectus sit non soluendo, & tamen concurrant secundus donatarius, & creditor hypothecarius, quis illorum in concursu, sit preferendus.
- 36 Decisio legis, quoties C. de donat. qua sub modo, specialis est, quatenus absentis sine stipulatione utilis actio acquiritur.
- 37 Questio ista de iure communi valde contrahitur.
- 38 Molinae de primogenijs defenditur ab impugnatione Barb. ff. solut. matrim.
- 39 Actio de qua in dicta l. quoties, personalis est.
- 40 Solo pacto rerum dominia transferri non possunt.
- 41 De iure regio Decij opinio amplectitur.
- 42 Questio de qua in dicta l. quoties, inspecto iure regio, ad concursum creditorum reducitur.

Donatarius, cui fictè res fuit tradita, quæ ex postfacto alteri creditori per donantem fuit hypothecata, an & quando in concursu hypothecario creditori, dominij prelatione anteponi, debeat. Quo modo etiam donatio absentis facta, stipulante Notario, ante ratificationem absentis irrevocabilis fiat; ita ut si alteri nexu pignoris fuerit subiecta, aut alij secundo loco donata, in ea absens dominij prelatione tueri debeat. & de alijs questionibus ad materiam conducentibus, praesertim ad intellectum l. quoties, C. de donationibus quæ sub modo, & in l. 7. tit. 4. part. 5. tam diligens, quam nova explicatio.

AMPLIATIO QUARTA.



AMPLIATIO quarto, regulam nostram procedere in favorem donatarij, cui res aliqua fuit donata in simul, & per clausulam constituti fictè tradita; nam si donans post factam huiusmodi donationem, rem illam sic donatam, & fictè traditam, pignoris nexui alteri creditori subijciat, & ex postfacto donans decon-

rit:



rit; primus donatarius huic creditori domini  
 praelatione in concursu praeferendus erit. Ra-  
 tio huius ampliationis ea est, quia cum per  
 clausulam constituti vera, & realis possessio, &  
 consequenter dominium donatario acquisita  
 dicantur, iuxta text. in l. quod meo, ff. de ac-  
 quirenda possessione, l. certe 31. ff. de precario  
 2 glossa communiter recepta in l. ab emptione, ff.  
 de pactis, docent Menoch recuperanda possess.  
 remedio 1. num. 4. Valasc. consult. 55. numer. 1.  
 Molina de primogenijs Hispanorum, lib. 4. c. 2.  
 num. 4. D. Castillo controuersiarum tom. 5. cap.  
 29. num. 13. cum sequentibus, Gom. in l. 45.  
 Tau'i num. 78. Dom. Ioannes Baptista de Lar-  
 rea decis. 10. num. 27. Gutierrez 3. pract. c. 65.  
 num. 28. & tunc succedat regula text. in l. que  
 praedium, C. si res aliena pignori data sit. l. 9.  
 tit. 13. par. 5. quibus iuribus cauetur rei alie-  
 nae pignorationem nullam, & inefficacem esse;  
 recte fit, ut praedictum pignus ex post facto nul-  
 liter contractum, huic donatario in quem pos-  
 sessio, & dominium ex praedicta constituti clau-  
 sula acquisita proponuntur, in concursu nulla-  
 tenus officere posse.

Dixi, *fictè tradita*, quia si res illa sic dona-  
 3 ta, nec verè, nec fictè tradita esset, pignus sub-  
 sisteret, nec in ea donatarius huic hypotheca-  
 rio creditori tempore posteriori anteferri de-  
 beret, quia donatio adhuc perfecta non erat;  
 nam ad hoc ut donatio perfecta dicatur, & ir-  
 reuocabilis fiat, tam quoad donantem, quam  
 etiam quoad tertium cui secundo loco res fuit  
 donata, aut hypothecata, requiritur realis, aut  
 ficta traditio: argumento text. in l. quoties, C.  
 rei uendicatione, obseruat in specie Carrasc. ad  
 aliquas leges regni. 3. par. cap. 11. num. 123. per  
 glossam celebrem in l. 1. verbo perfectam, C. de  
 iuri fisci, lib. 10. sequuntur Cancr. var. lib. 1.  
 cap. 8. num. 12. Peguera decis. 48. num. 6. Her-  
 mosilla in l. 4. tit. 4. partita 5. glossa prima,  
 num. 2.

Neque scrupulum iniiciat text. s. alia, in-  
 4 stit. de donat. ubi donatio dicitur perfecta, si  
 donator animum, & voluntatem suam declara-  
 uerit. Nam pro responsione praemittendum  
 est, tam in donatione, quam in alio quocun-  
 que contractu, duo considerari: primum,  
 substantiam, & essentiam contractus: secundum,  
 finem qui in eo intenditur, hoc est, domini  
 translationem. Primo modo, ut contractus di-  
 catur perfectus, & absolutus, utriusque partis  
 consensus, & in simul approbatio legis petitur,  
 quo casu contractus habet materiam, & formam  
 explicant Corrafius lib. 1. Miscellaniorum c. 1.  
 Pichardus in s. alia, institut. de donat. num. 3.  
 & in principio, institut. de emptione, & ven-  
 ditione ex nu. 10. cum sequentibus, Gom. tom. 2.  
 var. cap. 4. num. 1. in fine, ex quo statim actio,  
 & obligatio efficax oritur l. iuris gentium, ff. de  
 pactis, Pichardus d. num. 19. Dom. Ioannes Ba-  
 ptista de Larrea decis. Granat. 69. num. 2. Par-  
 bador. rer. quotid. cap. 3. num. 8. lib. 2. Hermosilla,  
 in d. l. 4. tit. 4. par. 5. glossa 1. nu. 1 & irreuoca-  
 bilis fit, quoad contrahentes, l. perfecta dona-  
 tio. C. de donationibus, quae sub modo, l.

sicut, C. obligationibus & actionibus.

Quo ad secundum, scilicet, ad finem, &  
 5 translationem domini, adhuc duo etiã neces-  
 sario desiderantur, traditio actualis, seu ficta,  
 per quam dominium transfertur. s. vendita  
 instit. de rerum diuisione, Cald. de extinct. c. 5.  
 num. 79. Felicianus de censibus lib. 1. cap. 2. n. 8.  
 Hermosilla in l. 4. tit. 4. par. 5. glossa 1. nu. 3.  
 Insuper titulus, seu iusta causa, in qua partes  
 consensum praestent, transferendo dominium,  
 sine quo ipsam transferri non potest, l. 1. &  
 ibi glossa, C. de periculo, & commodo rei. l. id  
 quid nostrum, ff. de regulis iuris. traditio  
 enim sine titulo non sufficit. l. nunquam nuda,  
 ff. de acquirendo rerum dominio, qui titulus  
 iustus esse debet, & cui lex non resistat, l. non  
 dubium, C. de legibus, Sanchez de matr. lib. 4.  
 disput. 8. num. 11. sicut titulus sine traditione  
 non prodest, l. traditionibus, C. de pactis, s. per  
 traditionem, institut. de rerum diuisione. ex-  
 plicat Gom. ubi supra tom. 1. cap. 4. num. 1. &  
 tom. 2. cap. 2. nu. 5. vers. item adde, Pichardus d.  
 principio num. 24.

Vnde tamen venditio, seu donatio ex con-  
 sensu perfecta sit ante traditionem, & habeat  
 suam substantiam, atque ita venditori, seu do-  
 natori nequaquam licitum sit venditionem re-  
 uocare, iuxta text. in d. l. perfecta donatio, &  
 in d. l. sicut. & praecise teneatur ad traditionem,  
 l. si quis argumentum, s. si autem, C. de donat.  
 6 Gaito de credit. cap. 4. quaesito 11. numer. 1245  
 Cancr. var. 1. part. cap. 8. num. 12. Peguera  
 decis. 48. num. 6. nihilominus tamen si donator  
 seu venditor, rem priori donatario, aut vendi-  
 tori, venditam, aut donatam, ante traditionem  
 alij secundo loco donauerit, & tradiderit, vel  
 vendiderit, aut aliquo titulo habili ad trans-  
 ferendum dominium in alium transfulerit, li-  
 cet talis venditor, aut donator primo vendito-  
 ri, aut donatario restituere teneatur aestima-  
 tionem, & interesse rei donatae, aut venditae,  
 iuxta text. in l. 1. ff. actionibus empti, alienatio  
 tamen secundo loco facta cum traditione, suam  
 debet sortiri effectum; iuxta text. in d. l. quo-  
 ties, explicat Tiraquell de constituto 3. parti.  
 limit. 3. num. 7. & 81. Pichardus ubi supra,  
 num. 5. Gom. d. cap. 2. num. 20. Clarus in s. do-  
 natio, q. 13. num. 3. Cald. de extinct. emphit. c. 5.  
 nu. 76. Dom. Ioannes Baptista de Larrea supra  
 nu. 11. Couar. lib. 2. var. cap. 19. ex num. 2. Morla  
 de empt. & vendit. num. 48. Hermosilla loco cit.  
 num. 3.

7 Simili modo, si antequam res tradatur, eam  
 donator, aut venditor iure pignoris alteri obli-  
 gauerit, & ex post facto ementi, aut donatario  
 tradiderit, transibit cum suo onere, iuxta text.  
 in l. ult. s. Lucius, ff. de donat. ubi cauetur, quod  
 si res donata sit, & ante traditionem oblige-  
 tur, transit cum suo onere: expendit additio  
 ad Molinam lib. 1. cap. 10. num. 11. Gaito de cre-  
 di. cap. 4. quaesito 11. num. 1376. Tiraquell. lib. 1.  
 retractus, s. 1. glossa 10. num. 114. Decius conf.  
 239. num. 6. Cald. d. cap. 5. num. 79. Franchis de-  
 cis. 339. vers. inde ex praedictis. Mantica de  
 tacit. & ambig. tom. 2. lib. 13. tit. 7. num. 8. No-  
 guerol.



guerol. allegat. 22. num. 5. & allegat. 14. nu. 46. *Cancer. tom. 1. var. cap. 8. num. 30.* Ratio est, quia cum venditor, aut donator, ante traditionem dominus sit, legitimè poterit obligare rem cuius adhuc dominus est, vel aliàs illius dominium in secundum donatarium, aut emptorem transferre. quia datur voluntas domini cum traditione, ut colligitur ex *d. l. quoties. Gom. in l. 40. Tauri, num. 38. Menchaea de successio- num creat. one. §. 10. num. 82.* notat *Carrasc. d. cap. 11. num. 123.* iuxta quæ rectè procedit text. in *d. §. alia.* nam donatio, de qua ibi, licet perfecta dicatur, ne reuocari possit per donantem; non tamen dicetur perfecta, ne donator illam alij hypothecare, & donare possit, ita ut cum illo pondere in accipientem transeat.

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

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

10 Declara secundo, quòd tunc dicetur perfecta donatio, si per constitutum fiat traditio ad prædictum effectum, hoc est, ut donatarius hypothecæ ex postfacto contractæ in concursu præponi debeat, quando scilicet proponatur donatarium præsentem fuisse, & donationi consensum præstitisse, notat *Gom. in l. 45. Tauri nu. 82. Peguera decis. crim. 48. n. 2.* Cuius rei ratio in eo consistit: nam ut traditio per constitutum idem operetur, quod vera, necessaria est præsentia & consensus illius, in cuius fauorem fit constitutum, cum possessio sine animo acquiræ transferri non possit *l. 1. §. adipsi scimur. l. 3. ff. acquir. possess. Antonius Faber de erroribus pragmaticorum decade 75. errore 7. Dominus Ioannes Baptista de Larrea decis. 10. num. 28. Thesaurus decis. 70. ampli. 2.* Et enim, si donatarius absens sit, non aliter ficta traditio per constitutum facta, veræ traditionis effectus operabitur, quam post ratihabitionem donatarij absentis, cuius nomine constitutum fuit factum *gloss. in d. l. quod meo, verbo possidere, optime Valasc. consultat. 55. num. 2. Gom. ubi supra, num. 82.* quæ quidem ratihabitio tempore habili fieri debet, aliter

nec dominium, nec possessio transibunt in ratiificantem, si tempore inhabili ratiificationem fecerit, argumento text. in *l. bonorum 42. ff. rem ratam haberi,* notant *Valasc. supra numer. 2. Tiraquell. de constitut. 3. part. limitat. 30. num. 8. Barb. 2. parte legis, diuortio in princip. numer. 11. ff. solut. matrim. Egid. in l. ex hoc iure 2. parte, clausula 15. cap. 13. num. 1. Molina d. cap. 2. num. 64. Tellus in l. 17. Tauri, num. 31.*

- 12 Ex quibus, ad nostram materiam inferendo, consequitur, quod si donator, qui constitutum in fauorem absentis fecit, ante illius ratihabitionem rem donatam iure pignoris obligauerit, & absens ratum habuerit constitutum, res illa prædicto onere affecta, in donatarium transibit, & consequenter hypotheca in concursu præferenda erit. Quæ resolutio
- 13 deducitur ex text. in *d. l. ult. §. Lucius, ff. de donat. notat. Gom. supra num. 83.* ubi dicit, quod si antequam absens ratum habeat constitutum, venditor, vel donator, qui se constituit possidere nomine absentis, vendat, donet, vel alienet rem, & tradat verè, vel fictè, ille secundus erit præferendus in re donata, aut vendita.
- 14 Intellige tertio, quod tametsi facta traditione per clausulam *constituti* primo donatario, nec secunda donatio ex postfacto realiter facta, nec hypotheca huic donatario aliquo modo officere possit; nihilominus tamen si constitutum fiat sub conditione, qua pendente donator alteri rem donatam obligauerit, iure pignoris, aut donationis, & infimal tradiderit; adimpleta postea conditione, præferendus non erit in concursu primus donatarius
- 15 in cuius fauorem constitutum conditionaliter emanauit; cuius rei ratio est; quia in hac specie adimplementum conditionis, sub qua constitutum fuit conceptum, non retrahitur ad tempus celebrati contractus. Patet, si aduertas, quod ad hoc ut fictio translatica locum habere possit (ut alibi diximus) requiritur ha-
- 16 bilitas in utroque extremo, à quo & ad quod: iuxta doctrinam *Bart. in l. si is qui pro emptore, num. 4. & 48. ff. de usucap. Barbosa loco supracitato num. 1. Gom. tom. 2. var. cap. 11. nu. 30. Guttier. lib. 3. præf. que st. 65. num. 6.* At in hoc casu deficit habilitas in extremo à quo (hoc est) tempore quo constitutum factum est, cum iam res illa hypothecæ onere affecta, aut aliàs alteri donata proponatur; atque ita fictio illa locum habere non potest, iuxta sententiam *Decij in l. contractus, ff. de regulis iuris, limitat. 6. Gom. in d. l. 45. Tauri num. 93.* ubi hoc in contractu emptionis, & venditionis defendit, subscribunt *Hermosilla in l. 50. tit. 5. p. 5. num. 10. Barbosa de clausulis, clausul. 31. nu. 33. Noguero. d. allegat. 14. num. 52. Mantica de tacit. & ambig. lib. 11. tit. 22. num. 17. Flores de Menain addit. ad Gam. decis. 116. numer. 3.* ubi quod contractus purus cum traditione præfertur primo conditionali cum clausula *constituti*, etiam si postea purificetur conditio; quia non tollit ius alteri medio tempore quasi-



tum, Guttier. qui ab hac sententia non dissentit, de iurament. confirmatorio 1. part. cap. 30. num. 6.

17 Nec dubium faciat, quod in contractibus conditionalibus conditio casualis retrahitur ad tempus contractus celebrati, iuxta text. in l. potior. vers. videamus. & in l. qui Balneum, ff. qui potiores in pignore habeantur. Ripa in l. priuilegia ubi Dom. Maqueda num. 104. ff. de priuilegijs cred. Felician. de censibus lib. 3. cap. 5. num. 19. Gregor. Lopez in l. 32. tit. 13. part. 5. verb. condicion. Satisfit enim si dicas, quod retractio, de qua in dictis iuribus, ideo locum habet, quia in eis datur vtrumque extremum habile, quod quidem si deficeret, talis retractio non concederetur, explicat Gom. in d. l. 45. num. 93. Gratian. tom. 5. dissect. cap. 857. num. 28. Noguero. d. allegat. 14. num. 59.

18 Vtrum autem facta donatione, stipulante notario nomine absentis, anteratificationem donatarij, donatio perfecta, & irreuocabilis dicatur? questio est in hac materia donationis ardua, & multum controuersa: cuius questionis resolutio ad nostram materiam applicata utilis, & proficua erit, vt sciamus, quando post factam huiusmodi donationem res sic donata, oppignorari, aut quocumque modo alienari possit. Si enim in hac specie donatio perfecta & irreuocabilis reddatur, hypothecae ex postfacto, tanquam super re aliena contractae, in concursu ratio non erit habenda: ex regula text. in l. 1. §. 1. ff. de pignoribus, l. quae praedium, C. si res aliena pignori data sit, l. 9. tit. 13. p. 5. Quemadmodum e contra, si illa perfecta non sit, aut alias reuocabilis, hypotheca potior erit.

In hac igitur questione, in qua acerrime pugnant vtriusque iuris grauiissimi coriphei, partem affirmatiuam, videlicet, quod stipulante notario absentis nomine, ante illius ratihabitionem donatio irreuocabilis fiat: probare videtur text. in l. 2. ff. rem pupilli saluam fore. in quo subrogatur seruus publicus in locum serui proprij: negari autem non potest, quod stipulante seruo, proprio domino ita acquirit, vt promissor reuocare nequeat, vt deducitur ex l. quodcumq. ff. de verborum. l. siue mihi 15. ff. de stipulatione seruorum. igitur idem erit, quod seruus publicus (hoc est) tabellio, absentis nomine stipuletur, subrogatum sapit, & sortitur naturam eius rei, in cuius locum subrogatur. l. si cum, §. qui iniuriarum, ff. si quis cautionibus, vbi Bart. Bald. Angelus, & alij, Molina de primogenijs lib. 4. cap. 4. num. 26. Flores de Mena var. lib. 2. quest. 20. Dom. Castillo controuers. lib. 4. cap. 36. num. 51. quibus suffragatur text. in l. si ego 24. ff. de negotijs, l. perfundum. 11 ff. de seruitutibus rusticorum praed. l. 1. (illic) Et si mutauerit venditor voluntatem. ff. qui sine manum. bonus text. in cap. si tibi absentis de praebendis in sexto.

Ex quibus hanc partem tuentur Gozadinus Anfrerius Capell. Tholosana, Soccinus iunior,

Bart. Dinus, & alij, de quibus Mantica de tacitis, & ambig. lib. 14. tit. 26. num. 10. Couar. in rubrica de testam. 3. part. num. 12. plures, quos refert d. decis. 70. per Th. sau. num. 4. Clarus in §. donatio, quest. 13. vers. primo ergo. Molina de iustitia, & iure. disput. 264. §. quarto, tanquam. Villalobus in antinomia iuris, litera N num. 175. Matiens. in l. 9. tit. 10. glossa 2. lib. 1. recop. num. 10. Gregor. Lopez in l. 4. tit. 4. part. 5. gloss. no lo puede fazer, vers. aduerte. Zeuallos commun. contra comm. q. 54. ex num. 11. vbi plures refert Guttier. in cap. quamuis pactum, num. 54. Seraphinus de priuilegio iurament. priuilegio 24. num. 4. Anton. Faber de erroribus pragmatic. decade 47. errore 3. per totum. Parladorus lib. 2. rerum quotidianarum, cap. 3. num. 36. vbi resoluit, donationem absentis factam, ita validam esse, vt donator nullo modo possit illam renocare, falsumque esse asserere, donatorem non habere animum se obligandi, ante acceptionem donatarij absentis. Egid. in l. hoc iure, 2. parte, cap. 13. clausula 15. num. 3. vbi quod stipulante Notario, statim absentis, ante illius acceptionem eodem modo ius acquiritur, quo stipulatione, & acceptione serui ius domino acquisitum intelligitur, D. Castillo controuers. tom. 5. cap. 130. num. 22. & tom. 4. cap. 37. n. 38. vbi plures citat. additio ad Molin. dicto lib. 4. cap. 2. ex num. 58 vbi tamen contrarium in Hispanorum primogenijs pluribus citat. admittit Hermosilla in l. 4. tit. 4. part. 5. glossa 1 n. 42. Angul. in l. 1. glossa 5. num. 28. de las mejoras Suarez in l. quoniam in prioribus, q. 8. num. 8. Dueñas regula 119. limitat 2. Gom. tom. 2. var. cap. 4. numer. 2. Mendoz. de pactis cap. 9. num. 38. Flores de Mena in addit. ad Gam. decis. 8 num. 2.

20 At oppositum, quinimo etiam post tabellionis stipulationem, donationem renocari posse, si absens illam ratam non habuerit, defendunt plures, quos refert Zeuallos d. q. 54. ex num. 10. relati per Cald. de empt. & vendit. cap. 24. num. 5. Azeued. in l. 2. tit. 16. lib. 5. recopilat. num. 25. plures refert, & sequitur Pater Sanchez de matrimonio lib. 1. disput. 7. num. 11. in fin. d. decis. Pedemont. 70. num. 2. & 3. Tiraquell. in tractatu de vtroque retractu 3. part. limitat. 30. num. 8. Peregrin. de fideicommiss. art. 51. num. 14. Melchior Phabus decis. Lusitana 170. num. 14. Menchaca de success. creat. lib. 3. §. 21. num. 43. Morla in emporio 1. part. tit. 3. quest. 3. num. 7. Noguero. allegat 22. n. 6. Barbosa 2. part. rubrica, ff. solut. matrim. nu. 94. Molina lib. 4. de primogenijs, cap. 2. nu. 68. Cancertus var. lib. 1. cap. 8. num. 24. Auendañus in l. 44. Tauri, glossa 9. Borrellus in sum. decis. tom. 3. tit. 10. num. 149. Mierez de maioratu, 1. part. q. 36. num. 2. quorum praecipuum fundamentum est l. 3. ff. seruis exportandis. quo loco sic Paulus respondit; Si quis hac lege venit, vt intra certum tempus manumittatur si non sit manumissus, liber sit, si tamen is qui vendidit in eadem voluntate perseueret, cui couenit Imperator in l. fin. C. si mancipium ita fuerit.



21 Secundo eandem sententiam fouet *decis. tex. in l. 2. §. sed si quis, ff. de donat.*

Tertio hanc partem efficaciter probat *doctr. Bart. in l. qui Roma, §. Flavius num. 1. ff. de verborum obligat.* quo loco asserit, quod si quis alteri donauerit rem aliquam, vt post certum tempus ad Ecclesiam perueniat, quamuis Ecclesie interim ius sit quæsitum, iuxta regulam text. in *l. quoties, C. de donationib. quæ sub modo*: poterit tamen donator in vita reuocare: quam sententiam magis communem fatentur *Valasc. de iure emphit. quæst. 49. numer. 6. Gom. in l. 40. Tauri, num. 25.* & eandem sequitur *Anton. Fab. in suo C. de donat. quæ sub modo 39. definit. 2. Surd. decis. 209. nu. 13. Canger. var. 3. par. cap. 8. num. 31.*

22 Confirmantur modo dicta ex his quæ considerat *Molina* in loco paulo ante citato *nu. 71.* quo loco expendit, quod si priusquam rati habitio fieret absentis donatio irreuocabilis foret, sequeretur quod donatarius fortè inuitus obligaretur, quod negandum est, & sic contractus ex vna parte claudicaret, vt habetur in *l. Iulianus, §. si quis à pupillo, ff. actionibus empti.* quod tamen hic deficit.

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

Propter hæc fundamenta, quibus supra citati auctores in vnam, & alteram sententiam abire, *d. decis. Pedemont. num. 5.* præfatas opiniones ad cõcordiam reducens, sic distinguit: videlicet, vt pars affirmatiua procedat re integra (id est) vt quo ad ipsum donantem donatio incommutabiliter valeat, nec ab ipso reuocari possit, etiam ante rati habitioem, quamdiu per ipsum alij non fuerit donata, & insimul tradita, aut quocunque titulo alienata; quam distinctionem communem ex alijs dicit *Clarus d. §. donatio, quæst. 13. num. 2. & 3.* vbi quo ad secundum membrum distinctionis omni difficultate carere scripsit, quando secundo res tradita fuisset; cum tunc etiam si prima donatio præsentis, & acceptanti facta proponeretur, secundus, cui res tradita fuisset, præferri deberet, secundum regulam legis *quoties, C. reuendicatione.* quod si nec primo, nec secundo traderetur, primum dubio procul esse præferendum. Pro qua sententia, & distinctione plures citat *Couar. eandem admittens in rubr. de testam. 3. par. nu. 13. vers. hi vero.*

His tamen non obstantibus, prima sententia verior videtur, quia fortioribus iuribus, & maiori Doctorum numero, & auctoritate fulcitur: neque ea retenta obstant fundamenta contrariæ sententiæ. Non primum ex *d. l. 3. et in d. l. fin.* Satisfit enim, in prædictis iuribus habitum fuisse respectum ad perseuerantiam voluntatis venditoris, ad effectum vt libertas competeret ipso iure ex constitutione Imperatoris Marci, seruo post tempus manumittendo, quæ quidem constitutio inducta fuit, tam in fauorẽ libertatis, quam domini venditoris: vnde mutata voluntate domini libertatẽ exercentis, iam cessat dicta constitutio; inde tamẽ inferri non potest, quod tamen si constiterit mutatam esse voluntatem domini donatoris, aut venditoris, non possit seruus per officium iudicis, libertatem petere, vt colligitur ex *l. 1. ff. qui sine manum. (illic) Sed & si mutauerit venditor voluntatem, nihilominus libertas competit.* explicat *Bart. in l. Aristo, ff. de donat. dic, illic tantum mentionem fieri de mandato ad donandum, quod morte extinguitur re integra. l. mandatum, C. mandati, §. item si instit. illo titulo, l. fin. ff. de solut. Alexand. Trentacin. var. lib. 2. tit. de procurat. resol. 10. n. 2. Tusc. littera M. concl. 65. Mantica. de tacit. lib. 7. tit. 23. num. 1.*

26 Nec obicem facit doctrina *Bart. in d. §. Flavius.* nam contrarium tuentur plures, quos refert *Couar. d. cap. 14. num. 7. Gom. in l. 40. Tauri num. 19. Dueñas regula 216. Dom. Castillo quot. lib. 4. cap. 5. nu. 21. Parladorus quot. lib. 2. cap. 3. num. 37. Azued. in l. 11. tit. 6. lib. 3. recop. num. 18. Matiens. in l. 2. tit. 16. lib. 5. nu. 10. Flores de Mena in addit. ad Gam. decis. 8. n. 2. Hermosilla in l. 7. glossa 4. tit. 4. partita 5. nu. 2. Costa de successione regni, pag. 62. & communiter reprobari affirmat *Suarez in l. quoniam in prioribus, C. de inofficioso testam. ad leges regni, quæst. 8. num. 2.* Quinimo, tamen si fateamur magis communem esse *Bart. doctrinam,* prout fatentur *Gom. in d. l. 40. Tauri num. 29. Valasc. de iure emphit. quæst. 49. num. 6.* Nihilominus tamen in diuerso casu loquitur: quia illic non agit quando notarius nomine absentis acceptauit; & sic perperam inducitur eius auctoritas ad nostrum casum, in quo ius irreuocabiliter tertio acquiritur per acceptationẽ tabellionis, vt in terminis aduertit *Couar. in d. cap. 14. num. 11.* subscribit *Clarus d. q. 13. n. 3.**

Ad fundamentum vero à *Molina* supra adductum, dic, quod inter donatorem, & donatarium discrimen cõstitui debet: quippe quod donator post acceptationem tabellionis non poterit amplius donationem sola voluntate reuocare; & si de facto reuocauerit, non impedit rati habitioem absentis, neque eius effectum, vt probatur in *d. l. si ego (illic) Inuito me.)* & ita respectu donatoris ius irreuocabiliter acquisitum est ex prædicta tabellionis acceptatione, *Tiraquell. dicta limitatione 30. num. 65.* Non sic dices in donatione ex parte donatorij: etenim tamen si dicamus ex parte illius ius acquisitum; non tamen irreuocabiliter ac-



quisitum dicetur, sed conditionaliter, si ipse absens ratum habuerit, ita ut interim pendeat, quasi sub tacita conditione, si absens acceptauerit (illuc) *Donec eam ratam habuerit, ius non acquiras*) explicant *Decius in l. contractus, num. 22. ff. de regulis iuris, Couar. ubi supra num. 11.*

Ad vltimum ex *d. l. 2.* responde, verius esse, attenda illius constitutione, acceptationem absentis necessariam non esse, ut obseruant *Martens. ibi glossa 5. num. 6. Gom. tom. 2. var. cap. 4. nu. 3. ad fin. Dueñas reg. 119. limit. 1. Molina de iustitia, disp. 264. in fin. Suarez ubi supra 8. quest. principali num. 8. Zewall. d. q. principali num. 8.*

28 At licet prima sententia, quoad reuocabilitatem donatoris verissima sit, tu tamen à secundo membro distinctionis (de qua supra) non discedas: tum quia alias omnino violaretur regula *text in d. l. quoties*. tum etiam, quia sequeretur absurdum illud, de quo *Clarus d. q. 13. num. 3.* videlicet, quod plus operaretur donatio facta absenti acceptanti, quam illa que fit donatario presenti, & etiam acceptanti: & denique, quia licet regulariter donatio perfecta, & irreuocabilis dicatur ad hoc ut illam donator amplius reuocare non possit, iux. *text. in l. perfecta donatio, C. de donat. que sub modo, l. sicut, C. obligat. & actionibus*, & ad alios iuris effectus, de quibus supra: nihilominus quoad tertium, cui illa res secundo loco fuit donata, aut quocumque modo alienata, sic imperfecta, & reuocabilis dicetur, ut si donator illam secundo donauerit, & tradiderit, secundus semper præferendus sit; sicut etiam, si alij iure pignoris obligauerit, & postea tradiderit, transibit cum suo onere, ut notant, & late defendunt *Gaito de credito cap. 4. questio 11. num. 1276. additio ad Molin. de primogenijs lib. 1. cap. 10. num. 11. Cald. de extinctione capit. 5. numer. 79. Dominus Ioannes Baptista de Larrea decis. Granat. 69. num. 11. Noguerol. allegat. 22. num. 5.* & alij, de quibus supra num. 7.

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

30 Quæ quidem resolutio ita debet accipi & intelligi, nisi alias hypotheca in huiusmodi donatione subiiciatur; tunc enim etiam si nulla præcedat traditio, vera, vel ficta, causa donatarij melior erit, quantuncumque donatarius causam prætendat lucratiuam, creditor vero onerosam, ut expressè probat *text. in l. 2. C. qui*

31 *potiores in pignore habeantur*, ubi Iureconsultus sic ait; *Si decreto prætoris, qui de fideicommissio ius dixit, in possessionem fundi hereditarij, fideicommissi conditionalis seruandi gratia, prius inducti estis, quam aduersarius*

*uester, in causam iudicati eiusdem qui iure sententiam exequatur, tempore potiores estis: nam cum de pignore utraque pars contendit, præualeat iure qui præuenit tempore.* Quem tex ad hoc expendit *Dom. Maqueda in l. priuilegia, num. 110. ff. de priuilegijs creditor.* subdens eos qui contrarium sequuntur, illam constitutionem penitus ignorasse. Idem probat *text. qui expressè in donatione loquitur, in l. siquidem, C. de donat. inter virum, & uxorem.* ubi donationi à marito factæ vxori in casu à iure permisso, non præiudicat obligatio hypothecaria à marito ex postfacto contracta: audi verba *text. Si quidem ante donationem possessionis in te iure, ut dicis, à marito collatam, prædium ab eodem creditori obligatum fuerit; alienationem eius (saluo iure debiti) si tamen iuris ratio actionem eius creditoris non excludit, factam esse non dubium est. Quod si donatione iure celebrata, eo quod vel ante nuptias facta est, vel in iisdem casibus, in quibus etiam constante matrimonio donatio procedere potest, obligatio insecuta est; factum mariti quem diem suum obiisse memorasti, iuri tuo officere non posse, certum est.* Ex quibus verbis indubia videtur superior resolutio, prout notat, & ad id ponderat illum *text. Carrasc. ad aliquas leges regni cap. 11. nu. 209.* tametsi extra causam arrharum, regulam generalem, perperam constituat, ibidem *n. 217. vers. et sic.* videlicet, causam onerosam hypothecariam, causæ lucratiuæ, etiam si hypotheca reali aliàs sit munita, vbique præferendam esse, nisi interueniat donatio rei certæ.

Idem probatur *in d. l. 1. C. priuilegio fisci lib. 10.* ubi Alexander Imperator hæc verba rescribit; *Si priusquam fisci rationibus pater uester obligaretur, perfectam prædiorum donationem fecisse fuerit probatus: quod citra fraudem creditorum factum est, non rescinditur.* Per quem *text.* hanc partem tanquam veriorem defendit *Felician. de censibus to. 1. lib. 3. cap. 5. in fin.* subscribunt *Dom. Maqueda in loco supracitato, Fontanella de pactis nuptial' tom. 2. claus. 7. glos. 1. part. num. 22. ubi citat Staphil. Gab. & alios. Mant. de tacit. & ambig. lib. 11. tit. 22. num. 23. Suarez in l. 1. tit. de las arrhas, num. 59. Villadiego in sua Politica, cap. 7. n. 17. fol. mibi 240. Roderic. de concursu 2. par. art. 1. num. 19. Pichard. s. quedam actiones, institut. de actionibus, num. 70.* plures quos refert, & sequitur *Gaito de credito capit. 4. questio 11. num. 2235.*

33 Ex qua resolutione inferitur, falsam videri sententiam *Ioannis Gut. in tractatu de iuramento confirmat. 3. part. cap. 15. num. 19. & 20.* quatenus tam in donatione, quam in alia quacumque causa lucratiua, regulam generalem, constituere videtur: videlicet, ut causa onerosa hypothecaria posterior, alij cuiusque priori lucratiuæ reali hypotheca munitæ semper præferenda sit. sequuntur *Castrus decis. Lusitana 16. ex num. 3.* ubi allegat *Zewall. comm. contra comm. quest. 103. nu. 30. Capic. decis. 78. num. 7. Molina de iustitia, & iure disput. 43. num. 12.*



num. 12. Paschal. de iuribus patria potestatis par. 2. cap. 9. num. 45. Carrocus decis. 125. n. 3. Carrasc. in loco supra citato, licet num. 215. contrarium in arrhis hypotheca vallatis admittat; confunditur enim aperte ex prædictis iuribus, quæ nostram sententiam tam in donatione, quam in alia quacunque causa lucratiua, expressè innuere videntur:

Nec obstat text. in l. inter eos, §. is quoque. ff. de re iudicata, quem pro sententia Gutierrez fortissimum existimat Carrasc. cap. 11. num. 206. cum alijs adductis per eundem Gut. dicto loco num. 19. & 26. Nam præter quam quod eis abunde satisfaciunt Dom. Maqueda, & Roderic. dictis locis, textus ille non loquitur quando in donatione, seu alia quacunque causa lucratiua adiecta fuit generalis, aut specialis donantis hypotheca; ac subinde nobiscum non pugnat, neque ad terminos nostræ quæstionis adaptari potest.

Nec similiter præfatæ resolutioni oberit, quod hypotheca in hac specie est accessoria ad contractum principalem donationis; sicque annullato contractu principali, hypotheca inutilis erit, vt expendunt plures ex citatis. Satisfit enim ex his quæ Gaitus supra num. 1246. vbi sic respondit (illic) Nam et si hypotheca dicatur accessoria ad contractum donationis, & consequenter annullato contractu, annullatur hypotheca, vt passim notant omnes: non propterea sequitur quod hypotheca adiecta donationi effectum non operabitur aduersus creditorem posteriorem; cum in casu nostro nequaquam annullatur, aut reuocatur donatio, sed tantum controuertitur circa prælationem eo quod etiam non sequuta traditione regulariter non reuocatur, sed donator cogitur tradere ad text. in l. si quis argentum, §. fin. C. de donat. & §. alia. institut. eodem. Ideo si donatio inter viuos dicitur perfecta etiam ante traditionem, & ab initio, quamuis aliquo modo per nouam obligationem infringatur vt inferius, tamen hypotheca dato à principio valido suum operata fait effectum separatam ab eodem contractu afficiendo, scilicet res donatas nexu hypothecario eo quia diuersos pariant effectus donatio, & hypotheca. Hactenus Gaito.

34. Secundo ex eadem resolutione inferitur, minus certam videri opinionem eiusdem Carrasci de cap. 11. num. 215. & 216. quatenus ibidem vxori pro arrhis hypothecæ ex postfacto à marito contractæ in concursu prælationem non, aliter concedit, quam si maritus pro solutione arrharum bona sua expressè hypothecauerit. Aperte namq; conuincitur opinio illa expressè dictis iuribus, quæ causæ lucratiuæ tacita, aut expressa hypotheca priori munitæ indistinctè prælationem indulgent; vt expressè colligitur ex d. l. 2. vbi hypotheca tacita in pignore prætorio à lege inducta in fauorem fideicommissarij, qui causam lucratiuam præterdit, præfertur creditori oneroso, qui ex eodem iure (hoc est) pignoris prætorij sese præferendum esse contendebat.

Nec scrupulum iniiciat, quod ex eo textu clare non colligitur, quod secundus creditor causam onerosam præterdat. Satisfit enim, quod hoc manifestè conuincitur, si aduertas quod Iureconsultus ibi prælationem creditori tempore priori, vt ibidem text. habet (illic) *Præualet iure qui præuenit tempore*. Si enim vterque creditor præterderet causam lucratiuam, vtrique inducenda erat alia regula à Iureconsulto tradita in l. querebatur. ff. ad l. falcidiam, per quem text. tenet Paulus in l. si quis testamento, §. i. ff. legat. 1. quod si plures creditores causam lucratiuam intendant, pro rata inter eos solutionem faciendam esse, subscribit Gregor. Lopez in l. 26. verbo, obligados, tit. 13 p. 5. Scobar de ratiocinijs computat. 10. num. 3. Gomtom. 1. var. cap. 12. num. 34. Pro qua sententia facit, quod vxori priuilegium prælationis in bonis mariti concedere videtur text. in l. vbi adhuc, C. de iure dotium, si saltem mulier agat ad dotis restitutionem quando maritus effectus est non soluendo, iuxta text. in cap. fin. de donat. inter virum, & uxorem: quia tunc mulier non agit de lucro captando, sed de conseruanda dote, & in specie admittunt Panormit. in cap. ex literis de pig. numer. 5. Barbosa. 3. part. l. 1. ff. solut. matrim. num. 31. Couar. lib. 1. var. cap. 7. n. 1. Cum autem arrhæ, quibus in Hispania vtimur, successerint in locum donationis propter nuptias, vt latè dixi ampl. 3. hac eadem regula igitur à fortiori hypotheca indulgenda erit.

35. Tertio ex supra resolutis inferitur ad eam celebrem quæstionem, quam excitant Doctores in d. l. quoties, C. de donationibus, quæ sub modo, iuxta legem 7. tit. 4. part. 5. Vtrum donatio ad tempus, vel post mortem alterius, alicui facta, sic secundo donato acquisita dicatur, vt alteri donari, aut hypothecari minime valeat. Cuius quæstionis resolutio pendet ab intellectu prædictorum iurium; videlicet, an, & quando actio secundo donatario acquisita, realis, an personalis censenda sit.

Ad veram igitur propositæ quæstionis resolutionem noto primo, quod decisio text. de qua in d. l. quoties, iuxta quam utilis actio absenti sine stipulatione quæritur, specialis est, vt docet Bart. in l. stipulatio, §. stipuler, ff. de verborum obligat. vbi Alexander nu. 19. communem dicit, communem etiam testatur Couar. lib. 1. var. cap. 14. num. 20. Surd. decis. 85. num. 7. & magis communem quoque profitetur Peregrin. de fideicommiss. art. 1. nu. 16. & art. 51. ex num. 15. Gom. in l. 40. Tauri, num. 26. Valasc. consult. 194. nu. 11. Osaschus decis. 85. num. 7. Anton. Faber de erroribus pragmat. decade 47 errore 8. Hermosilla in l. 7. tit. 4. glos. 2. part. 5. Mantie. de tacit. & ambig. lib. 3. tit. 48. num. 3. Et licet hæc conclusio verissima sit, deceptiuntur tamen Doctores, qui existimant hæc specialitatem ex fauore liberalitatis prouenire: cum enim iuris regula sit, absenti per alterum actionem non quæri, vt in §. alteri institut. de inutilibus stipulat. non fat erat libera-



litatis fauor sine lege, vt à regulis iuris recederetur. Veritas igitur est, quod non ex solo liberalitatis fauore, sed ex constitutione diuorum Principum, illa specialitas est introducta, vt probatur in *d.l.quoties* (illic) *Sed cum postea benigni iuris interpretatione diuini principes ei qui stipulatus non sit, vtilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserunt.* ) aduertunt *Cuiatius in paratitla, C. de donat, que sub modo. Pichardus in d.S. alteri, num. 28.*

37 Secundo noto, quod licet de iure communi quæstio esset ardua, & multum controuersa, Vtrum in terminis *d.l.quoties*, secundo donatario actio realis an personalis competeret; obtinuit tamen sententia, quæ voluit vtilem tantum actionem personalem competere, vt per *Gom. in d.l. 40. Taur. num. 16. Valasc. consult. 194 num. 14. Franc. decis. 174. Gratianus discept. forens. cap. 332. num. 8. Mant. vbi supra num. 3. Hermosilla num. 3. Menoch. lib. 1. conf. 85. num. 31. Magon. decis. Flor. 31. num. 8. Coñar. d. cap. 11. num. 3.* vbi præter alia considerat, quod ex resolutione cōtractus verbis obliquis concepti, de qua in *d.l.quoties*, nunquam dominium transit absque traditione; licet aliàs etiam si verbis directis decisio illa concepta foret, adhuc dominium minime translaturum diceretur; cum illud speciale sit in pactis legis commissoriae, & additionis in diem. *Bart. in l. 1. ff. de donat. Peregr. d. art. 51. ex num. 8.* ex quorum mente deducitur quod in donationibus, licet pacta resolutiua verbis directis concipiuntur, dominium tamen semel quæsitum, retransferri non potest, nisi mediante traditione: quod tamen fallit in secundo, & reliquis donatarijs, & successoribus maioratus, quia traditio facta primo donatario, non solum videtur facta illi, sed etiam omnibus sequentibus, argumento *l. 2. C. acquirend. possess. Tellus in l. 27. Taur. num. 2.* qui prædictam sententiam fundat in *d.l. 27. Barbosa in l. diuortio 2. part. in princ. num. 11. ff. solut. matrim. Pater Sanchez consiliorum moral. lib. 1. cap. 6. dubio 1. num. 8. Gutierrez lib. 2. pract. quæst. 2. num. 4.* Et ideo illa traditio operatur dominij translationem, non solum in secundo donatario, sed etiam in sequentibus, licet illi ratum non habeant, vt per *Barb. d. n. 11. & 12.* ac proinde secundo donatario, tanquam domino, non ex vi dominij retranslati, sed acquisiti, singulis successoribus ex prima traditione vendicatio recte competit.

Vnde est, quod si primus donatarius in vita sua bona maioratus alienet, secundus donatarius substitutus post mortem illius poterit alienata reuocare: quia licet in contractibus prohibitio de non alienando dominij translationem non impediatur, iuxta *text. in l. ea lege, C. condit. ob causam, l. 43. tit. 5. par. 5.* resolutur pluribus citatis additio ad *Molin. lib. 1. cap. 12. num. 32.* cum tamen primus donatarius limitatam dominij causam habeat, & ad vitam suam restrictam, non potest plus iuris in alium ex alienatione transferre; & ideo eo mortuo

causa dominij expirat; vt bene aduertit *Molina de primog. lib. 1. cap. 12. n. 32.* quæ tamen immerito reprehendit *Barbosa supra numer. 10.* quasi *Molina* existimauerit dominium à primo donatario in alium (puta emptorem) translaturum, ipso iure post mortem donatarij retraheretur in successorem maioratus; quod nequaquam admittitur iuxta supra resoluta, & magis communem intellectum *d.l.quoties*, quam explicant *Alciatus in l. traditionibus, num. 19. C. de pactis. Matiens. in l. 8. gloss. 2. nu. 10. tit. 7. lib. 5. recop. Barbosa supra num. 9.* qui omnes resoluunt, in terminis *d.l.quoties*, dominium ipso iure non retransferri; quod sanè *Molina* non negat, sed tantummodo asserit, finitam esse causam dominij, quia primus donatarius non potuit in emptorem plus iuris transferre, quam ipse habeat. Vtrum autem retransferatur dominium? non disputat illic, nec qua ratione ab emptore auocandum sit.

Tandem pro communi facit, quod in *d.l.quoties* aperte probatur, quod actio de qua ibi, 39 personalis est, in illis verbis, (illic) *Vel hereditibus cōdictitia actionis persequutione.* Cōdictio enim actio personalis est, iuxta *text. in d. appellamus institut. de actionibus.* iuncto *text. in l. actio in personam. ff. de obligat. & actionibus, Socinus conf. 236. vol. 2.* vbi prædictum *text.* ad hoc esse clarum ait, subscribit *Valasc. consult. 194. nu. 17.* vbi quod solo pacto rerum dominia transferri non possunt, 40 & quod prædicta lex exorbitat à regulis iuris communis, quatenus in donatione, alteri per alterum quæritur obligatio, & ideo ad actionem realem nequaquam extendi debere, *Barbosa supra num. 9. Tellus in loco citato, num. 2.* vbi cum *Coñar. supra num. 5. in princ.* hanc partem in terminis dictæ *l. 7.* defendit. *Matiens. supra numer. 21. Gom. numer. 26. plures citat. Melchior Phabus 1. part. decis. 81. num. 9.*

Ex quibus sic prænotatis aperte constat, prædictam sententiam de iure communi verissimam esse; quidquid contrarium illo iure inspecto, defenderint *Decius conf. 239. num. 8. Decian. lib. 1. conf. 31. num. 61. Peregr. d. art. 51. num. 17. Anton. Fabr. de erroribus pragmat. decade 48. error. 8. Noguero. allegat. 1. num. 63.* & plures alij, quos refert *Sanchez supra num. 2.* De iure tandem regio Decij opinio & sequacium, dubio procul admittenda est, prout agnoscunt contrariæ sententiæ affectæ, vt per *Coñar. dicto cap. 14. num. 5. in fin. Tellus numer. 2. ad fin. Suarez in l. quoniam, super leges regni, fol. 342. Valasc. d. consult. 194 n. 20.* vbi quod prædicta *lex 7.* ad hoc est pulchra, & aurea; sequitur *Barbosa in loco supra citato num. 11.* vbi licet de iure communi contrarium firmet, cum hac tamen transit attento iure regio, *Molina supra lib. 3. cap. 12. num. 3. Gregor. Lopez in d.l. 7. verbo ganarian.* vbi ad hoc illam legem commendat. *Dom. Castillo lib. 5. controuers. cap. 68. pers. quatenus, Mierex de maioratu 1. p. q. 24. num. 6. Molina disput. 3. col. 39. Hermosilla in l. 2. tit. 4. par. 5. glossa 3. num. 9.* iudicatum pro haq



hac parte refert Phabus supra in fin. Egid. in l. ex hoc iure 2 part. cap. 2. differentia 5, nu. 6. in fine.

42 Qua retenta, quæstionis superioris ad concursum creditorum redacta facilis erit resolutio. Cum enim ex hac donatione secundo donatario actio realis reuendicationis competat, adimpleta conditione, qua res ei donata fuit, aut aliàs cedente die quousque dona-

tio fuit facta; consequens erit, vt si res ipsa sic donata per primum donatarium fuerit hypothecata, aduersus quam forte instant creditores, semper secundi donatarij causa in cōcursu prior erit, quia scilicet hypotheca illa sic constituta extincta, & resoluta dicetur, vt in terminis dictæ l. quoties, resoluit in specie Hermosilla in l. final. titul. 5. part. 5. glossa prima, num. 18.

## S V M M A R I A.

- 1 Regula superius constituta habet locum aduersus creditores, quibus res qua lesionis ultra dimidium iusti pretij vitio laborat, hypotheca nexu fuit astricta.
- 2 Pars negatiua ostenditur.
- 3 Referuntur fundamenta, quibus pars negatiua tueri potest.
- 4 Prior sententia admittitur, & contrarijs respondetur.
- 5 Intelligitur superior resolutio, nisi creditores velint supplere iustum pretium.
- 6 Excitatur quæstio, an electioni de qua in l. 2. C. rescind. sit locus quando dolus venditioni causam præstitit.
- 7 Pars negatiua adducitur.
- 8 Si dolus venditioni causam præbet, nulla remanet venditio.
- 9 Pars affirmatiua ostenditur.
- 10 Contractus emptionis, & venditionis, habet suam substantiam, si in eo interueniant res pretium & consensus.
- 11 Sine consensu nulla conuentio subsistere potest.
- 12 Definitio doli præmittitur.
- 13 Dolus formalis, vel versatur circa substantialia, vel circa accidentalia.
- 14 Dolus qui versatur circa substantiam actum vitiat.
- 15 In contractibus bonæ fidei dolus contractui causam præbens, etiam in accidentalibus contractum vitiat.
- 16 Redditur ratio differentie inter contractus stricti iuris, & bonæ fidei.
- 17 Dolus incidens in contractum nequaquam vitiat illum.
- 18 Ratio huius conclusionis pungitur.
- 19 Traditur differentia in dolo dante causam contractui, quando versatur circa substantia, & circa accidentalia.
- 20 Quod alicuius favore introductum est, in odium illius non retorquetur.
- 21 Titulus C. si vendito pignore agatur, explicatur.
- 22 Fraus in re vendita tripliciter contingere potest, & quæ ista sit ostenditur.

- 23 Textus in l. 1. C. de prædijs decurionum, explicatur.
- 24 Si dolus venditioni causam præbens versetur circa substantiam, contractus annullatur etiam si velit is qui dolum patitur.
- 25 Explicatur text. in l. Iulianus, §. venditor, ff. actionibus empti.
- 26 Text. in l. si dolo, C. de dolo, exponitur.
- 27 Quæstio præcedens ad propositum applicatur.
- 28 Si lesio enormissima interueniat, creditoribus electio non competit ad rem restituendam.
- 29 Id ipsum in re habita à minore resoluitur.
- 30 Excitatur quæstio, utrum si creditores velint rem restituere, fructus etiam restituere teneantur.
- 31 Pars negatiua in fauorem creditorum ostenditur.
- 32 Fructus ad eum pertinent, qui dominus est.
- 33 Bonæ fidei possessor ex re aliena fructus suos facit.
- 34 Emptor restituens rem ex pacto præcedenti, fructus restituere non cogitur.
- 35 Praxis admisit, vt in remedio lesionis ultra dimidiam, fructus non restituantur.
- 36 Pungitur secunda sententia præfata contraria.
- 37 Fructus veniunt, quoties peto id quod fuit meum.
- 38 Aliud fundamentum in fauorem prædictæ sententiæ adducitur.
- 39 Text. in l. 1. C. si maior factus hanc sententiam probat.
- 40 Tertia sententia pungitur.
- 41 Fructus restituendi sunt habito respectu ad interesse, de quo in l. curabit, C. act. empti.
- 42 Pars negatiua qua creditoribus fauet, admittitur.
- 43 Resolutio superior ampliatur etiam ad casum, quo venditio iudicis decreto interueniente celebratur.
- 44 Text. in l. 2. C. de fide instrumentorum, & iure



- iure hastae fiscalis lib. 10. pro hac sententia ponderatur.
- 45 Si hac ampliatio vera non esset, sequeretur, quod ubi venditio rei minoris fieret cum decreto, restitutio in integrum impediretur: quod tamen falsum est.
- 46 Idem esset in Ecclesia, quia restitui non deberet.
- 47 L. 1. tit. 11. lib. 5. recopil. pro hac sententia applicatur.
- 48 Contraria sententia ostenditur.
- 49 Prima admittitur, & contrariis responsum assignatur.
- 50 Praecedens sententia declaratur, ni emptor fuerit ad emendum compulsus.
- 51 Intellegitur nisi iudex rem in solutum ad iudicauerit.
- 52 Quod etiam declaratur, si debitor simpliciter creditori rem in solutum dederit.
- 53 Extenditur etiam resolutio principalis in diuisione hereditatis.
- 54 Et in diuisione per sordes facta.
- 55 Contraria sententia expenditur.
- 56 Concordia remittitur.
- 57 Ampliatio extenditur etiam ad contractum emphyteusis.
- 58 Adducuntur fundamenta pro hac sententia.
- 59 Contraria sententia ostenditur.
- 60 Emphyteusis contractus est stricti iuris.
- 61 Pensio, qua soluitur in emphyteusi, non persoluitur pro pretio, neque pro mercede, sed soluitur in recognitionem domini directi.
- 62 Prior sententia admittitur.
- 63 Quid sit in censu resoluendum remissive.
- 64 Ampliatio superior procedit in re vendita per procuratorem.
- 65 Licet contrariam sententiam nonnulli defendant prima vera est.
- 66 Si debitor communis non erat primus emptor, sed possessor, creditores a re restituenda obligati manent.
- 67 Declaratur praecedens resolutio, quando tertius possessor, & sic debitor communis, emit rem iusto pretio, & ignorabat vitium, quo res vendita laborabat, quia tunc creditores rem restituere cogantur.
- 68 Hac declaratio subintelligitur, si primus emptor non sit soluendo, vel non potest a debitor conueniri.
- 69 Et quando tertius habuit rem titulo lucratiuo, vel aliis iniusto.
- 70 Et quando idem tertius licet haberet rem titulo oneroso, & iusto pretio, sciuit rem venditam fuisse auctori suo cum laesione.
- 71 Idem erit, si venditor sciret verum valorem rei venditae, quia praesumitur remississe maiorem valorem.
- 72 Procedit etiam quando vendens expressè donat eam quantitatem, qua iusto pretij dimidium excedit.
- 73 Et quando grauatus est à testatore rem vendere, certo designato pretio.
- 74 Et quando interpositum fuerit iuramentum.
- 75 Et quando remedio laesionis renunciatum fuerit.
- 76 Declaratur nisi renūciatio facta fuerit à minore, rustico, aut femina.
- 77 Et si lapsus fuerit quadriennium, à die laesionis connumerandum.
- 78 Procedit siue agatur per viam actionis, siue etiam per viam exceptionis.
- 79 Res, per metum extorta rescissionis remedio, aetione quod metus causa, è concursu creditorum resolutis hypothecis super ipsa contractis vendicatur.
- 80 Intellegitur, siue is, in cuius fauorem contractus celebratus fuerit, metum intulerit, siue alius.
- 81 Quilibet metus non sufficit ad rescindendum contractus per metum celebratos, sed talis esse debet, qui cadat in constantem virum.
- 82 Quando dicatur metum cadere in constantem virum, ostenditur.
- 83 Creditores possunt repetere pretium rei, qua per metum fuit vendita.

De remedio laesionis ultra dimidiam iusti pretij, quod competit venditori aduersus creditores, quibus res vendita hypothecata proponitur: & An precise res vendita sit restituenda quando delus venditioni causam dedit, vel venditor enormissime laeditur: & Vtrum si creditores potius velint supplere iustum pretium rei venditae, fructus perceptos restituere cogantur: & de alijs questionibus ad explicationem l. 2. C. rescind. venditione, & in l. 566 tit. 5. part. 5. eleganter differitur, & plena manu hic disceptatur.

#### AMPLIATIO QUINTA.



AMPLIATIO quinta, vt ius illud resolutiuum, de quo in praefatione supraposita, procedat, & habeat locum aduersus creditores, quibus res vendita hypothecata proponitur. Nam si venditor remedium laesionis ultra dimidiam iusti pretij, de quo in l. 2. C. rescind. vend. in concursu creditorum intulerit, res ipsa ab hypothecis libera ad ipsum metum



met venditorem redire debet, tradit Bald. in d. l. 2. num. 19. q. 13. ubi Salicetus q. 15. Paulus num. 11. Cremenfis num. 18. post Alexandrum Alciatum, Negusantium, & alios. quos refert, & sequitur Pinellus in d. l. 2. part. 2. cap. 3. num. 11. eleganter Gut. in tractatu de gabellis, q. 12. num. 2. Mantica de tacitis, & ambiguis conventionibus lib. 11. tit. 31. ex numer. 7. Hermosilla in l. 67. tit. 5. part. 5. glossa 1. nu. 8. & 9. Carroccius de locato titulo de usufruct. quest. 52. pag. 83. Noguerol. allegat. 14. num. 116. Garzia de hypotheca post contractum, num. 25.

Oppositum tamen tuentur Bart. in l. si res ff. quibus modis pignus, vel hypotheca soluitur, & in l. in diem. & ibi Cumanus, ff. de aqua pluuiæ, Felicianus de censibus tom. 1. lib. 2. cap. 4. num. 14. Gregor. Lopez in d. l. 56. verbo desamparar. Surd. decis. 286. num. 22. & in tractatu de alimentis tit. 9. quest. 42. num. 10. Fulgos. in d. l. si res. Tiraquell. de retract. s. 3. glossa 1. num. 11. mouentur quia in hac specie emptor (alias creditores) rem venditam voluntariè restituere videtur, quippe quod eam supponendo, iustum pretium retinere libere posset.

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

His tamen non obstantibus ab ampliacione non recedas. & ad primum fundamentum responde, quod restitutio quæ fit in prædictis terminis, non potest dici voluntaria, cum in ea agatur ex actione in iudicio, & sententia: quæ quidem omnis in inuitum dantur. l. inter stipulantem, §. sacram, ff. de verborum obligat. (illic) Iudicium autem etiam in initium redditur. nec actus voluntarius erit nuncupandus, ex quo datur necessitas etiam si ex duobus rebus alternatiuè debitis electio conuento datur; vt ex Tiraquell. tradit Pinell. supra nu. 13. in fine.

Ad secundum dic, quod tamen actio realis potentior sit quam personalis, & illi cedere debeat: in hac tamen specie diuersum procedit, quia illa exponitur periculo ex dispositione iuris finito iure obligantis ob causam anteriorem, vt probatur ex generalitate tex. in l. lex vecligali, ff. de pignoribus. sic Pinellus in loco supra citato num. 15. quibus adde quod prædictæ hypothecæ nedum resoluuntur quando res vendita in iudicio restitui iubetur, sed etiam si extraiudicialiter restituatur agnita bona fide per emptorem, Hermosil. in d. l. 67. glos. 1. nu. 10. Surdus de alim. d. tit. 9. quest. 42. numer. 23. Pinellus supra numer. 18. Garzia num. 27.

Hæc autem intelligenda sunt, nisi creditores potius velint supplere iustum pretium, iuxta terminos d. l. 2. & in d. l. 56. ubi emptori deci-

6 pienti hæc electio conceditur, tunc enim res ab eisdem retineri potest. Sed an hæc electio competat quando dolus dedit causam venditioni, an præside res restitui debeat, vtiliter in proposito hæsitari poterit.

In quo partem negatiuam quæ creditoribus aduersatur, tuentur Egidius in l. ex hoc iure, 1. part. cap. 8. num. 103. & est gloss. communiter recepta in l. penult. C. si vendito pigno. fatetur, post alios vulgatissimam, & receptissimam sententiam Pinell. in d. l. 2. part. 2. cap. 2. num. 13. ubi Cagnolus à num. 17. affirmat communem apud vtriusque iuris professores. Berous in c. cum dilecti de empt. & vendit. num. 57. quorum potissimum fundamentum in eo inniti videtur. Etenim quando dolus venditioni causam præstitit, nulla remanet venditio, quemadmodum & cæteræ bonæ fidei conventiones, vt probat tex. in l. & eleganter, ff. de dolo, ubi glossa magna, & magistralis hoc tradit in omnibus bonæ fidei conventionibus. subscribunt Bart. illic num. 4. quo loco ait, (mihi videtur quod glossa nostra dicat puram veritatem) glossa in l. si dolo. §. iuncto text. ibi, C. rescindenda vendit. glos. verbo, deceptione in d. cap. cū dilecti, Padilla in d. l. 2. num. 6. & ibi Pinell. cap. 2. part. 2. numer. 11. Felicianus de censibus lib. 1. cap. 3. nu. 8. Molina lib. 2. de primogenijs, cap. 3. num. 14. Zuallos comm. lib. 1. quest. 226. num. 1. Gama decis. 289. Gail. lib. 2. præf. obseruat. 2. num. 6. Sarmien. selectarum lib. 3. à princip. Gom. tom. 2. var. cap. 2. num. 21. Egidius d. loco num. 93. Couar. lib. 2. var. cap. 4. num. 11. in fine & in regula possessor. 2. part. §. 6. num. 6. Valasc. de iure emphyt. quest. 5. num. 9. Molin. de iustitia, & iur. disput. 352. nu. 7. Dom. Præses Valenzuela Velasquez cons. 180. num. 34. Cum ergo in hac specie venditio nulla sit, proculdubio transire videtur, vt res præcisè per creditores restituenda sit; ita vt electioni, de qua in d. l. 2. locus non fiat; cum iure receptissimum sit, electionem nunquam dari in quadam re præcisè, sed saltem inter duo, argum. tex. in l. si fundus, §. eleganter, ff. de lege commissoria.

9 Oppositum tamen, & sic in fauorem creditorum, expendi potest, quod in prædictis terminis venditio valida est, atque ita prædictæ electioni locus esse poterit, cui fauet tex. in l. Iulianus, §. si venditor. & §. per contrarium, ff. actionibus empti. quibus in locis actio ex empto, vel vendito, tribuitur, quantuncunque dolus in contractu interuenerit. adde tex. in l. 12. tit. 5. part. 5. sed actiones ex empto, & vendito, ex contractu inualido competunt, vt voluit Bart. in d. l. & eleganter num. 7. Berous d. loco num. 28. igitur contractus in prædictis terminis sustinetur, & consequenter creditoribus electio competit.

Deinde prædictæ sententiæ suffragatur sequens argumentum: Si in contractu emptionis, & venditionis interueniant substantialia requisita, quibus perficitur, hoc est, res, pretium, & consensus, de quibus in l. 1. ff. de contrab. empt. l. 1. ff. de pactis, §. pretium, institutis de empt.



*empt. & vendit. Bald. in l. in vendentis, C. contrah. empt. num. 2. Egid. in l. ex hoc iure, cap. 8. num. 85. propter dolum, & sic causam extrinsecam, talis contractus nullitatis vitio subiacere non debet, argumento tex. in l. dolo, C. inutilibus (illic) Actio quidem nascitur. & in l. si quis cum aliter ff. de verborum obligation. quando vero dolo venditioni causam praestitit, causa extrinseca tantum interuenit: igitur nullum datur impedimentum, propter quod illius contractus validitas impediatur.*

Neque negotium faceffit ex aduerso ponderari, quod cum per talem dolum consensus (si deficiat) defectum operetur; qui quidem sicut in venditione, sic & in ceteris contractibus pro substantia desideratur. *d. l. 1. vers. fin. ff. de contrahend. emptione. l. obligationum substantia, ff. de action. & obligat. l. 1. ff. de pactis. Bald. in d. l. in vendentis, num. 2. ff. de contrahend. empt. Egid. d. cap. 8. num. 8. Valase. consult. 64. num. 5. Felician. de censibus lib. 1. cap. 1. num. 12. Mirum videri non debet, si contractus nullus sit, & per consequens praedictae electioni locus fiat. Argumentum namque defendes, si perconteris quare & quomodo dolum in contractu stricti iuris talem effectum non operetur, neque item per illum deficiat consensus, cuius tamen defectus talis est, vt sine eo nulla penitus conuenticio sustineri valeat, vt probant iura paulo ante adducta. Vnde si verum est, quod dolum in contractibus stricti iuris non impedit quominus mero iure valeant, ita vt in eisdem consensus defectus non operetur; cur in contractibus bonae fidei eundem effectum operari non debet? Igitur praefati argumenti vis non tollitur.*

Tandem praedictam sententiam efficaciter probat *d. l. si dolo*, si in vera & propria significatione accipiatur verbum illud *rescindi*, quod sane actus validitatem supponit, argumento *l. 2. cum multis similibus, ff. de iniur. & rupto. & hanc sententiam, videlicet, quod per dolum dantem causam contractui bonae fidei, contractus non irritetur*, tradunt *Petrus & Ultramontani*, quorum meminit *Bart. in l. sub praetextu, C. de transact. Berous ubi proxime*. Igitur in hac specie praedictae electioni locus aperitur, & consequenter creditores ius suum, supplendo pretium, tueri poterant.

At non est recedendum a priori sententia; pro cuius vera resolutione, & praedictorum concordia notare oportet, quod dolum malus, est calliditas, seu machinatio fraudolenta, ad circumueniendum alterum adhibita; meminit huius definitionis *Vlpianus in l. 1. §. 1. ff. de dolo. Egid. d. cap. 8. num. 95. Fagundez de iustitia lib. 1. cap. 3. num. 1.* Dixi, malus, ad differentiam alterius doli, qui bonus etiam dicitur; qui quidem ille est, qui citra vllum mendacium iustis cauillationibus ad aliquod bonum principaliter exercetur, de quo exempla habentur in *cap. afferre, de praesumpt. cap. veniens, ubi glossa de conuersione coniugatorum*, notant *Siluest. verbo culpa, num. 1. Fagund. de iustit. lib. 1.*

*cap. 3. num. 1.* Dolus malus, vel est formalis, formalem scilicet comprehendens machinationem, & deformitatem; vel materialis, seu re ipsa contingens citra machinationem formalem in malum finem adhibitam, tradunt *Sanchez de iuramento cap. 10. n. 2. Fagund. d. loco. n. 2* cui quidem dolo lex solummodo succurrit, quando quis deceptus fuit laesione intra dimidiam iusti pretij, iuxta text. *dicta l. 2. & in d. l. 56.*

In eo vero, in quo formalis machinatio comprehenditur, distinguere oportet. Vel enim venditioni causam praestitit, vel incidens fuit in contractum. In priori subdistingendum erit; vel enim circa substantialia versatur; vel circa accidentalia. Si in substantialibus detur, ex natura rei actum viciat, quia scilicet actus, seu contractus neque per momentum subsistere potest sine sua substantia. *l. Julianus, §. si quis rem (illic) mutata forma, ff. ad exhibendum, iuncto text. in l. 1. §. 1. (illic) quasi nunc datum, ff. delegat. 3. & in l. inter stipulantem, §. sacram, ff. de verborum obligat.* quibus iuribus habetur, quod defectus in substantia sic annullat actum, vt nunquam conualescere dicatur, etiam si res perueniat ad casum, a quo incipere poterat, notant *Molina de iustitia tom. 1. d. sput. 259. Bonacina de contractibus in genere disput. 3. quest. 1. punct. 2. §. 1. Fagund. d. tract. de iustitia lib. 1. cap. 3. num. 5. Lessius de iustitia tom. 1. lib. 2. cap. 17. dub. 5. nu. 27. Sanchez de matrimon. lib. 2. disput. 18. nu. 22. & disput. 36 num. 3.* Quapropter si in specie huius ampliationis aliquis emere intendat fundum Toletanum, alius vero per dolum vendat fundum Hispanum, venditio nulla iudicatur, quia dolum datur in substantia, vt tenent modo citati. Non sic dicendum, si dolum circa accidentalia versetur: nam si respiciat accidentia, quae de necessitate ad actum non desiderantur, contractus sustinetur, *l. si in emptione 34. ff. de contrahenda empt. Molina supra disp. 351. §. illud Bonacina d. loco disp. 3. art. 1. punct. 1. §. 9. num. 3. Mantica de tacit. & ambig. lib. 2. tit. 9. Fagundez de iustitia lib. 1. cap. 3. nu. 11.* intelligendo tamen, ni contractus bonae fidei dentur; quia in illis si dolum causam contractui dederit, etiam in accidentalibus nullius sunt momenti, *l. 3. ff. pro socio, cum similibus.*

Diuersum procedit in stricti iuris conventionibus: quia si dolum eis causam dederit, mero iure sustinentur, quanquam doli exceptione rescendantur. *l. si quis cum aliter, ff. de verborum, l. dolo, C. de inutilibus stipulat.* Rationem discriminis in eo positam esse tradit *Bald. ibi cap. 1. de plus petitionibus*, quia contractus stricti iuris a iure civili inuenti reperiuntur; vnde cum ab eo iure auctoritatem, & efficaciam recipiant, eum tantum consensum desiderant ad ipsorum validitatem, qui praestatur iuxta ea quae a partibus exprimuntur. At vero in contractibus bonae fidei contrarium seruatur; nam cum a iure gentium descendat, talem consensum desiderant, qualem aequitas ab



ab illo iure introducta exposcit; quod profecto nullam dolosam, vel meticulosam coactionem admittit, usque adeo, ut etiam iuramento huiusmodi contractum non firmari, ex *Padilla in d. l. 2. voluerit Gutierrez de iuramento confirmatorio, 1. part. cap. 37. num. 12. subscribat Egidius in d. l. ex hoc iure, 2. part. cap. 12. different. 3. num. 6.*

Si vero dolus in contractum inciderit, qui tunc in contractum cadere dicitur, quando ex contrahentibus alteram contrahere paratum, ac volentem, in re, vel pretio fallaciter laedit, ut in *l. si quis affirmaverit, & ibi glossa, ff. de dolo. d. l. Iulianus, §. si venditor*, tunc contractus, seu venditio sustinetur, laesioque ex eo dolo sequuta, per actionem ex eodem contractu resarcitur, seu reparatur. *d. §. si venditor, ita glossa magna communiter recepta in d. l. & eleganter, tradit Abbas, & Canonista in d. cap. cum dilecti, Couar supra num. 11. Mantica de tacitis, & ambiguis lib. 1. tit. 9. num. 90. Menochius de arbitrarijs casu 398. num. 19. Egid. d. cap. 8. num. 102. communis ex Gom. 2. tom. var. cap. 2. num. 21. Molina de iustitia disput. 352. conclus. 4. Cagnolus in d. l. 2. n. 16. C. rescind.* Ratio praedictae resolutionis in eo consistit, quia per huiusmodi dolum non tollitur consensus contrahentium circa substantiam, sed circa accidentia, seu qualitates maioris, seu minoris pretij; & sic non ut venderetur, sed ut minori pretio distraheretur, vel ut res vitiosa acciperetur; ac subinde nulla ratio suadere potest, ob quam contractus, in quo substantialia non deficiunt, irritus maneat; atque ita solummodo agi potest ad reparandam laesionem actione ex eodem contractu, *d. l. si quis affirmaverit*, quamuis enim dolus ille inuoluet conditionem, sine qua actus non fieret, cum tamen non sit causa proxima, & immediata, idcirco contractus sustinetur.

Ex qua resolutione colliges differentiam inter dolum circa accidentalia contractus, & inter illum, qui substantiam respicit; ita ut ille sustineri debeat, hic vero nullum effectum producere possit. Ratio differentiae constat ex supra resolutis circa vnum, & alterum dolum; quia scilicet iste respicit substantiam, sine qua actus nec per momentum subsistere potest; ille vero accidentalia, quae de necessitate ad actus validitatem minime desiderantur, ut sat euincunt text. in *dicta l. Iulianus, §. si quis rem, & in dicta l. si in emptione*, & notant *Bonacina, Fagundes, Sanchez, Mantica, & alij supra citati*.

Vnde ex praedictis etiam consequitur alia notabilis differentia in dolo dante causam contractui; quando scilicet circa accidentia, vel circa substantiam illius versatur; quo casu, saltem ille, qui bonae fidei fuerit (ut supra diximus) nullus redditur; nam si accidentia respiciat, & laesus voluerit, ut potius contractus sustineatur, valebit quidem in odium dolosi, quia tunc cessat aequitatis ratio, qua illius contractus nullitas fuit inducta: patet, quia nullitas haec aequitate suadente, & dolum

passi causa, & favore introducta fuit; sane quod alicuius favore introductum est, in illius odium retorqueri non debet. *cap. quod ob gratiam, de regul. iuris in sexto*. Igitur nullitas haec a voluntate dolum passi pendere debet, quemadmodum & pendet venditio facta sub pacto legis commissoria a voluntate venditoris, *l. si fundus, §. 1. l. post diem, ff. de lege commissoria*, quam sententiam in praefata specie tenuit *glossa in d. l. & eleganter*, cui ibidem subscribit *Bart. num. 6. sequuntur Rebellus de obligat. iustitiae lib. 1. par. 3. quaest. 6. num. . . Egid. supra numer. 96. Molina disputat. 259. num. 3. Mantica lib. 1. tit. 9. num. 25. citatis locis.*

Ex quibus etiam communiter inferri solet declaratio ad *titulum, C. si vendito pignore agatur*: ut dato casu, quo debitor laesus possit reuocare additionem pignoris, maneat in illius electione, vel petere satisfactionem damni, vel aduersus additionem venire, ut probat *text. in l. penult. C. si vendito pignore*. subscribit *Rebuffus in in tit. de literar. obligat. art. 5. glossa 6.* qui in id expendit legem, si ex causa, *ff. de appellat. licet perperam ab eo dissentire videatur Azuned. in l. fin. tit. 2. lib. 4. recopilat. num. 139. adde l. 12. tit. 5. part. 5. & l. 47. tit. 15. part. 3.*

Circa quae obiter aduertendum est, quod fraus, quae committitur in pretio pignoris venditi, aliquando potest provenire ex parte vendentis, & ementis; aliquando vero ex parte emptoris tantum; aliquando denuo solum ex parte vendentis. In priori casu distinguendum est inter pignus venditum a priuato, & illud quod a fisco creditore venditum proponitur: priori membro debitor laesus poterit agere aduersus ementem, seu vendentem, qui de fraude participauerit, *d. l. penult. C. si vendito pignore*, dum tamen seruetur ordo praescriptus a *l. 1. in 2. responso, C. illo titulo*, quasi prius venditor debeat conueniri, & postea emptor doli particeps, ita *glossa in d. l. penult. verbo possessionem*, quem sequitur *Negusan. de pignoribus, 6. part. membr. 1. num. 26. Cagnolus in d. l. 2. num. 211. vbi Pinellus 2. part. cap. 2. num. 3. Cald. de extinet. cap. 4. num. 7. nouissime Anton. de Nigris in tractatu de subhaest. cap. 8. §. 3. num. 8.*

In secundo membro huius distinctionis, quando scilicet pignus venditum fuit per fisco creditorem, resoluendum est, nequaquam ordinem prioritatis seruandum esse, sed electionem laeso, & sic debitori, dandam esse vtrum malit eligere, vel aduersus officia em experiri, vel alias agere contra emptorem qui per fraudem emit, de quo vide *Barbosam in l. 1. C. praescript. 30. vel 40. annorum, num. 69. Anton. de Nigris vbi supra*.

In secundo casu, quo dolum ex parte emptoris provenire diximus, venditio pignoris facta a fisco reuocatur, ut probat *text. in l. 1. C. de praedijs decurionum*. Nam licet text. ille loquatur in emptione illius, qui mala fide pignus emit a fisco, idem tamen admittendum erit



erit in quacunque pignoris venditione facta à priuato, vt deducitur ex *text. in d. l. 1. C. si vendit. pign.* quia qui à priuato creditore mala fide emit, emit à non domino interueniente dolo emptoris, quo casu reuocatur venditio; & ita nil speciale proponit text. ille in fisco, vt colligitur ex *l. empto, ff. de rei vendicat.* nec subinde competit actio aduersus venditorem, qui bona fide vendidit, vt deducitur ex *toto titulo, C. si vendito.* Idemque erit dicendum, si quis venderet tanquam creditor; quia actio euietionis pro pretio aduersus ipsum non competit, vt per *totum titulum, C. creditorem euiet. pign. l. cum ea, §. 1. ff. de euiet. resolut.* Faber de erroribus pragmat. decad. 1. errore 10. licet contrarium iudicatum dicat Dominus Ioannes Baptista de Larrea decis. 75. num. 7. subscribit Guzman de euietionibus, q. 47. nu. 19.

In tertio casu adhuc distinguendum est inter venditionem factam à priuato; & illam, quæ fit à fisco. Priori membro, si dolus ex parte vendentis descendat, cuius tamen emptor particeps non fuit, vt euenit in terminis *text. in l. qui fundum, ff. pro emptore*; tunc pignoris additio non reuocatur; sed aduersus venditorem læsus agere poterit vt sibi resarciatur damnum inde proueniens, vt colligitur ex *d. l. 1. in primo responso, C. si vendito pignore, glossa in d. l. 1. verbo inferenti.* Anton. de Nigris d. §. 3. num. 9. In secundo membro distinctionis aliter se res habet; etenim licet emptor fraudem non commiserit, sed solus venditor, qui per dolum gratiam in pretio facere voluit, venditio in totum reuocatur, quia in totum nulla est, vt probat *text. in l. 2. C. de fide instrumen. glossa verbo fraude, in d. l. 1. ubi Bart. num. 8. Platea num. 5.* Quibus adde, quod facta secunda licitatione, ex augmento pretij, prima resoluitur, & dominium ad debitorem redit ante additionem factam, ita *Barbosa in l. diuortio 2. p. in princ. num. 89. Capic. decis. 36. num. 3. Dominus Ioannes Baptista de Larrea decis. Gran. 76. num. 14.*

24 Quod si dolus in specie superius posita venditioni causam præbens circa substantialia versetur contractus etiam, volente eo, in cuius fauorem nullitas emanauit, nullo modo sustineri potest. Ratio est, quia, vt alibi diximus, nullus consensus potens est validum efficere contractum, in quo aliquid substantiale defuerit, propter contradictionis implicationem, quæ ibidem inuoluitur: quinimo, si ex postfacto ratificatio, seu nouus consensus interueniat, contractus ille prout ex nunc effectum operari debet, nullo habito respectu ad id quod præcessit, vt probat *text. in l. 1. §. 1. (illic) quasi nunc datum, ff. de legat. 3. l. inter stipulantem, §. sacram, ff. de verborum. expendit Cald. de extinet. cap. 10. num. 55. iunctis traditis per Casttrum decis. Lusitan. 36. numer. 4. decis. Dolan. 105. numer. 10. Anton. Fabr. in rationali ad legem, rem alienam, ff. de pignorat. act. Dom. Præsidentem Valenzuela cons. 177. num. 66.* Quæ quidem ratio minime reperitur quando contractus fuit nullus, non propter defectum substan-

tiæ, sed ex alio capite; vel circa accidentalia; quia tunc non tollit quin is, in cuius fauorem nullitas emanauit, eidem renunciet, vt supra resoluitur.

25 Quibus sic peroratis, in contrarium adducta nihil efficiunt. Non primum, ex *text. in d. §. si venditor.* Dupliciter namque responderetur: primo, quod text. ille loquitur de dolo dante causam contractui, accidentia illius non vero substantiam respiciente, iuxta differentiam superius tactam; cuius validitas ex voluntate dolum passim pendet ex supra resolutis: ac proinde in terminis illius text. data contractus validitate, cuius nullitas in fauorem læsi, æquitate suadente, fuerat introducta, merito emptori datur electio ad agendum actione ex empto, hoc est, ad resarciendum damnum, si potius ei intersit: Sed hoc non tollit buin etiam de nullitate agat, si potius malit eam in iudicium deducere. Ex qua explicatione colliges intellectum ad *legem rem alienam, ff. de contrabenda.* quatenus illic deciditur rei alienæ venditionem validam esse, licet alias in præiudicium domini ita nulla sit, vt eam legitimè vendicare possit: ex eo enim illic deciditur validam esse venditionem quoad præiudicium vendentis, quia re euieta per dominum, tenetur de euietione; item quo ad præstandam causam vsucapiendi emptori, *l. clauibus, ff. eodem titul. l. 2. C. rebus alienis, explicat Barbosa in l. quæ dotis, ff. solut. matrim. numer. 161.* Vel secundo responde, quod text. ille loquitur de dolo incidente in contractu, qui potens non est ad vitandos contractus bonæ fidei. Quæ tamen explicatio licet communis sit, confundi videtur ex *text. (illic) vt sibi ea venderetur persuasit* atque ita apertè sentire videtur in prædictis dolum venditioni causam præstitisse.

Ad secundum concedens maiorem, negabis minorem: nam dato dolo in contractibus bonæ fidei, si eisdem causa præstetur, adest defectus in consensu, quem sanè ius gentium, & natura conuentionis desiderat, vt supra tetigimus: quare dato defectu in consensu, iure optimo irritatur. Diuersum seruatur in conuentionibus stricti iuris, in quibus etiam si dolo adfit, consensus non deficit, si ad illius naturam, & dispositionem iuris civilis attendamus. Ad ea vero, quæ in illo argumento replicauimus, patet solutio propter diuersam consensus qualitatem, quæ in illis conuentionibus requiritur, ad *text. in d. l. dolo, & in dicta l. si quis, eum aliter dic loqui in stipulatione quæ stricti iuris est.*

Ad vltimum, ex *text. in d. l. si dolo,* responde, verbum *rescindi*, de quo illic, intelligendum esse de facto, iuxta *glossam in eod. verbo* communiter receptam per citatos.

27 Liquet igitur ex hactenus dictis quod cum contractus emptionis, & venditionis, cui dolum causam præstitit, nullus sit, utique creditores, qui à communi debitore causam habent, præcisè rem restituere cogendos esse, nec electionem habere, de qua in *d. l. 2.* Quod etiam admittendum erit, si læsio enormissima in vendi-



28 ditione interuenisset: nam cum in ea præsumatur dolum re ipsa interuenisse, *l. si superstitite, C. de dolo*. & per consequens nulla remaneat venditio, iuxta supra resoluta, & expressè tenent *Cabed. 1. par. decis. 37. num. 5. Molina lib. 2. de primogenijs cap. 2. numer. 18. Dom. Ioannes Baptista Valenzuela conf. 148. nu. 68. Gama decis. 66. numer. 3. Gregor. Lopez in d. l. 56. in glossa fin. Egid. in d. l. ex hoc iure, c. 8. num. 107 Gab. Petr. de Castro decis. 19. nu. 3.* merito electio creditoribus denegabitur. Id

29 ipsum in re habita à minore dicendum erit: quia præcisè res cum fructibus restituenda est, cum restitutio illud habeat intrinsecū, vt rem reponat in pristinum statum, in quo erat antequam celebraretur contractus, *l. quod si minor, §. restitutio, ff. de minoribus, Pinellus in d. l. 2. 3 part. cap. 1. num. 21. Paulus in d. l. quod si minor. Fagundez de iustitia lib. 1. c. 12. n. 22. Gama decis. 212. Couar. lib. 1. variar. capit. 5. num. 11.*

30 Vtrum vero creditores, si in præfata specie rem eligant restituere, iu casibus in quibus hæc electio eis à iure permittitur, fructus etiam, seu illorum valorem, medio tempore ab emptore, seu debitore, à quo causam habent perceptos, restituere teneantur; merito dubitari potest. In quo tres reperio Doctorum præcipuas sententias.

Prima sententia docuit, emptorem, aliàs creditores, in præfatis terminis fructus restituere non teneri. Hanc tenuit *Padilla in d. l. 2. num. 11.* quo loco communem profitetur, & in praxi receptam: & quod tametsi contraria opinio in puncto iuris verior videatur, nihilominus tamen hanc tanquam equiorem, fori praxis admisit. sequuntur *Guttier. lib. 2. præfatarum, quæst. 134. num. 1.* vbi aduersus contrarium tenentes hanc partem magis probat *Zevallos comm. quæst. 763. num. 1.* plures quos refert, & sequitur *Pinellus in d. l. 2. part. 2. cap. 4. num. 1.* vbi ex alijs fatetur hanc partem receptam, & in praxi sæpius eam obseruari vidisse *Cald. de potestate eligendi, cap. 4. num. 10. Gama decisione 94. num. 2. Pater Rebello de obligationibus, iustitia 2. part. lib. 5. quæst. 16. sectione 2. à num. 16. Brito 2. part. rubrica de locato, §. 2. numer. 38. Gom. sibi contrarius 2. tom. variar. cap. 2. num. 24. Egidius in d. l. ex hoc iure, cap. 8. numer. 114. Parladorus lib. 2. rerum quotidianarum, cap. fin. 5. part. §. 16. num. 11.*

32 Ducitur hæc sententia primo ex notissimo iuris principio, quo cauetur, fructus ad eum pertinere, qui dominus est, *l. certum, C. rei vendicatione, §. ex diuerso, §. si quis à non domino instituit. de rerum diuisione*. In hac autem specie nemo inficiabitur, illum, cui res facta tradita, virtute contractus ad transferendum dominium habilis, eiusdem rei dominum esse; quamuis læsio ultra dimidiam interueniat, quæ non ponit defectum in substantia, sed tantum iniustitiam arguit circa æstimationem rei de qua agitur. Ergo probatur intentum

in fauorem emptoris, & consequenter creditorum.

33 Secundò, præfata sententia suadet ex regula à Iureconsulto tradita in *l. bone fidei, in princ. ff. de acquirendo rerum*. qua cauetur bonæ fidei possessorem, etiam ex re aliena fructus suos facere, subscribunt *glossa verbo eos, in l. emptor, ff. de rei vendicat. glossa 4. in l. diuerso eodem tit. iunctis traditis per Pinellum d. cap. 4. à num. 54. Couar. 1. var. cap. 3. num. 6. Gom. in l. 45. Tauri num. 106.* Inficiari autem non potest, emptorem, qui sine dolo rem emit, saltem in eo casu quo probabiliter ignorare potuit verum rei valorem, possessorem esse cum titulo, & bona fide; quanquam in emptione ultra dimidiam læsio contingat: igitur à restitutione fructuum emptor, & sic creditores excusari debent.

34 Tertiò, eandem sententiam fouet efficax argumentum: Quando emptor ex pacto præcedenti rem restituere cogitur, saltem mora non commissa, ad fructuum restitutionem nequaquam astringitur; à fortiori igitur eisdem restituere non tenetur is, qui citra vllam obligationem eligit rem restituere. Constat antecedens ex *l. 2. C. pactis inter emptorem*.

Tandem prædictis suffragatur, quòd praxis hanc partem recepisse videtur, vt testatur *Pinellus proximè num. 2:* quæ quidem apud suprema; & inferiora tribunalia sic inualuit, vt ab ea amplius recedi non liceat, argumento *text in l. filius. 14 (illic) sic inueni senatum censuisse, ff. de falsis, l. 1. C. quæ sit longa cõsuetudo, l. nam Imperator, ff. de legibus, l. 1. ad finem, ff. ad Sillanianum, l. 3. C. adificijs priuatis*. Atque ita, cum hæc sententia, & praxis sic in prædictis tribunalibus recepta sit, dubitari non potest veritate, & æquitate fulciri, & eam vbiq; seruandam, vt tradit *D. Castillo controuers. tom. 5. cap. 89. num. 5.* subscribit *Dominus Ioannes Baptista de Larrea decis. 33. num. 10. Flores de Mena in addit. ad Gam. decis. 228. Gregor. Lopez in l. 1. tit. 1. part. 1. gloss. 2.*

36 Secunda sententia præfata penitus contraria est, atque ita, vt facta electione res cum fructibus restituenda sit. Pro qua ponderari solet, quod fructus veniunt quoties peto id quod fuit meum, iuxta *text. in l. videamus, §. si actione, ff. de usuris*, iunctis traditis per *Socinum in l. pacta que contra, C. de pactis, num. 3.* hic autem venditor, dum propter læsionem intendit rem recuperare, petit rem que fuit sua, & ex consequenti rei natura postulat, vt fructus insimul recuperet, prout est de natura intrinseca restitutionis, *d. l. quod si minor*. Igitur emptor, seu aliàs creditores, fructus restituere tenentur.

38 Secundo, in fauorem huius sententiæ sic argui potest. Si ex causa de præterito, quæ aliàs ab initio inheret, eo tempore quo venditio fuit celebrata, illa forte rescinditur, fructus, quos emptor recepit restituere cogitur: inficiari autem non potest, quod si remedium læsionis in-



rentetur, & venditio rescindatur, ex causa de præterito proueniat: igitur fructus, quos emptor ab eo tempore recepit, à fortiori restituere tenebitur. Maior huius argumenti constat ex *l. Imperator 12. ff. de in diem addict. l. lege, ff. de lege commissoria, l. quod si nolis, in fin. ff. de adilitio edicto.* Minor patet. Igitur.

- 39 Tertio hanc partem efficaciter probare videtur *text. in l. 1. C. si maior factus ratam habuerit* (illic) *possessionem cum fructibus restituere.* pungit *Zeuallus comm. 9. 336. num. 17.* & illum text. ad hoc incognitum dicit *Costa in l. Gallus, §. & quid sit tantum, 2. part. à nu. 74.* qui ibidem in hanc sententiã considerat differentiã inter restitutionem gratiæ, & iustitiæ; ita ut licet regulariter in restitutione gratiæ fructus non veniant, secundum communem, quam ibi citat *Costa, & in id ponderat cap. ad nostrã de rebus Ecclesiæ.* in restitutione tamen iustitiæ utriusque venire debent, ut sic in integrum fiat restitutio, *d. l. videamus, §. in Fauiana, ff. de usuris.* planè restitutio quæ descendit ex remedio *d. l. 2. de iustitia est:* Igitur in ea fructus venire debent. Propter quæ & alia fundamenta, quæ videre licet ex citandis, hanc sententiam tuentur plures, quos citat *Zeuallus supra num. 17. Matiens. in l. 1. tit. 1. lib. 3. recop. glos. 5. nu. 11. Couar. lib. 2. var. cap. 3. nu. 9. Garzia de nobilitate, glos. 6. §. 1. num. 8. Costa d. loco num. 91. Menchaca illustrium, cap. 38. num. 1. & cap. 71. num. 2. Gom. in l. 70. Tauri, num. 29.*
- 40 Tertio loco alij nec vnã, nec aliam ex supradictis admittentes, in eam sententiam abire; ut scilicet distinguendum sit inter fructus perceptos, qui pro rata respondeant pretio, quod plus æstimationis res vendita habebat: & inter eos qui pretio recepto adæquantur; atque ita, ut priores emptor restituere cogatur, si forte rem restituere eligat, posteriores vero nequaquam: ex eo quia isti trahi debent, & compensari iuxta interesse de quo in *l. curabit, C. actionibus empti.* Quam distinctionem admittere videtur *Matiens. in d. glossa 5. num. 15.* vbi dicit quod si casus eueniret, sic ipse iudicaret. *Berous in d. cap. cum dilecti, num. ult. Gattier. d. quaest. 134. in fine. Zeuall. quaest. 336. num. 17. Gregor. in d. l. 56. glossa desamparar. Pinellus d. cap. 4. num. 3.* pro quibus ponderari possunt quæ contra alios tradit *Menchaca illustrium cap. 58. num. 1.* quo loco ait, quod si facta per patrem donatione inofficiosa, quæ aliàs propter inofficiositatis vitium reuocari debet, restitutio illa cum fructibus, qui respondeant ei quantitati, ob quam inofficiosa extitit, peragenda erit, argument. *text. in l. ultim. §. ultim. ff. de fundo dotali.*
- 41 Ex quibus omnibus constat præfatam questionem dubiam, & ancipitem redditi; tu vero sententiam negatiuam, quæ habet, fructus venditori nequaquam restituendos, sequere: quia magis communis est, & solidioribus iu-

ris nititur fundamentis: & in nostra specie si casus eueniret, in fauorem creditorum consule, & iudica. Si vero posteriorem sequi malueris, ad argumenta in contrarium adducta, responde cum *Pinello, Brito, & Gut. d. locis, & melius cum Zeuallus quaest. 762. ex nu. 32.* quod si enormissima læsio in iudicium deducatur, tunc per creditores res præcisè cum fructibus tradenda erit; dum tamen eisdem soluantur interesse, & usuræ pretij, in terminis *d. l. curabit,* quod praxis hodierna frequenter admittit apud regios conuentus, & cætera regni tribunalia, de quo vide *Cabed. Dom. Ioannem Baptistam Valenzuela, Egid. Castrum, Gam. & alios,* de quibus supra *num. 18.* apud quos absolutissimum est, ex enormissima læsione contractum, nullum reddi, & pet consequens planum fit fructus tanquam ex re aliena comparatos, præcisè restituendos fore, iux regulam *text. in l. fructus ff. rei vendic. l. cum mansata, §. silua, ff. contrab. empt.*

- 43 His sic præhabitis, & constitutis, ad explanationem nostræ ampliacionis, iam illam extendens procedere, quantuncunque proponatur res vendita iudicis decreto & auctoritate interueniente, adhuc enim resolutis hypothecis causa venditoris præualere debet. Hac resolutio probatur ex doctrina *Imola in l. si quis cum aliter, ff. de verborum obligat. vbi Roman. Alexand. Trentacinq. 3. variarum, titulo de empt. & vendit. resolut. 3. num. 9. Pinel. in d. l. 2. part. 2. cap. 2. num. 18. & 15.* plures citat *Matiensus in d. l. glossa 9. numer. 3.* vbi hanc opinionem iure regio probari affirmat. *Gom. qui hanc partem veram esse, & communem, profitetur tom. 2. variarum, cap. 2. n. 21. Padilla in d. l. 2. nu. 36.* plures refert & sequitur *Zeuall. vbi supra q. 172. in princ.*
- 44 Ducitur hæc opinio ex *text. in l. 2. C. de fide instrumentorum, & iure haste fiscalis lib. 10.* vbi venditio, quæ sine decreto fieri non potest, per *text. in l. 2. C. si propter publicas pensiones,* tamen rescinditur ob pretij exiguitatem.
- 45 Secundo ex eo probatur: nam ex opinione contraria sequeretur, quod vbi venditio esset facta cum decreto iudicis, hac ratione attemptata impediretur restitutio in integrum: consequens est falsum iuxta *text. in l. tutor, ff. de minoribus, l. final. C. de fideiussor. minor. l. si quidem, C. de prædijs minorum;* ergo, & antecedens.
- 46 Tertio, quia si vera non esset hæc sententia, sequeretur etiam aliud absurdum; nempe, quod Ecclesia, cuius bona sine decreto alienari non possunt, non haberet huiusmodi remedium, contra *text. expressum in l. cum dilecti de empt. & vend.*
- 47 Tandem hæc resolutio comprobatur ex *text. in d. l. 1. tit. 11. lib. 5. recopilat. in fine.* vbi venditioni factæ in publica subhastatione, hoc remedium conceditur: ergo idem erit in venditione facta, iudicis decreto interueniente,



48 Oppositum tamen defendunt *Bart. in d. l. 1. C. de prædijs decurionum*. sequuntur *Angelus l. 1. C. præscriptione 30. vel 40. annorum*, *Paulus Castrensis in d. l. 2. C. rescind. vendit. col. 2. Soccinus regula 436. Gab. comm. contra comm. lib. 3. tit. de emptione, & venditione, conclus. 1. num. 57.* plures refert *Zeuallus ubi proximè numer. 2. Gregorius Lopez in dicta l. 59. glossa à tal. post Curtium, Iasonem, & alios, quos citat Trentacinq. d. resolutione 3. num. 5.*

Mouentur prædicti Doctores, quia per decretum Iudicis omnia præsumuntur solemniter facta, & ex iusta, & legitima causa illud præsumitur interpositum. Secundo ex *text. in d. l. 1. C. de prædijs decurionum*. Quibus adde, quod decretum, fraudis, doli, vel metus suspicionem excludit *Grat. discept. forens. cap. 155. num. 15. & cap. 564. num. 22. Simoncell. de decretis lib. 3. tit. 7. nu. 45.*

49 His tamen non obstantibus, à priori sententia non recedas. Et ad primum fundamentum satisfacies, si dicas, quod ratio illa non obstat: quia ipsa præsumptio excluditur per probationem in contrarium; & sic, quando constat de pretio iniusto, & de læsione enormi; nam tunc cessat præsumptio pro decreto.

Ad secundum vero ex *d. l. 1. responde* procedere nisi aliàs probetur læsio, sed ea probata secus erit, cum tunc constet de iniustitia iudicis, & eius decreti, quo casu cessat omnis præsumptio pro decreto, & ideo ex dicta præsumptione non remouetur probatio in contrarium, *glossa per text. ibi in l. final. ff. quod metus causa Afflictis, & Surdus locis modo relatis.*

50 Hæc tamen sententia limitanda erit, nisi emptor fuerit ad emendum compulsus, & res insolutum ei fuerit adiudicata; nam hæc venditio necessaria est non solum ex parte emptoris, sed etiam ex parte venditoris. Hanc sententiam tenent *Bald. Alexand. & Aretinus in l. si quis cum aliter, ff. de verborum obligat. Duenhas regula 187. casu 10. Alexand. Trentacinq. d. resolut. 3. num. 13.* plures pro hac parte refert, & sequitur *Matiensius in l. 6. tit. 11. lib. 5. recopilat. glossa 1. num. 5. Flores de Mena in addit. ad Gam. decis. 40. Zeuallus quest. 536. num. 4.*

51 Si vero res simpliciter detur à creditore debitori in solutum, adhuc remedio legis 2. locus erit, quia datio ista in solutum voluntaria est, & vicem venditionis obtinet, iuxta *text. in l. si prædium, C. emptionibus, & in l. & eleganter, ubi eam ad hoc expendunt Bart. Bald. Paulus Castrensis, C. de pignoratitia actione. Pinel. in d. l. 2. part. 1. cap. 4. num. 9.* plures refert *Trentacinq. d. resolut. 3. num. 13. Matiensius in d. l. 6. glossa 1. nu. 2.*

52 Amplia secundo resolutionem, de qua supra, procedere in hypotheca constituta super re, quæ communi debitori acquisita proponitur titulo diuiforio hereditatis, quia creditores ipsam, refuso pretio restituere tenentur; in ea enim remedio læsionis, de qua in *d. l. 2.* locus est, vt

probat *text. in l. maioribus, C. communia utriusque iudicij*, ubi *text. sic ait: Maioribus etiã per fraudem, vel per dolum, vel perperam sine iudicio factis diuisionibus solet subueniri, quia in bonæ fidei iudicijs, & quod inæqualiter factum esse constiterit in melius reformabit*) docet *gloss. in l. 3. C. illo titulo, communiter approbata secundum Cagnolum in d. l. 2. num. 59. & ibi Pinellus 2. part. c. 1. nu. 3. Bart. Bald. Alberic. Salicet. & alij in d. l. maioribus, Padilla in d. l. 2. num. 3. Valasc. de partitionibus, cap. 39. num. 10. Matiensius in d. l. 1. gloss. 8. num. 3.*

54 Extende hanc ampliacionem procedere etiã in diuisione per sordes facta; adhuc enim modo dicta locum obtinent *Bald. in d. l. maioribus, num. 3.* plures relati per *Tiraquellum de primogen. quest. 17. n. 93. Azeued. in l. 1. vbi Matiensius d. glossa 8. num. 4. Aiora de partitionibus 3. part. q. 10. num. 15. post Francum, & alios, quos refert Pinellus supra 2. part. cap. 1. num. 5. vbi Padilla num. 13. Trentacinq. supra num. 2. & licet contrarium videatur proba-*

55 re *text. in l. de fideicommissis, C. de transactionibus*, subscribant *Bald. in l. cum Archimedoram. num. 3. ff. vt in possess. legat. Boerius decis. 147. num. 7.* plures relati per *Tiraquellum vbi supra, Gom. tom. 1. var. cap. 14. num. 4. in*

56 *fin. à priori sententia non recedas.* Vide tamen concordiam *Matiensi, & Pinel. locis proximè citatis.*

57 Amplia tertio resolutionem principalem, procedere in re quæ in emphyteusim fuit concessa, quia adhuc creditorum causa venditoris iuri cedit. Colligitur ex his, quæ *Speculator*, sibi tamen contrarius in titulo de emphyteusi, num. 113. vbi expendit mentem *d. l. 2. Berous in d. cap. cum dilecti, num. 81. vbi Abbas nu. 8. Burgenfis in cap. cum causa, de empt. & vendit. num. 10. Rebuffus 2. tom. ad leges Gallia, tit. de rescissione contractus, glossa 5. art. unico. nu. 11. vbi saltem eo casu putat læsionem in hac specie locum habituram, quando quis habito respectu ad valorem iuris emphyteutici læderetur ultra dimidiam; non vero si haberetur respectus ad directum dominium: communem fatetur *Gom. in l. 68. Taur. num. 4. prope fin. sequuntur Valasc. de iure emphyteut. q. 11. nu. 19. vers. sed quamuis. Pinel. in d. l. 2. par. 1. cap. 2. nu. ult. vbi Padilla n. 28. Matiensius. d. glossa 8. nu. 7. Capolla in tractatu de simulatione contractus, 1. casu.**

Pro quibus expenditur primo, eandem dari omnino iniquitatem, siue quis in contractibus bonæ fidei decipiatur ultra dimidiam, siue in stricti iuris conuentionibus: fat enim credere est Imperatorem in *d. l. 2.* magis exempli gratia, quo regula non restringitur, quàm limitatiue fuisse locutum; eo maxime, quia appellatione venditionis latissime considerata, omnis alienatio comprehenditur, vt in *l. statuliberis 29. ff. de statuliberis. Piehardus in rubrica in stit. de empt. & vendit. numer. 16. Molina lib. 4. de primogenijs cap. 5. nem. 16. Palatius in rubrica, §. 16. num. 9. Gom. in l. 40. Taur. num. 80.*



num. 80. *Cald. de emptione & vendit. capit. 8. num. 28.*

Denique ponderatur alia opinio, quam sequitur *Valasc. d. q. 11. num. 6.* dum ex alijs putat, quod si inueniatur thesaurus in fundo emphyteutico, & facta illius computatione, læsio ultra dimidiam contingat, poterit dominus directus agere remedio *dicta l. 2.* siue sciens, siue ignorans de tali thesauro, fundam dederit.

59 Contrarium tamen tenuit *Speculator sub titulo, de rescinden. §. nunc dicendum in secundo numer. 14.* sequitur *Iason in l. 1. numer. 79. ad fin. C. de iure emphyteutico, Imola in dicto cap. cum dilecti, numer. 18. & plures alij, quos referunt Pinel. Padill. & Valasc. dictis locis.*

60 Ducuntur ex eo præcipuo fundamento, quia emphyteusis est contractus stricti iuris, quippe quod ius actionum instituit. de actionibus, minimè enumeratur: sanè in stricti iuris conventionibus locum habere nequit dispositio *d. l. 2.* & ei concordantium, quæ cum à regulis iuris communis exorbitet, & de emptione, & venditione dumtaxat agat, ad tam diuersos contractus in substantia, & ratione trahi non potest: argumento *l. quod vero, ff. de legibus, & in regula, quæ à iure, de regulis iuris in sexto.* iunctis traditis per *Gaitum de credit. cap. 4. quaesito 5. nu. 54. Noguerol. alleg. 1. nu. 5. Carrasc. ad aliquas leges regni, cap. 11. nu. 15. Roder. de concurs. 1. part. art. 5. num. 10. Felic. in præmium operis de censibus, vers. ex quo non placet.*

61 Secundo, quia pensio quæ soluitur in emphyteusi, non datur pro pretio, neque pro mercede, sed solum in directi domini recognitionem, post alios *Valasc. supra, quaest. 1. num. 15. & quaest. 11. numer. 19.* Planè siue in vno numo, ouo, vel gallina siue in notabili quantitate, recognitio contingat; non dicetur læsio contigisse circa domini recognitionem. Igitur in his terminis non est dabilis casus in quo læsio ultra dimidiam considerari possit.

62 At licet hæc probabilia videantur, nihilominus à prima sententia in actu pratico non recedas: quid autem dicendum sit in censu, vide *Auendatum de censibus, cap. 36. & capit. 91. per totum, Felic. eod. tract. tom. 1. lib. 1. cap. 9. ex num. 12.*

64 Amplia quarto principalem resolutionem, procedere in re vendita à procuratore, quia iuri resolutiuo, de quo supra, adhuc locus aperitur. Probatur hæc resolutio ex his, quæ *Panormitanus in d. cap. cum causa, vbi Burgenfis num. 25.* dicit hanc esse communem opinionem *Matiensius d. glossa 8. num. 14. Pinel d. l. 2. part. 2. cap. 1. numer. 15.* vbi *Padilla numer. 66.* Ratio huius ampliationis sumitur à Iureconsulto in *l. cum mandato 24. ad fin. ff. de minoribus (ibj) Imputari debet domino qui tali commisit negotia* & licet contrarium defendant *Paulus in d. l. 2. num. 5. ex Bart. in l. societatem, §. arbitrarium, num. 35. ff. pro socio. & cum*

*eis Burgenfis d. cap. cum dilecti, num. 44. ab ampliacione non recedas.* Alias vero, si videre desideras plures, prosequere cum supra citatis. Nunc vero ad limitationem transitum, facere licebit.

Limita primo resolutionem principalem, tunc procedere, cū debitor communis rei venditæ primus esset emptor: secus si ab alio tertio rem habuit; quia tunc creditores à re restituenda deobligati manent: nam actio quæ descendit ex contractu emptionis, & venditionis, personalis est, quæ contra tertium rei possessorem non conceditur, iuxta *text. in l. fin. §. fin. de contrahenda empt.* Quæ sententia, Probari videtur ex *glossa in d. l. 2. cuius opinio recepta est ex Bart. ibidem num. 31. Bald. nu. 16. Saliceto quaest. 12. Paul. nu. 13. senuuntur ibid. Pinel. 2. part. cap. 1. n. 30. Couar. lib. 2. var. cap. 3. num. 10. Costa in l. Gallus, §. & quid si tantum in 2. par. num. 64. Matiens. dicta glossa 8. num. 24. communem testatur Padilla in dicto l. 2. num. 39. Brito 2. parte rubricæ de locato, §. 2. num. 23.*

Quod tamen declarabis, si tertius possessor, & sic communis debitor, emit rem iusto pretio, & ignorabat vitium, quo res vendita laborabat: 67 secus si illam emisset, eodem læsionis vitio laborantem, tenent *Bald. in d. l. 2. num. 16. Salicetus num. 18. Tiraquell. qui de communi testatur in l. si unquam, verbo reuertatur, C. reuocandis donet. num. 171. Padilla in d. l. 2. nu. 39. Matiensius d. glossa 8. num. 24. Couar. vbi supra numer. 10. Brito num. 23.* Quod adhuc 68 subintelligas oportet, si primus emptor non sit soluendo, vel non possit à venditore conueniri: nam hoc remedium in tertium possessorem subsidiarium est, & descendit ex equitate, vt per *Bald. Couar. Padilla, Cost. Matiens. & alios locis citatis, quibus adde Zeuall. supra q. 443 num. 6.*

69 Declara secundo dictam primam limitationem non procedere quando iste tertius, & sic debitor, habuit rem titulo lucratiuo, vel aliàs iniusto, vt per *Bald. Salicet. Tiraquell. Padill. Brit. Mat. Couar. Zeuall. dictis locis, Pinel. in d. l. 2. d. cap. 1. num. 35.* vbi hanc declarationem tunc admittit, quando primus emptor non sit soluendo, *Noguerol. allegat. 1. num. 61.* ex quo infert quod tunc successoris maioratus datur actio hypothecaria aduersus bona possessoris pro damnis datis in rebus maioratus, quando res apud tertium reperitur; vel si per emptam proponatur, pretium habuit ex titulo lucratiuo per *glos. in l. si mater, C. reuendicat. de quo vide Rotam per Farin. decis. 681. par. 1. n. 7. Concerium lib. 1. var. cap. 2. numer. 104. Bart. Bald. Ias. & alios in l. si cum seruum, ff. de rebus creditis.*

70 Declara tertio dictam primam limitationem non procedere, quando tertius & sic debitor, licet habuit rem titulo oneroso, & iusto pretio, sciuerat tamen rem venditam fuisse auctori suo cum læsione ultra dimidiam: nam si primus emptor non sit soluendo, adhuc conueniri poterit, nec creditores sese à venditore defendere vale-



valebunt, argumento, tex. in *lin. causa* 1. 2. vlt. & lege sequenti, ff. de minoribus, Couar. d. cap. 3. num. 10. vers. tertia conclusio. Matiens. nu. 24. vers. si tamen, Tiraquell. lib. 1. retractus, § 12. glossa 5. num. 1. Padilla in d. l. 2. num. 20. Brito, § 2. num. 23.

71 Limita secundo principalem ampliacionem non procedere in eo emptore qui sciuit verum rei valorem; tunc enim maiorem valorem remississe praesumitur, & ideo venditori creditores inquietare non licebit: Bart. in d. l. 2. col. penultima, ubi Bald. col. 5. Salicet. col. 4. Paul. col. 2. Fabianus in tractatu de empt. & vendit. quaest. 8. num. 19. & 20. Tiraquell. ubi proxime glossa 18. §. num. 14. Couar. lib. 2. var. cap. 4. nu. 2. Boerius decis. 142. num. 3. communem dicit pluribus citatis Pinel. in d. l. 2. part. 1. capit. 2. num. 10. Azueved. in l. 3. tit. 11. lib. 5. recopilat. Matiens. d. glossa 8. num. 36. Alexand. Trentacinq. d. resolut. 3. num. 9. quod extendes procedere in rebus venditis ab architectis, & similibus officialibus, vt in d. l. 3. ubi Azueved. & Matiens. glos. 1.

72 Limita tertio, si vendens expressè donauit eam quantitatem, quæ iusti pretij dimidiam excedit: declarando tamen quod clausula donationis sic apertè est concipienda, vt expressè donetur id quod excedit ultra dimidiam, tunc enim creditores in re sic vendita securi illam tueri poterunt, explicat Bart. in d. l. si quis cum aliter, ubi sequuntur omnes, ff. de verborum. Tiraquell. dicta glossa 18. numer. 11. Couaruias dicto cap. 4. numer. 6. Matiensus glossa 8, num. 44. Trentacinq. dicta resolut. 3. num. 10.

73 Limita quarto in re quam testator iubet vendi certo designato pretio, quia tunc emptor, siue creditor, in sua hypotheca securus erit, Ias. & Roman. in d. l. si quis cum aliter, nu. 5. & ibi Alexander num. 20. Bald. & Imola in l. Imperator, §. si centum per text. ibi, ff. de legat. 2. Tiraquell. lib. 2. retractus in fine, nu. 5. Padilla in d. l. 2. num. 64. Matiensus d. glossa 18. num. 38. Pinel. supra 1. part. cap. 1. numer. 19. nouissimè Hermosilla in additionibus ad Gregorium in d. l. 56. glossa 4. nam. 114. ubi num. 116. hoc ampliat respectu hæredis emptoris, qui licet læsionem in teruenisse dicat ultra dimidiam in re accepta pro pretio à testatore taxato, non est audiendus, cum emptor & venditor non debeant ad imparia iudicari, allegat Franchis decis. 25.

74 Limita quinto in re habita titulo venditionis, quæ iuramenti religione fuerit munita, quia causa creditorum hoc munimine tuenda erit, tradunt Pinel. in d. l. 2. part. 3. cap. 1. nu. 6. qui post Bart. Bald. Salicet. Cremens. Cagnol. & alios hanc sequitur, & communem dicit. Couar. in cap. quamuis pactum 3. part. § 4. num. 8. Padilla in d. l. 2. num. 30. Matiens. d. glossa 8. nu. 47. Molina lib. 2. de primogenijs cap. 3. num. 20 & licet ab hac sententia recesserint plures, quos refert Pinellus d. loco, & sequitur Gregor. Lopez in d. l. 56. verbo maguer. tu tamen causam creditorum intrepidè defende, si venditor maior

fit: si vero minorem vendidisse proponatur, contrarium decidas oportet, Pinellus, licet dubius, in ioco supra citato num. 7. Gregor. Lopez ubi proxime, Couar. d. s. 4. num. 5. Molina num. 21. Padilla num. 34. Matiensus d. glossa num. 49.

75 Limita sexto non procedere, si venditor huic remedio læsionis ultra dimidiam renunciauerit, quia adhuc creditorum hypotheca tueri debet. probatur ex l. quaritur, §. si venditor, ff. adilitio edicto, post Bald. in d. l. 2. Paulum Castrensem ibidem vers. quarta conclusio, Bart. in d. l. si quis cum aliter ad finem, & ibi Iason. tenet Guttier. pract. lib. 1. quaest. 140. in fine, & de iurament. confirmatorio 1. part. cap. 26. num. 2. Padilla in d. l. 2. numer. 42. ubi Pinellus 3. part. cap. 1. nu. 2. Pereira de Castro decis. 62. num. 2. Molina d. cap. 3. nu. 19. Couar. qui hanc communem profiteretur, lib. 2. var. cap. 4. num. 1. Hanc autem resolutionem communiter receptam tunc procedere affirmat Calcanæus conf. 25. num. 27. quando renunciatio fiat ex intervallo: secus si in eodem instrumento. sequitur Matiens. dicta glossa 8. nu. 48. Zeuallus q. 511.

76, n. 3. Tu verò, retenta communi de qua supra, illam tunc limitabis, quando renunciatio fuerit facta à minore, rustico, aut femina, vt per Gut. locis supra citat.

Limita denique non habere locum, si quadriennium à die venditionis fuerit elapsum, quia tunc creditores causam suæ hypothecæ defendere poterunt; quod probatur ex d. l. 1.

77 lib. 5. recop. tit. 11. de quo vide Gut. d. q. 134. Gom. tom. 2. var. cap. 2. num. 12. Matiens. in d. l. 1. glossa 10. Zeuall. d. q. 535. num. 15. quod intelliges procedere, siue hoc remedium proponatur per viam actionis, siue per viam exceptionis, quia utrobique prædictum remedium quadriennio elapso in iudicium deduci non potest; nam exceptio in hac specie non nititur proprijs viribus, sed virtute actionis competit: vnde non mirum si sublata actione per lapsum quadriennij, tollatur etiam exceptio, argumento tex. in l. vlt. ff. rem ratam haberi, Matiens. dicta glossa 10. num. 8. Guttier. quaest. 143. num. 2.

Tandem iuxta supra resoluta aduertere oportet, quod quemadmodum contractus emptionis, & venditionis ex læsione ultra dimidiam rescinditur, & res libera ab hypothecis venditori restituitur; sic etiam & res per metum venditæ, quæ in bonis communis debitoris inueniuntur, non obstantibus hypothecis super ipsis consti-

79 tatis, metum passo per creditores restitui debent: nam rei venditæ contractus per metum rescinditur, vt expressè probatur ex l. 56. in princip. tit. 5. part. 5. quemadmodum regulariter, omnem & quemcunque contractum, actione quod metus causa rescindi, & rem ex eo contractu habitam reuendicari posse, apertè probatur in l. si mulier, §. si metus el. 1. ff. quod metus causa, & in l. si metus causa, ff. de acquirenda hereditate, docet Com. tom. 3. variar. cap. 4. num. unico. Barbosa 4. part. rubrica, ff. solut. matrim. num. 28. Gregor. Lopez in d. l. 56.



verbo desfecto. Padilla in l. interpositas, nu. 4. C. de transactionibus. & in nostra specie creditorum resoluit Sanchez de matrim. lib. 4. disput. 8. num. 4. vbi num. 12. dicit, quod etiam si is qui metum intulit, & rem accepit, anteriores creditores haberet, in illa re per metum acquisita, prælationem eis non esse concedendam, ex regula nostra, hoc est, quia resolutio iur. datoris resoluitur ius acceptoris per tex. in l. si ex duobus, 6. §. sed & Marcellus, ff. de vindiam additione, ac subinde, quod cum actione quod metus causa resoluitur ius accipientis per metum, & in integrum restitutio illius rei concedatur metum passo, resolui ius creditorum.

Quod intelliges procedere, siue is in cuius fauorem celebrata fuerit venditio, metum intulerit, siue alius, quia res illa metu acquisita, transit illo vitio affecta in quemcunque tertium illius possessorem, vt probatur ex l. si cum exceptione 14. §. in hac actione ff. quod metus causa. (illic) In hac actione non queritur vtrum is qui conuenitur, aut alius metum fecerit: sufficit enim hac docere, metum esse sibi illatum, & ex hac re eum qui conuenitur, et si crimine caret lucrum sensisse) vbi glossa verbo lucrum, ait, idem esse si ex causa non lucratiua. idem habetur in d. l. si cum exceptione, §. Pedius, gloss. in cap. 2. de his qua vi, in verbo, coactus, & ibi Hostiens. Sanchez in loco proximè allegato num. 7.

Intellige secundo, ad rescindendum huiusmodi contractum, & alios quoscunque, quemlibet metum non sufficere, sed talem esse debere, qui cadat in constantem virum, l. metus la 1. ff. quod metus causa. (illic) Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed maioris mali) l. nec timorem, §. proinde, ff. eodem tit. (illic) Si quis meticulosus rem illam frustra metuerit, per hoc edictum non restituitur) de quo videndi sunt Seraphin. de priuilegio iuram. priuileg. 110. num. 12. Couar. de sponsalibus part. 2. cap. 3. §. 4. nu. 2. Guttier. conf. 16. num. 2. Sanchez supra disputat. 1. ex num. 1.

§2 Ad sciendum autem, an metus, qui incutitur, talis sit, qui cadat in constantem virum, ac per consequens, vtrum hypotheca constituta in re, quæ vendicari intenditur, extingui debeat, perpendet iudex qualitatem personæ incurrentis metum, & metum passi, & modum quo fuit incussus: quoad personam metum inferentem, perpendet potentiam, an sit pater, patronus, vel alius superior, l. penultima, ff. de furtis: an sit crudelis erga non obtemperantes suis mandatis, an solitus exequi minas, argum. text. in l. nouissimè, quod falso tutore auctor Boerius decis. 10. nu. 12. & 19. Sotus de iur. fi. &

iur. in quarto, dist. 29. q. 1. art. 3. Fagund. de iust. lib. 1. cap. 5. num. 10. Pater Sanchez d. lib. 8. disp. 6. nu. 21. Mascard. de probat. conclus. 1055. nu. 19. Gama decis. 250. nu. 4.

Ex parte eius, cui metus incutitur, æstimabit, an sit femina, minor, senex, infirmus, filius, vel alius subditus: in quibus minor metus sufficit, argumento l. 1. ff. de minoribus, l. 2. C. ad Velleianum, glossa in cap. cum locum, de sponsalibus, Couar. de sponsalibus cap. 3. §. 4. nu. 9. Molina lib. 2. de primog. cap. 3. num. 10. Boerius supra nu. 2. Nauar. in Manuali cap. 22. nu. 52. Fagundez d. loco num. 10. cum seqq. quod etiã vit constans timere deberet; puta si quis veniret cum armis, vt in l. metum, 9. ff. quod metus causa. Item si incutiat vulnera, minas, & importunas preces, quæ in potentioribus aliquando sufficiunt, argumento text. in d. l. nouissimè, præsertim si cum eis concurrat metus reuerentialis, Afflictis decis. 69. num. 4. & 5. Melchior Phœbus decis. Lusitan. 35 part. 1. nu. 6. Sanchez d. loco nu. 8. D. Castillo controuersiarum lib. 3. cap. 1. & fere per totum. Peralta in l. si qui. in princ. nu. 99. ff. legat. 3. Fagundez d. lib. 1. cap. 5. num. 24.

§3 Intellige tertio, quod etiam si creditores præcisè rem restituere cogantur iuxta supra resoluta, in quo discriminantur læsus per dolum, ultra dimidiam, & metum passus: nihilominus tamen pretium rei sic venditæ per metum, eis restitui debet; nam licet aliàs pretium scelere, & contra prohibitionem legis acquisitum, amittatur, l. quemadmodum, C. agricolis, & censitis, lib. 11. & in l. fin. C. de fundis rei priuata, iuncta lege fin. C. litigiosis, l. aufertur 46. §. 2. de iure fisci. Valasc. consult. 83. num. 13. Gregor. Lopez in l. 19. tit. 5. part. 5. verbo tornarle. Barbosa in l. 1. C. præscrip. 30. vel 40. annorum num. 95. nihilominus tamen in re habita per metum aliter se res habet, vt probatur in l. 3. C. de his qua vi, & in l. 1. C. rescindenda vendit. quibus iuribus probatur, facta venditione per metum, pretium non amitti: nam (vt alibi dixi) prædicta venditio rescinditur per remedium restitutionis in integrum, quæ omnia reponit in pristinum statum, l. quod si minor, §. restitutio, ff. de minoribus. tum etiam quia ea quæ fiunt per metum, non prohibentur per legem à principio, sed tantum rata non habentur, l. 1. ff. quod metus causa, tenet expresse Barbosa in d. l. 1. C. de præscriptione 30. vel 40. annorum, num. 19. vbi subdit, quod ideo in venditione propter metum non amittitur pretium, quia lex non resistit initio actus, sed effectui. Vide tamen quæ dicit Castus decisione Lusitana 30. num. 13. vbi contrarium admittere videtur.



S V M M A R I A

- 1 Dominium legati a morte testatoris recta via in legatarium transit.
- 2 De iure digestorum, pro legato damnationis actio personalis dumtaxat compete-  
bat.
- 3 Eadem actio in legato per sinendi modum de iure veteri digestorum inducta erat.
- 4 Pro legato vendicationis, de iure antiquo, do-  
minium in legatarium transferebatur.
- 5 Dominium legati in legatariu ipso iure tras-  
fertur sic a morte testatoris; vere autem  
ab adita hereditate.
- 6 Pungitur contraria sententia.
- 7 Quemadmodum dominium legati pure relictum  
ipso iure transfertur in legatarium a die  
mortis testatoris; sic etiam & dominium  
fructuum in ipsam legatarium transit.
- 8 Dominus rei legata pro dominio, & fructi-  
bus ipsius, siue extantes sint, siue iam  
collecti, & in horreis positi, creditori-  
bus hypothecariis in ipsa re preferendus  
erit.
- 9 Sicut legatum duobus successiue relictum, ipso  
iure, & recta via transit in primum legata-  
rium: sic etiam a primo in secundum absque  
traditione transfertur.
- 10 Si res legata in bonis primi legatarij, seu  
apud tertium forte decoctum alienata re-  
periat, secundus legatarius hypothecis  
super illa re constitutis tanquam dominus  
preferatur.
- 11 Licet dominium legati puri in legatarium  
transfertur, in legato conditionali aliter  
se res habet: quia in legatarium dominium  
non transit, nisi post impletam conditio-  
nem.
- 12 Si ancilla relinquatur libertas sub conditio-  
ne, filij medio tempore nati serui fiunt.
- 13 Si heres rem sub conditione legatam aliena-  
uerit, mero iure valet alienatio, sed condi-  
tione impleta reuocatur, ac si nunquam fa-  
cta fuisset.
- 14 In ultimis voluntatibus o conditio non retro-  
trahitur.
- 15 Contrarium obseruatur in contractibus.
- 16 Licet legatum conditionale non retrahatur  
quoad fructus, bene trahitur retro quoad re-  
scindendam alienationem.
- 17 Resoluitur, quod licet alienatio rei legata  
pendente conditione, mero iure valeat;  
ea postea adimpleta, ne dum retracta-  
tur, sed etiam pro ea reuendicatio com-  
petit.
- 18 Dominium rei legata ad certam diem non  
transfertur in legatarium antequam dies le-  
gati cedat.
- 19 Translatio dominij pertinet ad executionem  
legati.
- 20 Sicut heres rem legatam sub conditione po-  
test interim alienare, & hypothecare, sic  
etiam, & legatarius ad certam diem rem  
sic legatam hypothecare, & distrabere  
valebit.
- 21 Quemadmodum existente conditione legati  
conditionalis, reuocatur alienatio rei legata:  
sic etiam reuocabitur alienatio legati ad cer-  
tam diem.
- 22 Paulo ante dicta non procedunt attento iure  
nouiori Codicis.
- 23 Inter legatum sub conditione, & legatum  
ad certam diem, quae differentia sit ostendi-  
tum.
- 24 Ratio differentiae inter unum, & aliud lega-  
tum, assignatur.
- 25 Licet is qui emit rem legatam sub conditione, fru-  
ctus suos faciat ante adimpletam conditionem,  
is tamen cui legatum fuerit relictum ad cer-  
tam diem, fructus antequam dies legati cedat  
non acquirit.
- 26 Excitatur questio, utrum fructus pendentes  
legati conditionalis inter legatarium, & he-  
redem pro rata diuidendi sint.
- 27 Questio ista ad alteram reducitur, an &  
quando fructus pendentes in rebus maioratus  
ad successorem pertineant; vel pro rata sint  
diuidendi inter successorem, & heredes pre-  
decessoris.
- 28 Pars quae fauet successori, ostenditur.
- 29 Contraria sententia pungitur.
- 30 Quando restitutio fit ex necessitate, fructus  
pro rata diuiduntur.
- 31 Omnes fructus pendentes pertinent ad legata-  
rium sub conditione.
- 32 Text. in l. Herennius 2. 4. ff. de usuris, pro hac  
parte ponderatur.
- 33 Ad idem text. in l. defuncta 65. ff. de usu-  
fructu.
- 34 Fructus pendentes pars retententur, & idem  
ad illum pertinere debent, ad quem res ipsa  
transit.
- 35 Eadem dominij prelatio legatario conditio-  
nali concedenda est aduersus creditores hy-  
pothecarios pro ipso legato, & pro pensio-  
bus domuum.
- 36 Dominium legati optionis ante factam electio-  
nem non transfertur in legatarium.
- 37 Idem resoluitur in legato dotis.
- 38 Id ipsum quando unum est in obligatione  
aliud in solutione.
- 39 Idem quando legatum incertum est, declaran-  
dum tamen per heredem.
- 40 In casibus in quibus dominium legati in le-  
gatarium non transfertur, causa creditoru  
aduersus legatarios praualabit.
- 41 An legatarius sit repellendus, quando heres  
decoxit, & res legata apud illum reperitur  
triginta annorum spatio; in dubium reuo-  
catur.
- 42 Pars negatiua ostenditur.
- 43 Contraria sententia admittitur.
- 44 An creditores pretium rei legata alienata co-  
tra prohibitionem legis reperere possint, re-  
missi.



Causa legati puri, aut conditionalis aduersus creditores, quibus res legata medio tempore per heredem fuit hypothecata, quando in concursu preualere debeat: Quæ ve ratio sit habenda fructuum legati conditionalis, vel ad certam diem, si pendentes sint, vel à solo separati: & Virum quemadmodum dominium legati duobus successiue relictæ, recta via, & ipso iure, transit in primum legatarium: sic etiam transeat in secundum: & denique de alijs questionibus, in quibus causa creditorum aduersus legatarium in concursu preualet, breuiter inquiritur, sed perfecte absoluitur.

## AMPLIATIO SEXTA.



AMPLIATUR sexto regula præfat. de qua supra; vt procedat, & habeat locum in causa legati, si forte hæres, antequam rem legatam restituat, super ea aliquam hypothecam constituat: quia resoluta iure hypothecæ in ea contracto, legatario in concursu liberè restitui debet. Quæ resolutio ex duobus fundamentis probabilis fit: primo, quia hypotheca in re legata, aut fideicommissa, à iure prohibetur, vt probat text. in *l.ultima. §. sed quia, C. communia delegat.* quo loco Iureconsultus prædictæ prohibitionis rationem reddit, quia scilicet, *Satis absurdum, & irrationabile est, rem, quam in bonis suis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecæ pignoris ve nomine obligare, vel manumittere, & alienam spem decipere.*

Secundo ex eo probatur: nam hypotheca in re aliena constituta, nulla & inefficax est, *l. 1. §. 1. ff. de pignor. l. quæ prædium, C. si aliena res pignori data sit, Gait. de credito cap. 4. quaesito 7. num. 572. Dominus Ioannes Baptista de Larrea decis. 20. num. 9.* dominium enim legati recta via in legatarium absque traditione transfertur *l. à Titio, ff. de furtis, l. 34. tit. 9. partita 6. Bart. in l. in fideicommissariam, ff. ad Trebell. num. 7. Peregrinus de fideicommissis art. 49. num. 106. Egidius in l. ex hoc iure part. 2. cap. 12. differentia 5. num. 5. Costa de scientia, & ignorantia inspect. 94. nu. 5. Giurba decis. 97. num. 6. Macerat. lib. 2. resolut. 44. v. 5.*

*Cancer. var. lib. 3. cap. 20. num. 19. Cald. de nominat. quaest. 16. num. 23.* Quod etiam iure antiquo digestorum decisum erat, vt habetur in *d. l. à Titio, iuncto text. in l. si tibi homo 88. §. cum seruus, ff. de legat. 2. & de iure nouiori canonizatum reperitur ex text. in l. 1. C. communia de legatis. vbi ne dum legatario rei vendicatio fuit concessa, & consequenter dominium, sed etiam hypothecaria, & personalis actio ex testamento, exornant *Peregrin. de fideicommiss. art. 45. num. 33.* vbi quod sicut pro fideicommissio particulari competit reiuendicatio, sic & pro legato, *Fusar. de substit. fideicommiss. quaest. 611. num. 10. Grassus in §. fideicommissum, quaest. 46. num. 5. Dom. Præses Valenzuela conf. 187. num. 58. Valasc. consult. 194. num. 2.* Quod indistinctè procedit nedum in legato vendicationis, sed etiam in legato damnationis, pro quo sola actio personalis digestorum tempore competebat: vt in *d. l. 1. (illic) personalem actionem.**

Pro cuius rei perfecta cognitione præfati oportet, quod licet de iure antiquo pro legato vendicationis, actio realis legatario competebat, & ipso iure dominium in ipsum transferrebat, vt constat ex iuribus paulo antememoratis: pro legato tamen damnationis non aliter dominium transferrebat, quam si realis traditio fieret; atque ita sola actio personalis digestorum tempore competebat, vsque ad nouam constitutionem Imperatoris, in *d. l. 1. ac subinde hæres rem eo modo legatari poterat alienare, & alienatio valebat, & sola æstimatio rei præstatur legatario, quia ei deficiebat actio realis ad auocandam rem à tertio possessore: Pichardus in §. nostra autem, institutis de legatis, num. 6.* vbi quod etiam pro legato per sinendi modum, actio personalis dumtaxat competebat. Diuersum erat in legato vendicationis, in quo, vt supra diximus, ipso iure dominium in legatarium transferrebat, *d. l. à Titio*, atque ita hæres non poterat rem sic legatam alienare in præiudicium legatarij, quia iam dominus erat, iuxta regulam text. in *l. id quod nostrum, ff. de regulis iur. Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 97. num. 14. Thomas de Thomaset. regula 236. Valasc. axiomat. iuris. lit. Q. num. 31.* Hoc autem (vt modo tetigi) postea emendatum est de iure nouiori, ex text. in *d. l. 1. & in l. fin. §. sed quia nostra, eodem tit.* vbi indistinctè, & alienatio prohibetur, & ex omnibus legatis in legatarium dominium adeò transfertur, vt nedum eidem reinendicatio competat, *d. l. 1.* & docent supra citati, sed per consequens legatarius creditores hypothecarios resolutis hypothecis in concursu vincere debeat.

At hæc resolutio dubia, & anceps videtur, si attendatur, quod licet alienatio, seu hypotheca à iure prohibeatur, *d. §. sed quia*, & per consequens nulla fit, *l. non dubiam, C. de legibus.* nihilominus tamen ex postfacto à iudice ex æquitate sustineri debet, ne scilicet hæres qui alienauit, molestiam patiatur, & teneatur emptor.