



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

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

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

15. An debitum funebre prius soluendum sit quam omnis alis debita
hypothecaria, & priuilegiata.

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

- 2 Extenditur doctrina ad omnem contractum onerosum.
- 3 Eis satis cuidam obiectio.
- 4 Affirmant plures venditorem esse preferendum, esse contractus perfectus sit.
- 5 Sed verius oppositum videtur.
- 6 Si res vendita sit ecclesie, fisci & minoris preferendi sunt aliis creditoribus.

1 **S** ab emptore non fuit pretium oblatum, pignus, aut fideiussor promissus, vel venditor non reputatur pretium sibi esse solutum, ex eo quod emptori de pretio solvendo fidem dedit, creditoribus omnibus est venditor preferendus, utpote qui rei tradita non amisit dominium, neque in emptorem transiit. Vt habetur. *leg. procuratoris §. §. plane vers. sed est de di ff. de tributor. actione. leg. quod vendidi. §. §. ff. de contrahenda emp. §. vendita in fit. de verum diuis. Et enim venditor non intendit dominium rei vendite transferre nisi sub conditione pretij sibi concessi. Ergo quousque pretium offeratur, vel ipse de iolo solvendo fidem dedit, non est dominum translatum, & consequenter ipsi reddenda est, vel illius pretium. Atque ita pro certo docent Caiet. verbo *restitutio* cap. 8. Armilla n. 36. Ioan Med. *Cod. de restit. q. 2. vers. tertium dictum* Nauarr. cap. 17. n. 49. Reb. lib. 2. §. 19. n. 4. Molin. *disp. 338. §. 36. 497. & 356. Lell. lib. 2. cap. 15. n. 7. & 8.**

2 **Q**uam doctrinam veram esse existimo in quolibet contractu oneroso permutationis, locationis, &c. esse inquam contrahentem omnibus aliis creditoribus preferendum, si tibi res pro qua permutationem fecit tradita non sit, vel oblata. Nam eo ipso visus est dominium non transulisse in alterum quousque sibi aquivalens reddatur, vel offeratur. Sicuti docet Bart. *in leg. 2. n. 3. Cod. de verum permutat. & in leg. si servus 61. §. locati ff. de iuris. Reb. lib. 2. §. 19. n. 4. Nauarr. cap. 17. n. 46. & 50.*

3 **S**ed obicit Molin. *tractat. 2. disp. 356. dominium comparari sola traditione, si titulus precedat §. per traditionem, & §. vendita in fit. de verum diuisione.* Ergo etiam si res pro qua sit permutatio non sit tradita dominium rei permutate per traditionem transferatur, atque adeo hic permutans non erit preferendus. Deinde *in leg. cum precibus Cod. de verum permutat. dicitur* cum ab eo susceperis dominium cui tradidisse titulo permutationis non negas. Respondeo in §. per traditionem & §. vendita decidi dominium traditione comparari maxime in donationibus, promissioneque dotali de quibus ibi erat sermo. In contractibus vero onerosis nihil aduersus nostram sententiam statuunt, quin potius ex his que de venditione subiungunt non leue patrocinium in fauorem nostre doctrine desumitur. Nam ibi definitur venditionis contractum quia includit solutionem pretij, & ab illa essentialiter pendet ex sola traditione rei abique pretij solutione formali vel virtuali non esse translatum dominium. Vnde exemplum venditionis non excipitur ab aliis contractibus onerosis sed a donatione, & promissione liberali, quin potius in exemplum adducitur pro contractibus a donatione, & promissione distinctis. Ad *leg. cum precibus*, respondeo transferri ibi dominium rei permutate, quia res pro qua debebat fieri permutatio fuit ab alio virtualiter tradita, quatenus voluit sequi idem permutantis, sperauitque sibi esse satisfaciendum.

4 **G**rauis tamen est difficultas cum contractus perfectus est, licet pretium non fuerit solutum. Censetur autem perfectus contractus, si res tradita sit emptori, & pretium illi sit creditum. Et idem est in permutatione si res pro qua sit permutatio speratur, & creditur, inquam tunc venditor preferendus sit aliis creditoribus? Affirmant Bald. *in leg. pro debito Cod. de bonis author. indic. post fidem. & cons. 400. n. 8. lib. 4. & cons. 432. n. 1. Syluest. restit. 6. q. 5. Caiet. eodem c. 8. Nauarr. c. 17. num. 49. Lell. lib. 2. c. 15. arbitrat. 2. numer. 11.* Ducuntur quia esto rei vendita fuerit dominium in emptorem translatum, at censetur esse sub onere, & obligatione pretij solvendi. Vnde res illa solutioni pretij videtur tacite hypothecata.

5 **C**eterum cum ex nullo iure hac tacita obligatio colligi possit oppositum vt probabilis affirmandum est, nimirum venditorem non esse in solutione pretij aliis creditoribus preferendum. Vt ex communi docet Couar. *lib. 1. var. resolut. c. 7. n. 3. Matien. leg. 7. tit. 16. Gloss. §. n. 6. lib. 5. noue compil. Petr. Nauarr. lib. 4. c. 4. n. 39. Mol. d. disp. 536. vers. hac eadem ratione* Paul Laym. *l. 3. sum. sect. §. tract. 2. c. 11. n. 2. Excipiunt* Couarr. *d. c. 7. n. 3. Matien. d. leg. 7. Gloss. §. n. 7. tit. 16. lib. 5. compil. & alii apud ipsos, nisi venditor specialiter rem venditam pro solutione pretij tibi obligasset, quia eo casu ceteris creditoribus anterioribus preferendus est etiam hypothecariis. ex leg. licet. Cod. qui poti ores in pignore habeantur, & leg. quamuis 2. Cod. de pign. leg. regia 30. circa finem tit. 13. de pign. par. 5. Sed certe predictae leges non loquuntur in hoc casu, sed in casu quod mutui pecuniam ad aliquam rem emendam que solutioni pecunie obligata est. Vnde mihi vero similis videtur ex hac hypotheca conuentionali non esse venditorem aliis anterioribus hypothecariis preferendum, quia nullibi ea prelatio cauta videtur. Sicuti aduertit Valq. *de restit. c. 1. d. ubi. l. n. 20.**

6 **I**llud est certum si res vendita sit Ecclesie, fisci vel minoris

semper in recuperatione pretij omnibus aliis creditoribus esse preferendos, quia in his contractibus factis a ministro Ecclesie, procuratore fisci, tutore minoris non transferitur rei vendite dominium per fidem datam de pretio, sed oportet vt re ipsa pretium solvatur. Sicuti colligitur. *ex leg. si procurator §. §. fin. ff. de iure fisci & ibi Gloss. finalis. Lell. dicto cap. 15. num. 7. Molin. disp. 338. Paul Laym. lib. 3. sum. sect. §. tract. 2. cap. 11. n. 2.*

§. XV.

An debitum funebre prius soluendum sit, quam omnia alia debita hypothecaria, & priuilegiata?

- 1 Debitum funebre quid sit.
- 2 Non desunt qui negent hoc debitum preferendum esse.
- 3 Sed retinenda est communis sententia admittens prelationem.
- 4 Proponitur difficultas an in nostro regno hac locum habeant?
- 5 Resoluitur nihil esse per leges regni in hac parte mutatum.

Debitum funerarium teste Vlpiano *in leg. at si quis §. funeris causa ff. de religio. & sumpt. funer.* ex occasione humandi corpus praestatur. Ad idem reduci debet debitum infirmi curandi iuxta *leg. in restituenda, Cod. de petis. heredit. & leg. legatum Cod. de religio. & sumpt. funer.* Item quod occasione testamenti, vel inuentarij conscientiam infirmum est.

Questio igitur est, an hac impense soluenda prius sint, quam omnia alia debita expressam hypothecam habentia? Non desunt qui negent Gloss. *in leg. penult. ff. de religio. & sumpt. funer.* Ripa *in leg. priuilegia n. 48. ff. de priuileg. Duenas regula 197. in 7. priuilegio. & alij relati a Fachin. lib. 12. controuers. cap. 49. Ducuntur.* Quia nullibi cauetur hoc debitum preferendum esse creditoribus hypothecam expressam habentibus. Nam licet *in leg. penult. ff. de religio. & sumpt. funer.* dicatur preferendum esse omni credito intelligi debet in credito personali non reali, & priuilegiato. Hoc enim debitum utpote iumme priuilegiatum expressam derogari debet.

Nihilominus longè probabilius est hoc debitum omni debito etiam expressam hypothecam habenti preferendum esse. Vt docuit Roland. *cons. 14. n. 23. lib. 1. Berouis q. 63. num. 4. Ioseph. Ludouic. d. cons. 78. Gregor. Lop. leg. 1. tit. 13. de sepulch. par. 1. & leg. 3. tit. 13. par. 5. Syluest. verbo restit. 6. q. 5. Gom. leg. 30. tauri, & ibi Michaeli Z. fuentes, Couarrua. de testament. cap. Reynald. §. 3. num. 2. Fachin. dicto cap. 49. Valq. de restit. cap. 11. num. 48. & de testam. cap. 8. §. 5. & de pign. cap. 5. §. 2. Fundamentum desumitur ex dicta *leg. penult. ff. de religio. & sumpt. funer.* vbi cauetur funeri impensam deducendam esse ex hereditate, & precedere debere omne creditum. Si autem creditoribus hypothecariis prius esset necessario satisfaciendum, sapè contingeret ea satisfactione hereditatem absumi nihilque superesse ex quo impensa funeris deduceretur. Deinde verbum illud omne creditum cum fit vniuersale & in fauorem defuncti, non est cur ad creditorem personalem limitetur. Deinde *in leg. are alieno ff. de religio. & sumpt. funer.* statuitur as alienum deducendum non esse ante impensam funeris, neque ibi distinguitur an sit as alienum cum hypotheca, vel absque illa. Item *in leg. vlt. §. in comparatione. Cod. de iure deliberandi* heres prius deducit impensas funeris postea cum aliis creditoribus concurrat: ergo impensa funeris omnibus aliis debitis praefertur. Et licet huiusmodi textus solum de impensa funeris loquantur, & debito ob eam rationem contracto prelationem concedant. Attamen Syluest. Gom. Couarr. Valq. Laym. & alij extendunt doctrinam ad debitum contractum ob curationem infirmi ob testamentum, & inuentarium conscientium. Hac enim (vt bene animaduerit Valq.) iure ipso naturali prelationem habentium nemo teneatur ab his omnibus abstinere ob satisfaciendum creditoribus.*

Sed an hac in nostro regno locum habeant? non caret difficultate. Nam *lex 10. tauri que hodie est lex 14. tit. 6. lib. 5. noue compil.* statuit impensam funeris deduci ex quinto bonorum defuncti, sicut & alia legata, non autem ex hereditate, tamen contrarium testator decernat. Ob quam legem Matien. ibi Gloss. 3. & leg. 7. tit. 16. Gloss. §. n. 3. censet impensam funeris creditoribus aliis non esse preferendam. Si enim impensa funeris non prauiudicat legitimam filiorum, vt ibidem dicitur qui non sunt proprii creditores, à fortiori prauiudicare non debet creditoribus veris. Item impensa funeris deducitur sicuti alia legata, hac autem non deducuntur ante as alienum solutum. Ergo neque impensa funeris iure communi deducebatur, atque adeo ante omnia debita, at iure regio non deducitur ab hereditate, sed à quinto si habeat descendentes, & à tertio si habeat ascendentes: ergo non deducitur ante debita.

Nihil

Nihilominus in hac re primo statuendum est nihil per hanc legem immutatum esse, cum testator nec ascendentes, nec descendentes habeat, nam eo casu cum integre de suis bonis libere disponere possit, potest utique in funeris impensa prout sibi placuerit absumere. Vt aduertit Anton. Gom. *dicta leg. 10. n. 1. Gutier. lib. 2. pract. q. 72. Azuero d. leg. 13. tit. 6. lib. 5. compilar. num. 18.* Quando autem ascendentes vel descendentes habet, si quinta pars suorum bonorum, de qua habens descendentes, vel tertia de qua ascendentes stantibus disponere potest, sufficiat ad impensam funeris moderatam iuxta qualitatem eius nullatenus poterit ex corpore hereditatis aliquid amplius detrudere, & in hoc sensu procedit *dicta leg. 30. tauri, & finalis tit. 6. l. 5. compil.* At si quinta, vel tertia pars bonorum moderatae impensae funeris non sufficiat, poterit utique ex corpore hereditatis ante omnia debita extrahi quicquid impensae funeris necessarium fuerit. Vt bene aduertit Couarru. *cap. Raynaldus de restam. § 3. num. 2. Azuero dicta leg. 13. tit. 6. lib. 5. compil. num. 17. Gutier. lib. 2. pract. q. 72. circa finem. Valq. de restam. cap. 8. §. ult. circa finem.* Nam de hoc casu praedicta lex nihil disponit, ideo iuris communis dispositioni relinquatur.

S. XVI.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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