

Sed contra hanc concordiam facit, nam idem jus debet esse de specie ad speciem, quod de genere ad genus, per text. in l. si duo, in princ. ff. de administ. tut. Ideo, secundo modo respondet Iaf. quod Bart. in d. l. omnes, loquitur in statutis.

24. Quae tanquam dispositiones legales potius debent regulari secundum ultimarum voluntatum, quam contractuum, ut colligitur ex gl. non satis commendata in l. gl. mag. Cod. de his, quib. ut indig. Ad cuius inductionem est advertendum, nam pauci eam inducent, inquit gl. per text. ibi, quod heres, qui non vindicavit mortem defuncti post transcursum temporis, infra quod potuit, punitur poena, de qua ibi, argumento text. in l. ita stipulatus, la. diff. ff. de verb. obligat. quibus verbis, si subtilitatem attendamus, voluit gl. quod dispositio legalis magis aequiparetur ultimae voluntati quam contractui: Nam lex, ita stipulatus, quam gl. corrupte allegat, facit distinctionem inter contractus & ultimas voluntates, secundum communes opiniones & Theoricas Doctorum ibi: nam in contractibus, quando stipulatio poenalis incipit a precedenti conditione, non committitur poena, nisi postquam definit posse fieri, in ultimis vero voluntatibus committitur statim quod potuit fieri, & omittum fuit: Igitur quatenus in propositum d. leg. i. voluit gl. allegare illud, quod disponitur in d. l. ita stipulatus, respectu ultimarum voluntatum, clare & aperte voluit, ut dispositio poenalis d. l. i. quae a lege inducitur, aequiparetur ultimae voluntati, non vero contractibus, de quibus in prima parte d. l. ita stipulatus, in quibus non committitur poena, ut supra dictum est, nisi postquam definit posse fieri, & ita hanc conclusionem ex illa gl. colligit ibi Bart. n. 4. & post eum omnes, idem Bart. in l. suis quoque, §. sed si filio, col. 2. ff. de hered. instit. idem Barth. in l. non solum, §. morte, col. pen. n. 61. & ibi Iaf. nu. 4. ff. de oper. non nuntiat. licet relinquat cogitandum, idem Bart. in l. ff. de in diem adiect. & licet contrarium teneat Bald. in d. l. omnes populi, opinionem d. gl. sequitur Iaf. in d. l. omnes, n. 51. & Alex. in l. ita denum, n. 5. Decius 3. C. de collat. & congerit plura Tirag. de retractu municip. §. n. 13. & de retractu linagier. §. 1. gl. 9. nu. 197. & testatur communem Antonius Rubens in d. §. morte, nu. 529. sic in proposito Iaf. dicebat, quod cum dispositio legalis magis aequiparetur ultimae voluntati merito, quod statuta statim a tempore concessionis currant, cum in ultimis voluntatibus id sit constitutissimum. Sed haec solutio mihi non placet ex his, quae supra dixi respondendo huic similitudini. ne obesse opinioni Bart. communiter approbatae in d. leg. i. ff. de constit. Princip. & eam solutionem inuenio reprobari per Philipp. Decium in cap. 2. n. 17. & constit.

25. Vbi dicit, melius accommodari distinctionem traditam a Cardinal. in proemio Clementinarum, in verb. omnes statum, ubi inquit, quod privilegium ignorantia prodest, sed non efficaciter, antequam sciat: Nam statim ignorantia jus quaeritur, ut privilegium reuocari non possit, sed cum effectu ante notitiam non dicitur jus quaeritur, & ita secundum hanc doctrinam celebrem Cardinalis possunt intelligi & concordari doctrinae Bart. supra allegatae, & adductae in tribus locis, quae videbantur contrariae: hanc tamen concordiam bene impugnat Menoch. vbi infra allegabitur.

26. Ultimo, pro complemento huius difficilis articuli & quaestionis ex omnibus supradictis infero ad intellectum tex. summe difficilis in d. l. quidam relegatus, ff. de reb. dub. vbi testator quidam relegatus cum testamentum conderet, reliquit legatum cuiunque ex heredibus vel amicis, quorum testamento mentione fecerat, vel cuius alteri, qui sibi ab Imperatore resti-

tutionem impetrasset, si, antequam gratias ei egisset, decederet: postea vnus ex heredibus impetravit, & antequam testator id sciret, decederet, infero nunc, quod in casu illius texus praedictum restitutionis beneficium acquisitum fuit relegato, etiam si illud ignorauerit, ex eo, quod tex. ille loquitur in restitutione, in qua diximus non habere locum doctrinam Bart. communiter approbatam in d. l. si ff. de constit. Principum, sed in ea saluari doctrinam eiusdem in l. fin. C. de sententiam pass. tum vel maxime, quod in illo text. testator ipse restitutionem testamento desiderasse probatur, quod aequiparatur scientiae, vel aduertunt Io. Sadoletus & Socin. ibi, pro quibus, optime facit sententia Bald. cons. 146. col. si. cuius meminit subleis Emanuel Costa Lusitanus in reper. l. Gallus, §. & quid sit tantum, in 2. par. nu. 173. ff. de lib. & posth. quae illatio & intellectus comprobatur etiam ex doctrina Cardinalis supra proxime adducta & relata.

Articulus huius allegationis, cum praedict. contrarietate Bart. & ipsius concordiam latissime post huius operis primam editionem examinat Iacob Menoch. in tract. de arbit. ludo, lib. 2. centur. 2. casu 185. nu. 10. & sequentibus. vbi aliam concordiam Imola in dict. cap. 2. assignat, & eam sequitur, aliam refert nouissime etiam, & post huius operis editionem Doctor Molin. de Hispanor. primog. libro 3. cap. 7. numer. 98. fol. 278. ex Bald. in dict. l. fin. ff. de constit. Princip. & in l. falsus, numer. 21. C. de serti. scilicet, ut ius acquiritur ex privilegio etiam ignorantia, quoad essentiam gratiae, sed tamen quoad eiusdem executionem seu exercitium, quoad hoc namque jus aliquod ignorantia non acquiritur.

Allegatio IV.

Quaestio mihi proposita est huiusmodi? An fideiussor, qui tempore fideiussionis erat primus creditor, tempore vero solutionis ab alijs praeferebatur, sit praepotendus & potior in bonis debitoris ceteris creditoribus?

SUMMARI A.

- 1 Creditores omnes, quod privilegium praetendere possunt, aures distinctio Dyni.
- 2 Secundus creditor habens scripturam publicam, praefertur priori habenti priuatam non habentem subscriptionem debitoris & aliorum trium testium.
- 3 Fideiussor, qui pro alio intercessit, habet duas actiones aduersus principalem debitorem pro quo intercessit.
- 4 Fideiussor per remedium cessarum actionum praefertur ceteris creditoribus, qui tempore fideiussionis nondum creditores existerant, tempore vero solutionis sic, & omnibus alijs cedente posterioribus, & numeris sequentibus.
- 5 Fideiussor solvens non videtur soluere ut liberet reum, sed ut sibi acquirat nomen debitoris, & sic quasi emptor est.
- 6 Fideiussor per remedium cessarum actionum ita demum praefertur alijs creditoribus, si creditor principalis eius praefertur, si satisfactus non fuisse.
- 7 Solvens creditori, non succedit in pignore vel hypotheca, praeterquam si sibi iura cedantur per creditorem.
- 8 Fideiussor, cui cessa fuit hypotheca per creditorem, potest eam intentare aduersus rerum possessores.
- 9 Difficultas proponitur, ob quam videtur cessationem fieri non posse a creditore.
- 10 Cessio ut locum habeat, quid requiratur, optima distinctio, & nu. seqq.
- 11 Plurimum correorum vna videtur obligatio, licet in effectu sint plures.

- 12 Fideiussor, cui per creditorem non sunt cessae actiones, sed intendit actionem mandati aduersus debitorem principalem, an praefertur creditoribus medijs inter fideiussionem & solutionem? & n. seqq.
- 13 Filius legitimus & naturalis secundo loco natus, praefertur in maioratu filio naturali tantum primo nato, & legitimato post natiuitatem secundi.
- 14 Matrimonium de presenti pure celebratum, pendente conditione primi matrimonij, cuius euentus dubius est, praevalet & praefertur primo, licet postea existat eius conditio.
- 15 Fideiussor sicut se habet quoad obligationem respectu creditoris principalis sic se habet reus principalis respectu fideiussoris, quum uterque debitor est.
- 16 Conditio in contractibus cum excipitur, retrotrahitur ad tempus contractus, etiam in praedictum creditorum posteriorum, qui sunt causati durante sine pendente conditione.
- 16 Prior in tempore, licet posterior in solutione, praefertur, in bonis falliti.
- 18 Creditores habent quandam quasi possessionem debitorum suorum, impropiam tamen.
- 19 C. si pro te, de re script. in 6 intelligitur.
- 20 L. 45. tit. 13. part. 5. intelligitur.

Pro huius quaestionis resolutione praesuppono auream distinctionem Dyni, in regul. Qui prior nu. 8. de reg. iur. in 6. quam ipse ibi latius prosequitur, scilicet, quod aut omnes creditores praetendunt privilegium reale, aut personale: aut quidam reale, aut quidam personale: alij nullum, aut omnes nullum: utique eo casu apparet, nos omnia infra dicenda loquuntur, quo omnes creditores aequale jus habent respectu causae & probationis debitorum, per scripturam publicam vel priuatam, vel per testes, licet in aequale respectu temporis.

Nam si vnus habeat scripturam priuatam debitoris sui, & hypothecam, vel pignus, & secundus creditor habet scripturam publicam sui debiti cum hypotheca vel pignore, tunc praefertur hic secundus creditor priori, nisi scriptura priuata primi esset subscripta per debitorem, & per tres alios testes, ut in l. 31. tit. 13. part. 5. de cuius intellectu ultra Greg. Lop. ibi, videndum est omnino Cou. in pract. quaest. cap. 22. n. 5.

Quo sic breuiter praehabito, inuocato diuino auxilio quaestioni propositae ita censeo respondendum, distinguendo.

1 Certum enim est, quod fideiussor, qui pro alio intercessit, habet duas actiones aduersus principalem debitorem, alteram mandati, qua tenetur ex mandato ipse reus, ut probat tex. in l. Rogatus, §. qui fidei, & in l. si remunerandi, §. si passus ff. mand. altera est beneficium cedendarum actionum a creditore, text. est in l. Papiannus ff. mandat. melior in l. cum alter, C. de fideiuss. text. omnibus quidem praestantior, vbi vtrumque membrum probatur in l. mandati, C. de fideiuss. & l. 11. & 12. tit. 12. part. 3. & latissime Petrus Duennas in reg. 337. per totam. Et quia distinguens proximus est veritati, ut alias inquit Philosophus, ideo de vnoquoque horum casu separatim erit agendum.

2 Et primo quidem de casu magis claro videamus, scilicet, quando fideiussori soluenti pro reo sunt cessae actiones a creditore, & tunc ingenue fateor, illum quidem sibi propicientem per illud remedium cessarum actionum praefertendum ceteris creditoribus, qui tempore fideiussionis nondum creditores existerant, tempore vero solutionis sic, item omnibus illis cedente posterioribus, si hoc intelligamus iuxta declarationem & distinctionem infra hendam.

3 Primo, pro hac opinione facio talem considera-

tionem, quia fideiussor solvens non videtur soluere, ut liberet reum, sed ut sibi acquirat nomen debitoris, & sic quasi emptor est, tex. pulcher in l. cum i. ff. de fideiuss. vbi inquit text. quod creditor accipiens debitum a fideiussore, non accepit in solutum, sed quodammodo nomen debitoris vendit. ideoque inquit text. fideiussor habet actiones, quia creditor ad id ipsum tenetur, ut eas praestet & cedat: Igitur cum hic fideiussor dicatur emptor, sequitur, quod habet omne jus praerelationis, quod ipse principalis habebat, ut probat expresse tex. in l. si a creditore, C. de alio. & oblig. ac per consequens debet praerferri ceteris creditoribus posterioribus.

Et ita debet intelligi, quod supradiximus pro decisione primi casus nostrae decisionis, nam ita demum debet praerferri fideiussor per beneficium cessarum actionum a creditore posterioribus creditoribus, scilicet, si ipsemet creditor, si satisfactus non fuisset per fideiussorem, praerferretur eis, sunt enim in iure casus speciales, in quibus posterior creditor praefertur priori ratione privilegij, pro ut est in casu d. l. 1. tit. 13. part. 5. & in casu l. licet, Cod. qui pot. in pign. habeant. cum similibus. Nam in his casibus sicut principali creditor non praerferretur posteriori creditori, nec etiam fideiussor per huiusmodi beneficium praerferri debet quia est subrogatus in locum prioris creditoris, ut in l. 1. & per totum, C. de his, qui in priorum loc. cred. succed.

Secundo principaliter pro hac opinione facit, quia licet creditori priori solvens non succedat in pignore, neque in hypotheca, ut in l. res obligatas, C. de pign. & in l. 1. C. de his, qui prior. loc. cred. succed. tamen id fallit, quando creditor prior, cui soluitur, cederet soluenti creditori iura sua. Ita praedicta iura limitat eleganter Ripa in l. se ventri, §. eorum ratio, num. 8. ff. de privileg. credit. cuius opinionem sequitur Bernard. Diaz in reg. 163. in 3. limit. ex text. quem ipsi allegant in l. si. C. de iur. fidei. qui text. meo iudicio probat, satis tamen est auctoritas supradictorum. Sic igitur in praesenti nostro casu, solvere fideiussorem creditori, quidnam est: nisi quod secundus creditor rei principalis soluat creditori?

Tertio magis principaliter, imo expresse haec opinio probatur in praedicta l. mandati actio, C. de fideiuss. vbi probatur, quod licet fideiussor non habeat actionem hypothecariam, quam habet creditor principalis, si tamen ipsi soluenti cessa fuerit per creditorem, bene potest eam intentare contra rerum possessores, & sic manifestissime constat ex illo text. quod fideiussor, cui cessae sunt actiones a creditore, succedit in idem jus, quod ipse creditor habebat, & per consequens debet praerferri omnibus alijs creditoribus posterioribus ipso principali, cui soluitur est. Nam cum hic fideiussor in eius locum subrogetur, debet sapere naturam subrogati, ut est tex. in §. fuerat, Inst. de actio. & in l. vnica, in princ. C. de rei uxor. act. cum similib. & in expresse, quod succedens in hypotheca in locum primi sit potior secundo, est text. in leg. si prior, §. a Titio ff. qui pot. in pign. hab.

Verum tamen hac in parte contra text. in d. l. mandati, & contra omnia supradicta, imo quod per dictum beneficium cessationis nihil fideiussor consequatur, adest ingens difficultas. Nam creditor, cui est satisfactum, non habet actionem, quia solutione eius, quod deberetur tollitur omnis obligatio, in princ. Inst. quib. mod. tollitur oblig. Ergo cum illum non habeat, nihil est quod cedat, quia nemo plus juris, & c. l. nemo plus iuris ff. de reg. iur. sed, creditor nullum jus habet, postquam sibi est solutum debitum: Ergo nihil cedere potest. Item, quia non entis & non apparentis nullae sunt species, neque qualitates, l. eius qui in prouincia, §. quas vero ff. si cert. per. l. nam, & si sub conditione, ff. de iust. rupt.