

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 administr. 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. §. 1. 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 tamen accommodari distinctionem traditam a Cardinali 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 & quaestiones 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 testator 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 furt. scilicet, ut ius acquiritur ex privilegio etiam ignorantia, quoad essentiam gratiae, sed tamen quoad eisdem 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 praeponeendus & 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 tunc huius quaestiones 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 tamen 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 praefereendum 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 accipit 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 praferri ceteris creditoribus posterioribus.

Et ita debet intelligi, quod supradiximus pro decisione primi casus nostrae decisionis, nam ita demum debet praferri fideiussor per beneficium cessarum actionum a creditore posterioribus creditoribus, scilicet, si ipsemet creditor, si satisfactus non fuisset per fideiussorem, praefertur 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 praefertur posteriori creditori, nec etiam fideiussor per huiusmodi beneficium praferri 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 praferri 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 deberur 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.



irritaque facta, etiam prope si, tum preterea, quia actio se- mel extincta amplius non reuiuiscit, l. qui res, §. aream, ff. de solut. vbi dicitur, in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest. Idem probat text. menti suo casu semper tenendus in l. fin. C. de remiss. pignor. Ergo cum omne jus competens creditori, solutione facta per fideiussorem, sit extinctum, amplius non potest restitui, & ita ipsi fideiussori competere minime potest, neque per ipsum creditorem cedi.

Cujus difficultatis timore gl. perterrita in d. l. mandati actio, verb. celebrata, prope finem, respondet, fatendo ingenue hanc difficultatem, atque perinde dicens, quod antequam fiat solutio, & sic antequam extingatur jus creditoris, debet cedi predictum jus, alias vero nihil proderit cessio: Cujus gl. opinionem inuenio sequutum Bald. in l. cum alter, nu. 1. C. de fideiuss. addentem, quod etiam post solutionem potest fieri cessio, si de hoc pactum praecesserit. Sed haec solutio falsa est: Nam etiam si prius cedatur, cum postea per solutionem resoluitur jus datoris [hoc est, ipsius creditoris, debet resolui & jus acceptoris, hoc est, ipsius fideiussoris] in quem cessae sunt actiones, ut sunt iura vulgaria, l. lex vestigali, ff. de pignorib.

20 Ideo, ut rem t ipsam a principis tradamus, pro intelligentia diste difficultatis ac vera nostre questionis resolutione sic distinguebat gl. in l. Papinianus, verbo, & suo nomine, ff. ad quod. Aut iste fideiussor soluit nomine debitoris, & hoc casu inutilis erit cessio quando documque fiat, quia actiones per solutionem sunt extinctae: Aut fideiussor expresse soluit nomine suo, & tunc, quando cunctumque fiat cessio, valet, quia actiones, quas habet creditor contra debitorem principalem, tunc non extinguuntur per solutionem, ex. est expressus in d. l. Papinianus, & ultra gl. ipse allego text. in l. Stichus aut Pamphilus, §. si mandatum, ff. de solut. vbi probatur, quod si mandato meo tu credas alteri pecuniam, qua postea a me exegisti, oportet post solutionem, ut mihi cedas actiones aduersus debitorem principalem: nam cum iste mandans suo proprio nomine soluerit, consequens est, posse cedi predictas actiones. Tertius casus supradictae gl. est, quando fideiussor simpliciter soluit, neque constat, quo nomine, an suo, vel alieno, & tunc iterum subdistinguit gl. in quibus, quod si quidem fideiussor fecerit, ut creditor cedat, in continenti praesumitur soluisse proprio nomine, ac perinde valebit cessio, sicut in z. casu supradicti, si vero ex intervallo, tunc praesumitur nomine creditoris soluisse, ac perinde non valebit cessio tanquam extinctis iam actionibus, sicut in primo casu dictum fuit ex text. que ad hanc subdistinctionem gl. allegauit in l. Modestinus, ff. de solut. vbi videtur casus expressus ad hoc, probat namque text. ille, quod si quidem vnus tutor ex pluribus in solidum obligatis conuentus a pupillo, omne debitum ex causa tutelae sine villo pacto soluerit, & actiones postea ex intervallo cessae sint, nihil valet predicta cessio, cum nulla actio superfuit propter solutionem; quod si ante solutionem cessae sint actiones, recte procedit cessio, cu his casibus, inquit text. magis mandatarum actionum solum pretium, quam actio, quae fuit, perempta videatur, & sic clare colligitur ex illo text. quod loquitur eo casu, quo non constat, quo nomine solutum fuit: nam si constaret, bene probat text. aliud atq; aliud esse iuxta distinctionem supra positam, ex quo text. hanc eandem distinctionem & subdistinctionem ante omnes posuit dominus Azo a nullo antiquo relatus in summa C. de fideiuss. nu. 13. a quo furtim mutuata est gl. nostra, & illam gl. dicit meliorem juris Bal. in l. n. 3. C. de actio. & oblig. hanc tamen subdistinctionem gl. Azo. non referens reprehendit Cynus in d. l. mandati actio, atque idem Cynus in d. l. cum

alter, ex eo, quod distinctio text. in d. l. Modestinus, tum procedit in casu, quo loquitur, scilicet in obligationibus, pariter principalibus, ut in pluribus correis, vel contutoribus, non tamen habet locum in fideiussoribus, mandatoribus, & similibus, quorum obligatio accessoria est; In illis etenim, etiam ex intervallo facta cessio valet, quando simpliciter soluerit, quia magis sui ipsorum nomine, quam alieno soluisse videtur, ut in d. §. si mandato, & expresse in d. l. si cum is ff. de fideiuss. ad idem est text. in l. si res, in ff. de leg. 1. & in l. si filius, ff. de in rem vers. & ita hac opinionem Cyni in hoc ultimo mentio contra gl. testatur communem eam sequutus Bartol. in d. l. Modestinus, nu. 3. & ibi Paul. de Castr. nu. 3. eandem sequitur, hanc etiam opinionem testatur communem Salycet. in d. l. mandati, nu. 2. in 3. opposit & idem in d. l. cum alter, nu. 2. eandem opinionem contra gl. & Azon. referens Bartol. dicit communem Greg. Lop. in l. n. 11. tit. 11. par. 3. gl. fin.

Qui quidem Dd. eam assignant rationem diversitatis, quia plurium correorum vna videtur obligatio; licet in effectu sint plures, ut probat text. in l. 3. in si ibi, vbi cum vna sit obligatio, & in l. eandem, §. fin. de duobus reis, unde quilibet eorum soluens, semper videtur soluere respectu eiusdem obligationis, at vero obligatio fideiussoris, respicere obligationis rei principalis diuersa est, quia vna est principalis, altera accessoria, unde in suam tantum causam videtur soluisse, non vero in rei principalis, atque proinde nunquam extinctae fuerunt actiones, & ideo, quando cunctumque fiat cessio in nostro casu, valebit, & haec omnia verissima sunt de iure communi. Iure vero Regio tota distinctio gl. & Azonis supradicta approbata est, & communis opin. supradicta corrigitur, ut probat expresse text. in l. n. 11. tit. 12. par. 3. & ibi notat Greg. Lop. gl. si. & Io. Orosc. in l. nisi hoc dictum est, §. 5. ff. de pact. & secundum hanc optimam distinctionem de iure Regio approbatam sunt intelligenda omnia iura supra allegata, & nostra quaestio, & in nostris terminis, quae cessioarius habeat idem privilegium, quod habebat cedens, tenet Paul. de Castr. in d. l. Modestinus, nu. 2. dicens, quod tutor, qui soluit pro cotutoribus, si sibi sunt cessae actiones a pupillo, iuxta formam text. ibidem, habet privilegium tacitae hypothecae, quod habebat ipse pupillus, ex l. pro officio, C. de admin. tut. cum alijs similib. Haec tamen de actionibus cessis.

Secundo tamen casu principali magis dubium est, scilicet, quando fideiussor intentat contra debitorem actionem mandati, ut puta, quia non sunt sibi cessae actiones, & videtur non esse praefereendum, sed imo potius ceteros creditores, argument. text. optimi in c. si pro te, de rescript. lib. 6. vbi probatur, quod si alicui primo sub conditione prouideri mandetur per Papam, & alteri secundo pure, & pure impetrans antequam conditio primi existat, canonicatum obtineat iuxta formam sui rescripti, & postea existat conditio, praefertur quidem debet ipse, qui est in possessione, non vero alter, argumento regulae vulg. text. in l. quoties, C. de rei vendic. Sic igitur in proposito dicendum videtur, quod cum iste fideiussor sit conditionalis creditor ipsius debitoris, & antequam conditio existat, alios puros creditores sortitus fuerit hic debitor, merito, quod predicti creditores sint praefereendi, licet postea existat conditio primi.

Cujus tex. t. argumento (quod & pro hac parte facta) dicebat eleganter Ioan. Andreas in regul. sine culpa, de regul. iur. in 6. in mercenariis libus, quod filius legitimus & naturalis secundo loco natus, praefertur in marjoratu filio naturali ratum primo nato & legitimo, per subsequens matrimonium post natiuitate secundi filij legitimi & naturalis, quia licet legitimatio retrotrahitur,

hatur, ut in cap. tanta, cum similibus, qui fil. sint. legit. non tamen retrotractio haec procedit in praedictum juris secundo nato quaestio, antequam primus legitimus factus sit, & haec opinio est communis, ut nos late diximus in repet. §. sui, Instr. de hered. qual. & differentia, nu. 192. Ergo ita in proposito videtur dicendum.

14 Secundo, ultra t. omnes mihi videtur ex illo text. posse probari opinionem gl. quam ibi sequuntur omnes in cap. per tuas, §. gloss. mag. in fine, de condit. apposit. vbi tenet, quod si pendente conditione primi matrimonij, cuius euentus dubius est, fiat alterum matrimonium purum, & de praesenti, illud praevalet & praefertur primo, licet postea existat ejus conditio: Ergo sic in nostro casu videbatur dicendum.

15 His tamen t. omnibus non obstantibus, contrariam sententiam veriore esse credo, imo quod etiam isto secundo casu fideiussor sit praefereendus creditoribus puris non habentibus alias privilegium, pro quo elegans & omnino concludens, licet subtile, adduco fundamentum. Certum enim est, quod sicut se habet fideiussor quoad obligationem respectu creditoris principalis, sic se habet reus principalis respectu fideiussoris, quia vterque debitor est. Nam sicut fideiussor est tacite obligatus sub illa conditione, si reus non soluerit, atque proinde non potest conueniri, nisi demum facta excussione, text. est in authen. praesente, C. de fideiuss. ita & reus est obligatus ipsi fideiussori a ditione mandati sub illa conditione, si ipse soluerit pro eo & non tenetur eum eximere a fideiussione, nisi constituit de solutione, exceptis quibusdam casibus, ut in l. si pro eo, cum similibus, C. mandat. & sic fideiussor creditor est conditionalis ipsi debitori.

Tunc sic ista conditio cum existerit, etiam postquam ipse t. debitor habeat alios creditores, retrotrahitur ad tempus obligationis & contractus ad hoc, ut ipse praefertur ceteris, ut in casu expresso est text. pulcher in l. potior, ff. qui pot. in pign. hab. l. 32. tit. 13. par. 5. vbi probatur, quod si ego tibi pure res meas obligauero, postquam alteri sub conditione casuali easdem res obligaueram, & postea conditio existerit, retrotrahitur atque fingitur a principio fuisse priori pure obligatus, atque perinde praefertur illis, quibus secundo fuerunt pure hypothecata: Sic igitur in proposito dicendum est, cum ista conditio, si soluerit, qua tenetur reus, sit casualis, quia pender a fortuna, an debitor principalis sit soluendo necne, merito quod retrotrahitur, & per consequens fideiussor praefertur, ad idem est text. optimus in l. necessario, §. quod si pendente ff. de pericul. & commod. rei vendit. ex quibus iuribus constituit hanc regulam Bart. in l. si is qui pro emptore, n. 46 & 47. ff. de rescap. quod in contractibus conditionalibus retrotrahitur conditio ad tempus celebrati contractus, si ipsa casualis aut mixta sit, & ibidem sequuntur omnes, & dicit communem Gregor. Lopez in d. l. 32. tit. 13. par. 5. verb. La conditio.

17 Secundo t. & principaliter facit optime in proposito decisio quaestiois notabilis, quam pluribus fundamentis, & praecipue ex text. in d. l. leg. potior, & in l. qui balneum, §. 1. ff. eodem, determinauit Roderic. Suarez in l. postrem iudicatam, in 7. limitatione ad l. Regiam, nu. 2. & sequentibus, ff. de re iudic. vbi tenet, quod in bonis mercatoris, vel alterius, qui fregit vel rupit, quod vulgo dicitur (Halcofe) praefertur prior in tempore, licet posterior in solutione, quia nondum aduenit dies his, quorum dies fuit prior, licet obligatio sit posterior: Ergo ita in proposito dicendum est, quod iste fideiussor cum sit prior in tempore, praefertur secundo creditori, qui est prior in solutione.

Non obstat text. cum sui similibus supra allegatis in cap. si pro te, de rescript. lib. 6. nam in illis huic secundo

fuit tradita possessio, & ius acquisitum, unde nil mirum si praefertur primo sub conditione, argumento regulae l. quoties, C. de rei vendicat.

Sed ista solutio mihi non placet, ex eo, quod in nostro casu hi creditores secundi puri etiam habent quandam possessionem iuris debitorum suorum, licet eam improprietatem, ut recte consideravit gloss. in leg. regulariter, verb. ius, ibi, magis improprie, ff. de petit. hered. quam gl. maxime commendat Bal. in l. 1. C. de interdicit. nu. 31. & melius Ripa in Rubr. de caus. possess. & prop. n. 25. Cynus & Odofred. in l. 1. C. de feruit. & aqu. Cum igitur hoc in casu creditor possessionem dicatur habere, falsa est praedicta solutio.

Ideo ad illum t. tex. dum meliora consideratis, teneo intellectum Dyn. in d. l. regul. qui prior, numero 5. & 6. scilicet, quod praedictae ll. loquantur in contractibus, in quibus non est in potestate contrahentis primo sub conditione, secundo pure reuocare contractum conditionalem, text. vero in d. l. cap. si pro te, loquitur in concessione gratuita Papae, qui potest primam conditionem reuocare; Unde multo fortius potuit ei per secundam pure derogare, & licet hic intellectus ex toto mihi non satisfaciat, sufficiat tamen, quod in nostro casu, scilicet, in contractibus, probatum sit, retrotrahi conditionem ad hoc, ut praefertur quis alteri, & hoc maxime in pignorum causa, sicut in nostro casu in obligatione personali.

Est tamen elegans l. 45. tit. 13. par. 5. quae t. expresse videtur probare, ut non solum praefertur hic fideiussor in actione personali secundo creditori pure, sed etiam habenti hypothecam & pignus traditum, quod prius erat conuentum & constitutum creditori, cui hic fideiussor existit pro debitore, & sic videtur hic textus expressus contra d. l. mandati actio, C. de fideiussoribus, dum probat, quod fideiussor non habet actionem hypothecariam, quam habet principalis. Potest responderi, ut necessario lex Regia debeat intelligi cessis actionibus per principalem creditorem, non alias, cum secundum jus debeat intelligi, & correctio legum sit euitanda, quando de illa expresse non constat, ut sunt iura vulgaria. Pro quo facit, quia lex illa Regia hoc non decidit principaliter, sed incidenter; Unde praesupponendum est quod praecedunt, quae requiruntur secundum jus, quia cum de vno quaeritur cetera praesupponuntur habilia, c. l. cum similib. de atar. & qual. in 6. Item facit, quia Gregorius Lopez in d. l. 45. dicit, illam concordare, cum l. prima, C. de dolo, quae l. 1. loquitur, quando fideiussor emit pignora a creditore, & sic in casu, quo sibi ceditur hypotheca vel pignus. Cogita super hoc. Et ita in hoc articulo de fideiussore, cui non cessae sunt actiones, sed agente actione personali sibi competente aduersus debitorem principalem, existimo tenendum, ut praefertur tunc posterioribus ipso fideiussore, saluo iudicio melius sentientium. Audiui tamen in praxi hic Placentiae fuisse obtentum contrarium, sed Salmanticae per iudicem Metropolitanum fuisse reuocatum & pronuntiatum secundum hanc meam opinionem. Audiui etiam in alia causa idem factum fuisse, & decimum Pinciae secundum hanc meam opinionem, & reuocatum fuisse sententiam contrariam iudicis ordinarij Placentiae.

S V M M A R I A.

- 1 Specialis hypotheca constituta super re vendita tempore venditionis praefertur generali hypotheca prioris.
- 2 Generalis hypotheca omnium bonorum constituta tempore venditionis alicuius rei, an praefertur in illa re generali anteriori?