

ANTONII FABRI  
I. C. SEBVSIANI  
SABAVDI  
SENATORIS,  
CONIECTVRARVM  
IVRIS CIVILIS  
LIB. xj. & xij.

(3)

*In quibus, ut in prioribus, difficiles plerique iuris loci novis cum emendationibus tum interpretationibus explicantur.*

Ad clarissimum virum Anastasium Germonium Archidiaconum  
Taurinensem, ac Sereniss. Vrbinatum Ducis Consiliarium &  
oratorem discretissimum.



LVGDVNI  
Apud Franciscum Fabrum.  
M. D. XCVI.



3 400 40  
Gallez  
MADE IN SWITZERLAND

ANTONII FABRI  
I. C. SEBVSIANI  
SABAVDI  
SENATORIS,

(3)

CONIECTVRARVM  
IVRIS CIVILIS

LIB. xj. & xij.

*In quibus, ut in prioribus, difficiles plerique iuris loci novis cum emendationibus tum interpretationibus explicantur.*

Ad clarissimum virum Anastasium Germonium Archidiaconum  
Taurinensem, ac Sereniss. Vrbinatum Ducis Consiliarium &  
oratorem disertissimum.



LVGDVNI  
Apud Franciscum Fabrum.

M. D. XCVI.



VIRO CLARISSIMO  
ANASTASIO GERMONIO  
ARCHIDIAONO TAVRINENSIS  
Sereniss. Vrbinatum Ducis Confiliario  
& Oratori disertissimo.

*ANTONIVS FABER S. D.*



ETERIS mutuaq. necessitudinis nostrae suauissima recordatio iam pridem postulabat, clarissime Germoni, ut qui abs te constanter vnicéque amari me intelli gerem, vicissim tibi praestarem aliquid, quod mirificam, & singularem animi erga te mei propensionem, si minus magnificè, saltem candidè atque ingenuè testaretur. Quid verò à me proficisci tale potuit, nisi si quid ex intimis iurisprudentiae nostrae studiis depromerem, in quibus scio non te solùm, sed me etiam tantopere tibi placere? Quamquam id vnum iam diu cogitanti & ambienti mihi occurrebat, quae me remoraretur scriptorum tuorum cõparatio, ex qua non obscure perspicerem quàm essent haec parum digna, probare quae deberes. Non quòd aliena sint ab eo scribendi genere quod tibi maximè probatur [ quid enim habes, aut vnquam habuisti antiquius, quàm ut veterem illam iurisprudentiae dignitatem tot seculorum & interpretum barbarie miserè conspurcatam disiectamq. pristino decori suo, quoad posses, restitueres, ac veluti

quodam postliminij iure in sedes patrias reuocares? Sed quia video quàm sint tenuia & ieiuna si cum tuis conferantur, non minùs sententiarum grauitate & verborum delectu ponderosis, quàm scientiarum omnium mira varietate qua redundant vndique, luculentis. Nà quid obsecro duobus illis animaduersionù tuarum libris scribi potuit accuratius? Quid tuis in Decretales paratilis aut vtilius aut emendatius? Quid denique, vt cætera taceam, toto illo tractatu quem de sacrorum immunitatibus nuper edidisti subtilius, eruditius; præclarius? Deus bone, quantam mihi, totique reipublicæ literariæ commouent ista expectationem septimi Decretalium libri, cuius compilandi, concinnandi, & interpretandi curam posteriores Doctores eruditionis tuæ apprimè conscij tibi vni creditam esse voluerunt! Quàm magnum & excellens opus illud futurum est, in quo elaboradò, vt scribis, omnes & ingenij & animi tui neruos adhibes, si quantum in eam rem diligentia ac industria collaturus es, tantum tibi datura est ocij dignitas tua. Sed ridiculus sanè sum si tua ostento vt mea rideas, aut parum ingenuus, si te laudo vt par pari referas quod me titillet. Itaque præteribo tacitus reliqua, quæ si vt cuperem, in nominis tui commendationem cumulare vellem, non magis tua mihi quàm mea obstaret modestia, quando arctissimæ necessitudinis nostræ iura sic ferunt, vt non minùs mihi tecum laudem tuam cõmunem esse putare debeam, quàm cætera sunt omnia, quæ amicitia vinculo & societate continentur. Ciuitate Romana honorificentissimè donatum te quiscunt, & ex tanto ciuium Romanorum numero in amplissimo totius terrarum orbis teatro à Serenissimo Vrbinatum Duce vnum electum quem ille suum oratorem haberet, satis ex eo intelligunt, quanta virtutibus meritisque tuis laus ab optimo & eruditissimo quoque

quoque debeat. Mihi verò egregia & præcipua illa fuerit, si tibi studium in te meum, studique hæc qualiscunque testatio probabitur. Quod etiam si non peterem, tua tamen erga me voluntas, & quæ in omnes humanitas est, pro me satis postulatura videretur, & suo propemodum iure impetratura. Bene vale vir clarissime, & me quod facis ama. Ex vrbe Camber. 6. Idib. Decemb. 1595.

\* iij





INDEX CAPITVM XI. ET  
XII. LIB. CONIECTVRARVM  
ANT. FABRI.



Prior numerus caput, posterior verò paginam huius editionis demonstrat.

LIBRI XI.

**E**X pluribus correis debendi non semper pro fideiussore habendum eum ad quem pecunia non peruenerit. cap. I 1  
Correos debendi numquam vice mutua fideiussisse videri, nisi cum id nominatim actum est. cap. II 8  
Explicatur subobscurus nec dum intellectus Venuleij locus in l. si ex duobus. 12. §. I. D. de duobus reis. cap. III. 14  
Quid noui induxerit Iustiniiani constitutio nouell. 99. cap. IIII. 20  
Abrogatum à Iustini. ano Papiniani responsum quod extat in §. duo rei. l. inter eos 51. de fideiuss. & malè à nonnullis emendatum §. vltim. l. si plures 27. eodem. cap. V 22  
Correo debendi qui totum soluit mandati actionem aduersus correum non competere ad l. I. alios 2. Cod. de duob. reis. & emendatio. l. qui fide 56. D. mandat. cap. VI. 24  
Actionem negotiorum gestorum aduersus correum non competere correo, qui totum soluit: nec rursus de in rem verso Ad. l. nam & Seruius 21. & l. ex facto. 30. D. de negot. gestor. & l. si pro patre 10. §. vlt. de in rem verso. cap. VII 27  
Neque communi diuidendo actionem correo aduersus correum dandam esse, neque conditionem ex l. si & me & Titium 32. de reb. credit. cap. VIII 34  
Correo qui totum soluit actionem aduersus correum ex intervallo cedi non posse. ad l. modest. 76. D. de solut. l. I. C. de contr. iudic. tutel. l. cum alter. y. C. de fideiuss. l. vi fideiussor 39. D. eod. & emendatio. l. cum 15. 36. eod. cap. IX 37  
Emendatio & explicatio l. Stichum aut Pamphilum 95. §. si mandato de solut. l. si minoris 25. de admin. tutor. l. si res obligata 57. de legat. I. l. cum pupillus 21. de tutel. & rat. distr. cap. X 42  
Ad §. nunc tractemus l. I. de tutel. & ratio. distrab. cap. XI 46  
Correo qui totum soluit non competere vtilem actionem aduersus correum, & obseruata Triboniani manus in l. alterius 20. in princ. D. de tutel. & ration. distrab. cap. XII 50  
Cogendum esse creditorem ei ex correis qui totum soluit actione sua aduersus alium cedere

cedere si ante solutionem aut in ipso actu solutionis cessio petatur. cap. XIII 53  
Si correo nulla actione cedere creditor possit an cedendarum actionum exceptione repellatur, & an pro parte, an in solidum fieri villo casu cessio debeat. cap. XIII 55  
Non magis fideiussori quam correo competere exceptionem cedendarum actionum. Ad. l. si stipulatus 15. §. I. de fideiuss. & de differentia correorum confideiussorum & mandatorum. cap. XV 58  
Quantum intersit an correi debendi aut stipulandi socij sint nec ne. Ad. l. in lege 62. D. ad leg. falcid. cap. XVI 63  
Nullam prorsus actionem correo debendi qui totum soluit competere aduersus correum non socium. Et obseruata imperiti interpretis aut Triboniani manus in l. I. qua aliàs 2. C. de duobus reis. cap. XVII 66  
An pactum vnius ex correis credendi aut debendi profit noceatve alteri. Et de emendatione l. si vnus. 27. D. de pact. & l. si duo. 34. D. recept. qui arbitr. cap. XVIII 70  
De correis testamento factis, itèmq; de sententia & emendatione l. eandem 9. l. si id quod is in fin. de duob. reis. & veterum iuris authorum obseruata dissensio. cap. XIX 73  
Omissam exceptionem cedendarum actionum non magis quam exceptionem ordinis aut diuisionis locum facere conditioni: & de differentia correorum, fideiussorum & mandatorum. Ac emendatio. l. 2. C. de fideiuss. tutor. l. pen. D. eod. l. vlt. C. de constit. pecun. cap. XX 75

LIBRI XII.

**D**ivisio debiti an & quando ex partis petitione inducatur, & obseruata Triboniani additio in l. inter eos 51. §. I. de fideiuss. cap. I 82  
An confessio pactumve cedentis noceat cessionario ad l. C. de oblig. & actio. & l. cum marinus 29. §. vlt. D. de pact. dotal. cap. II 85  
Solutionem factam cedenti etiam postquam debitor cessionem rescituit, dummodo non ab ipso cessionario, prodesse indistinctè debitori ne à cessionario conueniri possit. cap. III 88  
An & quibus casibus etiam post cessionem agere cedens possit, aut exceptione repellendus sit? Et emendatio §. vlt. l. 27. D. de procurat. cap. IIII 90  
Reprobantur alia nostrorum distinctiones & interpretationes ad §. si heres scriptus l. facta 63. D. ad S. C. Trebell. & ad §. quod si is l. 4. de dol. mal. except. cap. V 94  
Interpretatio noua & vera l. 3. C. de nouat. cap. VI 97  
Cessi nominis periculum an ad cedentem spectet, an ad cessionarium, ad §. soror l. pupilli. 96. D. de solut. cap. VII 100  
In quo dispar sit condicio marini cui dotis causa nomen cessum est, & alterius cuiuslibet cessionarij. ad §. si à debitore l. promittendo 41. D. de iur. dot. cap. VIII 103  
An exceptio compensationis, aut alia qua obstaret cedenti obstet cessionario. cap. IX 105  
An in causa reconuentionis cogatur cessionarius cedentem defendere. Emendata l. si quis in rem 34. & explicata l. pater. 70. de procurat. cap. X 108  
Exceptio qua obstabat deleganti an & quando obstet ei cui facta est delegatio. & emendatio §. apud Iulianum l. 4. D. de dol. except. cap. XI 115  
Anastasio constitutionem in l. per diuersas 22. C. mandat. non pertinere ad indubitatas obligationes, & quanam illa sint. cap. XII 117

Emendatio. l. si a te 9. D. de except. rei iudicat. cap. XIII	120
Explicatio §. i. d. l. si a te 9. de except. rei iudic. cap. XIII	123
Emendatio §. item Iulianus. l. si mater eod. tit. de except. rei iudic. & l. 4. C. de dot. promiss. cap. XX	127
Tribonianismi quidam. cap. XVI	130
Alij Tribonianismi. cap. XVII	136
Emendatio §. qui seruum. l. huiusmodi 84. de legat. I. cap. XVIII	143
Defenditur recepta lectio l. 3. & emendatur l. 4. D. de regul. Caton. cap. XIX	145
Refutatur alius nostrorum error in tractatu de reg. Caton. & indicatur insigne Triboniani facinus in §. quando autem. l. 3. D. de iur. fisc. cap. XX	149

ANTONII



ANTONII FABRI SEBV-  
SIANI SABAVDI SENATORIS  
CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS  
LIBER VNDECIMVS.

*Ex pluribus correis debendi non semper pro fideiussore habendum eum ad quem pecunia non peruenerit.*

CAP. I.

**P**ERVULGATA est, nec minus in foro quam in scholis frequens illa nostrorum vox, Pluribus correis debendi factis, semper habendum pro fideiussore eum ad quem pecunia non peruenerit, ob idque dandam illi exceptionem non factæ excussionis quæ ex nouo iure fideiussoribus competit, ut non prius conueniatur quam appareat rem ab eo seruari non posse ad quem pecunia peruenerit. Sic enim Bartolus ab alijs approbatus in l. 3. §. ubi duo. num. 15. de duob. reis. Addens quod magis mirum est, id ipsum iam olim obtinuisset, si modò paratum se diceret is ad quem pecunia non peruenerat ut periculo suo alius conueniretur, qui lucrum ex obligatione sensisset. Ex l. unde queritur 7. iunct. §. ult. l. §. D. commod. ubi Vlpianus tractans de commodato quod pluribus factum sit, ait singulos & dolum & culpam & diligentiam & custodiam præstare in totum debere. Ut duo quodammodo rei habeantur, & si alter conuentus præstiterit, liberet alterum. Sin res commodata furto subtracta sit, ambobus quidem actio furti competat, sed ita ut alterutro agente alterius actio contra furem tollatur. Unde queritur, si alter solus furti egerit an ipse solus commodati actione debeat conueniri. Et ait ex Celsi sententia, si aliter conueniatur qui furti non egit, & paratus sit periculo suo conueniri alterum qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, debere eum audiri & absolui. Quò etiam pertinere Baldus credidit quod ex Labrone scriptum legimus in l. cum in plures 60. §. vestimenta D. locat. Si vestimenta tua fulloni polienda dederas quæ is perdidit, posse quidem tibi ex locato cum fullone actionem competere, sed iudicem æstimaturum an aduersus furem magis agere possis & ab eo tuas res consequi, fullonis videlicet sumptibus ut non prius tibi fullonem condemnet, quam perspexerit non posse te à fure res tuas consequi. Addit Bartolus exemplum tutorum, in quibus constat receptum esse ut licet plures simul tutelam susceperint, prior tamen conueniatur is qui gessit si sit soluendo, quoniam ad eum maxime negotium spectare intelligitur l. tres tutores §. de admin. tutor. l. ult. C. de diuid. tutel. l. ult. C. si tut. non gesser. Sunt etiam qui in eandem sententiam adferant quod scriptum est in l. item si filius fami-

*l. 7. alias l. sed Iulianus §. idem ait. D. de S. C. Maced.* Si duos reos acceperit filiumfamilias, & Titium cum ad filiumfamilias esset peruentura pecunia. Ideò autem reum Titium acceperim ne quasi fideiussores senatusconsulti auxilio uteretur, vtilem esse exceptionem aduersus fraudem. Item quod Africanus respondit *in l. vir uxori 17. §. vlt. ad S. C. Velleian.* Si mulier & Titius cum in rem communem mutuarentur, eiusdem pecuniæ rei facti sint, mulierem pro ea parte pecuniæ quæ in rem Titij, versa est interfecisse videri, ideòque creditorem si ab ea totum petat Senatusconsulti exceptione pro illa parte sumoueri debere. Mihi verò traditio ista semper suspecta & falsa esse visa est. Nihil enim dici potest tam contrarium obligationi correorum debendi, quam vt excuti vnum oporteat priusquam aduersus alterum agi possit *l. decem 116. de verbor. obligat.* Siquidem non aliter possunt fieri correi debendi quam si singuli non solum in solidum obligentur, sed etiam æquè principaliter, ac ita vt nulla prorsus obligationum sit differentia *l. 2. & 3. l. si reus 13. & poss. D. de duob. reis.* Itaque frustra quæras cui ex iis pecunia numerata sit, cum is cui nihil numeratum est perinde in solidum obligetur, atque is qui totum accepit *l. propter mutuum 4. C. eod. l. si non singuli 5. C. si cert. petat.* Neque enim curiosus esse debet creditor, in cuius utilitatem aut quam in rem expendatur pecunia credita, dummodo cum eo contrahat, cui liberum sit in omnem casum se obligare *l. doli exceptio 19. ad fin. D. de nouat. sibi q. potius imputare debet is qui cum sciret pecuniam ad se non peruenturam, vltro se correum debendi constituit.* Nam sicuti nemo inuitus sit correus debendi. Ita nec facile succurrendum est ei qui sibi ipse solutionis necessitatem imposuit *l. si fideiussores 7. §. si necessaria D. qui s. i. s. d. cogant.* Ex quo vt hinc incipiamus responderi potest ad exemplum illud quo Bartolum moueri diximus, De pluribus tutoribus. In illis enim ideò receptum est aut potius constitutum (fuerunt namque constitutiones necessariæ, de quibus *in d. l. tres iutores de admin. tutor.*) vt qui gessit prior conueniatur, quoniam tutelæ munus necessarium est & publicum ac quod inuito defertur nisi iustam habeat excusationem, vt proinde fuerit æquissimum iis tutoribus subueniri, qui nec vltro se obligauerint, nec tutelam gesserint, quando ab eo qui gessit indemnitate consequi pupillus potest. At correorum debendi obligatio prorsus voluntaria est, siue re siue verbis fiant, ac siue ex liberalitate, siue ex iusta alia qualibet causa. Cui simile est quod Vlp. *in l. 2. §. vlt. de curat. bon. dand.* scribit ex Cassio, si tres bonorum curatores fuerint, & nunc ex iis nihil attigerit non idcirco modum actori constitui debere, quominus contra hunc quoque qui nihil attigit in solidum experiri possit, quia non sit quærendum quid ad eum peruenierit nisi inquit inuitus factus est, nam si ita est, dicendum non eum conueniendum. Nimirum quando cæteri qui attigerunt conueniri cum effectu possunt. Estq; omnino improbabilis Bartoli interpretatio, existimatis quod Vlp. ait curatorem voluntarium qui nihil attigit, conueniri nihilominus & priorem & in solidum posse, sic accipi debere nisi paratus sit pati vt periculo suo alij conueniantur *ex d. l. vnde queritur. D. commod.* Nam & si inuitus factus esset, nemo tamen dubitaret quin actio quæ aduersus cæteros instituenda esset eius periculo institueretur. Et tamen id aperte Vlpianus agit vt doceas curatoris voluntarij duriores esse hac parte conditionem, quam eius qui inuitus

datus

datus sit. Ergo generaliter & indistinctè vult posse priorem conueniri eum etiam qui nihil attigit, nec prius absolui debere quam quod ex bonis redactum est præstitit, quod & apertissime traditum est *in l. 3. eod. tit.* Neque verò contrarium est quod supra ex eodem Vlpiano retulimus *in d. l. vnde queritur.* Non enim simpliciter Vlpiano placet. Ex pluribus reis debendi per commodatum factis eum priorem conueniri debere qui solus lucrum ex re commodata senserit. Sed addit ille *furti agendo*, vt ostendat ea demum ratione fieri vt subueniri oporteat. correo qui furti non egit, quod furti actionem quam aduersus furem instituere antea in solidum poterat, factum correi qui prior egit ac litis estimationem consecutus est ipsi ademerit, indeque euenerit ne tam facile commodatori possit satisfacere, atque is qui furti agendo solus lucrum sensit ex re commodata. Nam cum hic nouus casus sit de quo nec cogitatum videri poterat cum duo correi debendi fieret, humanum est ei subueniri cui nihil imputari potest, præsertim quando nec commodatori ipsi quicquam deperat. Verum longè alia ratio est eius qui se correum debendi vltro constituit ex causa commodati, cuius utilitas statim ad alterum correum tota peruenerit. Is enim nullam causam habet recusandi quominus statim & in solidum actione commodati urgeatur, licet nullum ex commodato commodum perceperit, cum ipsius æquè ac alterius fidem commodator in solidum sit secutus, eaque conditione ad obligationem ipse accesserit, vt & prior & solus conueniri in totum posset. Idq; verba ipsa Vlpiani satis demonstrant. Nam cum proximè in præcedentibus scripisset omnibus qui commodatum accepissent furti actionem competere: & quidem ita vt alterutro agente alterius actio contra furem tollatur, subiicit *Vnde queritur.* Ita innuens, hoc vnum facere locum quæstioni. At inter correos quidam conueniendi ordo esse debeat, quod correus qui non egerat, nullam pro re commodata actionem amplius habere poterat, quam si saluam haberet, vtique dubitari non oporteret, quin solus & prior conueniri posset, quamuis nihil ad eum ex re commodata peruenisset. Iam verò quod Baldus obiicit *ex §. vestimenta l. cum in plures 60. D. locat.* multò minus ad rem pertinet. Nullum enim toto eo responso de duobus reis verbum est, & ab illis *sed iudicem estimaturum* vsque ad finem §. nisi me fallo Triboniani manum agnoscere mihi videor, rem temperare suo more volentis, & nescio cuius æquitatis prætextu manifestissimam iuris rationem labefactantis. Verissimum enim est quod Labeo simpliciter & indistinctè dixerat, si vestimenta tua fullo perdiderit, & habeas vnde petas, nec velis repetere, agere nihilominus te posse ex locato cum fullone: Nihilque dici potest absurdius quam vt denegetur tibi illa actio: eo prætextu quod aduersus furem possis agere, cum custodiam præstare fullo debuerit. At neque verum est posse te contra furem experiri, quia cum paratam habeas actionem aduersus fullonem, tua nihil interest si modò fullo sit soluendo. Ei autem cuius nihil interest constat non competere furti actionem. quæ sententia & ratio est *l. itaque fullo 22. cum duab. preced. & l. qui v. us 48. §. si ego. D. de furti.* vt idem Tribonianus apertius explicat *in §. si fulloni 15. Instit. de obligat. qua ex delict. nascuntur.* Nisi fortasse quis dicat interesse tua rem tuam habere potius quam personalem ex locato actionem. Sed manifestum est ad rem consequendam non in furis personam agendum esse, sed in rem directa rei vindicatione aduersus quemcunque possessorem: Hic autem locus ac per-

sonali aduersus furem actione loquitur. Etsi verò verba illa *& ab eo tuas res consequi* significant tractari potius de conditione furtiua, quæ & contra solum furem datur, & rei persecutionem continet. *l. 1. 2. & pass. de condit. furti.* hoc ipso tamen Tribonianus prodit inscitiam suam quam Labeoni nemo auit adscribere. Nam cum id agat ut fulloni parcatur quoad res tuas aliunde consequi potes, quid interest an fur ipse an alius possideat, id est, an à fure an ab alio res tuas consequare, dummodò fullonis sumptibus? Et verò in præcedentibus illis *& habes unde petas nec repetere vis* non distinguit Labeo à quo petere posses an à fure, an ab alio quolibet possessore. Cōsequens igitur erat ut nec in sequentibus tractaretur de actione aduersus furem exercenda, sed potius de re à quocunque possessore vindicanda. Denique, quod me maximè mouet, additio illa Triboniani pugnat omnino cum Labeonis verbis & sententia. Labeo enim casum illum tractat quo vestimenta tua quæ fullo perdidit aliunde petere possis, nec velis, dātque tibi nihilominus contra fullonem personalem ex locato actionem. Tribonianus verò, vno illo casu permittit tibi contra fullonem agere, quo sit impossibile ut à fure vestimenta consequaris. Labeo liberum tibi relinquit an personali agere malis aduersus fullonem, an rei vindicatione potius aduersus possessorem. Id enim significat petendi verbum illo loco *unde petas. l. pecunia 178. §. actionis de verb. signif.* Tribonianus contra, non patitur ut prius fullonem conuenias quàm constiterit deesse tibi vindicandi facultatem. Sed & secum ipse Tribonianus pugnat. Nam eo quoque casu quo constiterit impossibile esse ut res tuas possis consequi, vult tamen cogendum te fulloni actiones tuas præstare. An non enim ridicula & inutilis futura sit cessio actionis quam constet vtilem tibi esse non potuisse? Aut quomodo possibile erit ex cessa actione fullonem res tuas repetere postea quàm apparuit esse impossibile ut tu ipse petere & consequi eas posses? impossibile siquidem tum demum id videri potest, cum apparet non esse amplius res tuas in rerum natura, aut sic eas deperditas ut nullomodo sciri possit vbi sint. Quibus tamen casibus non video cuius utilitatis possit esse cessio fulloni facta, præsertim aduersus furem contra quem suo iure iam paratā habeat furti actionem. Taceo quòd verba illa *Sed iudicem æstimaturum*, neque præcedentibus aptè coniunguntur, nec verbum vllum habent à quo regantur, si velis construere. Scribendum namque fuerat, *Sed iud. x æstimabit*, aut ita potius, *sed verius est iudicem æstimaturum*. Quæ autem sequuntur, *Sed si hoc tibi impossibile esse perspexerit tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei præstare compellet*. Deus bone, quàm sapiunt Tribonianum magis quàm vel Labeonem vel Iauolenum! Sed de his iam nimis multa cum sint extrà propositam disputationem: quamquam nec fuit inutile Triboniani facinus prodere, vel ob id maximè ne quis ex eo loco inferat cum Accursio generalem illam propositionem quæ Baldio visa est ad rem facere eum qui contra duos agere potest, arctari ex causa vnum magis eligere quæ tamen neque generaliter vera esse possit, neque in duobus reis de quibus nunc agimus, vllò vnquam casu. Restat igitur ut ad ea quæ ex Vlpiano, & Africano obieciimus, respondeamus. Ac primùm quod Vlpianus ait *in l. uem si 9. alias l. sed Iulianus §. idem au. si duos de S. C. Macedon.* Si duos reos accepero filiumfamilias & Titium cum ad filiumfamilias pecunia esset peruentura, idèd autem reum Titium acceperim, ne quasi fideiussor auxilio

xilio Senatusconsulti vteretur, vtilem dandam esse exceptionem aduersus fraudem, non illam rationem habet quòd ad filiumfamilias tota pecunia peruenerit: sed quia color hic constituendi correi Titij quæsitus fuerat, ut lex ait, in fraudem Senatusconsulti, ne iuuaretur ille tanquam fideiussor Senatusconsulti, quo non minùs fideiussori filiifamilias quàm ipsi filiofamilias succurritur. Cum tamen re vera id ageretur ut pecuniam solus filiusfamilias mutuaretur, Titius autem pro eo intercederet. Eademque ferè Africani sententiæ ratio est *in dict. l. vir uxori 17. §. mulier & Titius D. ad Senatusconsultum Velleian.* In cuius specie cum mulier & Titius in rem communem mutuati essent, factique correi eiusdem pecuniæ, Africano placet non omnimodo mulierem pro parte socij intercessisse videri. Nam siquidem ob eam causam mutuati fuerint, ex qua si creditor pecuniam nõ dedisset, maius damnum passura mulier fuerat, veluti quòd communis insula sulca non esset, vel quòd fundus communis in publicum committeretur potius esse ut Senatusconsulto locus non sit. Atsi in aliquam emptionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam intelligi, & idèd creditorem partem duntaxat pecuniæ à muliere petere posse: quòd si totum petierit, exceptione pro parte summoueri debere. Nempe quia sic posito iure ut mulier quæ se corream debendi constituisset, nullo casu Velleiano iuuaretur, aperta esset via fraudendi Senatusconsulti, & qui mulierem pro alio fideiubere vellet, id semper curaret ut obligaretur illa tanquam correa debendi nulla fideiussionis facta mentione. Cui fraudi non aliter occurri potest, quàm si placeat illum porissimùm inspiciendum esse, in cuius utilitatem versa sit pecunia. *ut in d. §. idem ait si duos.* Ex eo namque apparebit, non quidem reuera fideiussisse mulierem ut interpetres autumant, sed cum eam fideiubere creditor vellet, nec tamen apertè id facere possit metu Senatusconsulti id illum egisse ut se pateretur ipsa corream debendi constitui. Ac proinde ne fraus impunè facta sit, perinde admittendum est locum fore Senatusconsulto acsi reuera mulier fideiussisset. Id enim est quod Africanus ait *tunc pro parte intercessionem factam videri*, quod nec Accursius ignorauit *ad l. 1. alias l. 2. C. de duobus reis.* Et longè rectius ille hac parte quàm Iacob Cuiacius qui verba illa Africani, *Non omnimodo mulierem pro parte socij videri intercessisse dicebat*, sic explicat, quasi Africanus senserit duos debendi correos non aliter vice mutua fideiubere videri, quàm si id nominatim actum sit, cum tamen sequentia ostendant id eum potius sibi velle, ut mulier quæ correa debendi facta est, i a demum pro parte socij videatur intercessisse, id est pro eo habeatur acsi intercessisset, si maior sit eius obligatio quàm commodum, quòd ex pecunia mutuata ad eam peruenerit: quod contingit quoties accepta duntaxat parte pecuniæ obligatur illa in solidum, nisi obligari eam in solidum ipsius quoque interfuit: puta si alioqui maius damnum passura fuerat ut in iis exemplis quæ Africanus proponit. Nec leuior eiusdem Cuiacij error est cum ad Nouell. 99. scribit generaliter in Senatusconsulto Velleiano mulierem corream debendi constitutam haberi pro fideiubente ex hoc ipso Africani loco. Etenim quantum interfuit an mulier reuera & apertè fideiubeat, an verò in Senatusconsulti fraudem fiat correo debendi, vel ex hoc maximè cognosci potest, quòd si poneres eam cum Titio mutuata esse pecuniam, ita ut singuli in viriles tantum obli-



garentur, deinde fideiubere illam pro parte Titij, proculdubio indistincte ac simpliciter dicendum esset iuuandam fore exceptione Senatusconsulti pro qua parte fideiussisset: nam aperte facta esset fideiussio contra Senatusconsultum quo improbantur omnes mulieris intercessiones, nisi quæ in rem ipsius factæ sint: Neque locus esset illi distinctioni an fideiussio eam causam haberet ex qua si creditor pecuniam non dedisset maius damnum passura mulier fuerat. Non enim facere ea res posset quin pro alio non in rem suam mulier fideiussisse videretur, si quidem esset illa hodie ditior si in rem suam accepisset totam pecuniam, tamen si postea in communem insulam fulciendam impendisset, quoniam æquitate iudicij Communi diuidendo retinere posset partem socij, quousque satisfactum sibi esset de pecunia in rem communem impensa *l. in hoc iudicium 14. D. commun. diuis.* Neque ad rem facit, quod etiam cum fideiussit habeat mandati actionem ad repetitionem pecuniæ. Minus enim illi cautionis est in personam quam in rem vulg. *l. plus cautionis 25. l. minus est 204. de regul. iur.* Alioqui si ratio hæc placeret, admittendæ essent fideiussiones omnes mulierum pro debitoribus locupletibus, quod tamen non ita est, quia mulierum interest potius non solvere quam solutum repetere *l. 3. D. de compensat. l. si debitor 11. in fin. de liber. legat. l. si stipulatus 15. D. de fideiuss.* At cum mulier non aperte fideiussit pro Titio, sed tantum passa est constitui se corream debendi, difficultus est vt ei succurrantur quando nihil palam factum sit contra Senatusconsultum solæ succurrendi causa illa esse potest, si quid in fraudem Senatusconsulti factum probetur. Atqui non potest videri quicquam factum in fraudem si mulier & Titius in rem communem mutuati sint pecuniam ex ea causa ex qua si non dedisset pecuniam creditor maius damnum passura mulier fuerat. Constat enim vtiliter gestum esse negotium mulieris. Illud ergo superest vt in solidum conueniri possit: Non quod, vt parum acutè quidam existimant, vtiliter & in rem suam fideiussisse videatur cessetque eo casu Senatusconsultum *l. 3. l. aliquando 13. ad Senatusconsultum Velleianum.* Sed quia veram sit eam nullomodo intercessisse, quæ citrà fraudem correæ debendi facta sit. Idque apparet ex illis verbis tunc pro parte intercessionem factam videri, quæ ad posteriorem distinctionis partem accommodata ostendunt manifestissimè nullam in priore parte videri posse factam intercessionem. simile quiddam est in *l. debitorix 24. in prin. eodem iur.* vbi scriptum est, Si debitorix mulier à creditore delegata pro eo cui delegata est, promiserit non esse iuuandam exceptione, sed si promiserit pecuniam ne delegaretur intercessisse videri. An quod intercedat reuera quæ pecuniam promittit ne delegetur? Minime, sed quod in fraudem Senatusconsulti factum id videatur, ideoque perinde habendum ac si mulier intercessisset. Quare nec in hac specie nec in illa quam Africanus tractat in d. §. ult. haberet mulier mandati actionem, si mallet solvere quam vti exceptione Senatusconsulti *argum. d. l. si stipulatus 15. §. 1. de fideiuss.* Cum tamen mandati actio omnimodo competat ei qui pro alio intercedit, aut saltem negotiorum gestorum nisi donandi animo aut in rem suam interuenerit *l. ex mandato 20. §. 1. & pass. D. mandat. l. si remunerandi 6. §. si passus eod. l. quod dictum 32. de pact. l. si quis reum 5. de liber. legat.* Quod autem lequitur in *l. idem etsi 18. eodem titul. ad Senatusconsultum Velleianum.* idem esse si pro meo debitore mulier & Titius duo rei intercesserint, non ita accipiendum.

dum est vt eo casu sicut ex illo quem Africanus tractauerat mulier pro parte conueniri possit, pro parte autem iuuari Velleiano (nam imò verò nullomodo illa obligatur, sed Titius solus, & in solidum *l. si Titius 48. de fideiuss.*) Sed eò pertinet vt intelligamus ad excludendum beneficium Velleiani non illud satis esse, quod mulier tanquam correæ debendi, ac proinde tanquam principalis debitor obligata sit: Quinimò ne tam facile sit fraudem Senatusconsulto facere, illud semper inspici oportere, an obligationis causa mulieris vtilitatem respiciat, an alterius qui cum muliere obligatus est, siue correus ille sit, vt in d. §. vltim. siue alius principalis debitor vt in d. *l. idem.* Quamquam longè minorem habet dubitationem casus ille si pro debitore meo Titius & mulier quasi duo rei intercesserint. Sunt enim illi correi fideiubendi, & consequenter fideiussores, sicut & si singuli pro debitore meo fideiussissent. Quod in correis debendi diuersum est ex quacumque causa constituti sint *l. eandem 9. D. de duob. reis.* & ob id nimirum quoties mulier correæ debendi facta proponitur, necessaria est supradicta Africani distinctio. Alia quæstio est si de in rem verso agatur. Nam si pater & filius familias correi facti sint eiusdem pecuniæ quæ tota ad patrem peruenit, & filius soluerit, quamuis suo nomine & vt seipsum à propria obligatione liberaret, actio tamen de in rem verso aduersus patrem competet, non secus ac si filius familias credita esset pecunia, quam filius postea in rem patris vertisset. Quoniam in illa actione non de illo quæritur an filius familias suo nomine an fideiussorio sit obligatus, sed de illo duntaxat vtum in rem patris verum sit necne. Eaque Vlpiani sententia est in *l. si pro parte 10. §. vlt. de in rem vers.* Vt nulla causa sit cur eo loco abuti Bartolus debeat, ad probandum, ex pluribus correis debendi pro fideiussore habendum eum ad quem pecunia non peruenit. Nam extra causam actionis de in rem verso quæ non competit nisi aduersus patrem familias vel dominum ex contractu inito cum filio familias vel seruo, non debet curiosus esse creditor qui plures accipit correos debendi, in quam rem impendatur pecunia, nisi quando contrahit cum persona quæ liberam sui omnimodo obligandi potestatem non habeat, vt puta cum muliere obligante se cum alio vel pro alio *d. l. vir uxori in princip. illo loco, tunc enim diligentior esse debere & d. §. vlt. D. ad Senatusconsultum Velleianum.* aut cum filio familias vt in d. *l. item si 7. aliàs l. sed lulianus §. idem ait si duos ad Senatusconsultum Macedon.* Aut cum pupillo vel minore, quorum ille, non aliter obligatur ex rescripto Diui Pij quam si fiat locupletior *l. 3. §. pupillus l. si pupilli 6. l. Neseinius 34. l. luis 32. de negot. gest. l. 3. D. commod. l. pupillus si in princip. de auctor. tuto.*

Hic verò etsi obligatur, in integrum tamen restituitur, nec aliam pecuniam vel reddere vel sibi imputare cogitur, quam ex qua locupletior factus esse probetur *l. patri 27. §. 1. in fin. de minor.*

*l. sine herede 32. §. interposito de admin. tutor.*

*l. pradiorum 10. C. de prad. minor.*

A iiij

*Correos debendi numquam vice mutua fideiussisse videri, nisi eum  
id nominatim actum est.*

## CAP. II.

**P**ERTINET quodammodo ad superiorem disputationem hic quoque tractatus, An qui ex aliqua causa correi debendi facti sunt vice mutua fideiussisse videantur. Veterum quorundam opinio fuit videri eos omni casu inuicem fideiubere: aliorum post Ioannem primi nominis glossatorem, quæ & magis communiter à cæteris interpretibus recepta est, Numquam id admittendum nisi si aut nominatim id actum sit aut socij proponantur. Media quædam sententia est Iacobi Cuiacij, ad Africanum *in l. vir uxori 17. §. mulier & Titius D. ad Senatusconsultum Velleian. vt siue simpliciter correi debendi facti sint, siue socij quoque proponantur non aliter inuicem fideiubere credendi sint, quam si nominatim id agatur, censeantur tamen vice mutua intercedere, indèque fiat vt à Græcis ἀλλήλοισι appellentur. Ioannis rationes sanè quàm permultæ & maximæ fuerunt aduersus primæ sententiæ assertores. Præcipuæ autem hæ quas & Cuiacius probat & improbare recti iudicij nemo possit. Ac illa primùm quòd frustra Papi- nianus *in l. reos xi. de duobus reis* scriberet, posse sic correos accipi vt vice mutua fideiubeant si cum simpliciter accepti essent hoc ipso vice mu- tua fideiussisse viderentur.*

*Secunda*, quòd nullo iuris loco proditum est, Correo debendi qui totum soluerit competere aduersus correum pro partis repetitione mandati- actionem, quæ tamen proculdubio competeret, sicut & aliis quibuslibet fi- deiussoribus mandante, aut quod idem est patiète debitore obligatis, si pro eaparte fideiussor haberetur is qui correus factus est.

*Tertia*, quòd neque vsquam scriptum legimus, correum posse pro parte debiti compensare quod correo debeatur, nisi fortè socij sint *l. si duo 10. D. de duobus reis*. Cum tamen certi iuris sit posse fideiussorem compensa- re id quod debitori creditor debet *l. si quid à fideiussore 5. D. de compensat.* Ad didi nisi fortè socij sint, quia sicuti societas facit vt quod ab vno petitur ab alio peti videatur, ita facere debet, vt quod vni ex socijs debetur alter in solidum conuentus perinde compensare possit atque si tibi deberetur.

*Quarta*, quòd si duo sint correi debendi, & vnus compromiserit, & ar- biter ab eo peti vetuerit, tum ab alio correo petatur, pena non committit- tur si non sint socij *l. si duo 34. de recept. qui arbit.* quod secus esset si inuicem fideiussisse crederentur, vt eadem lex innuit in illis verbis & fortasse poterit- mus ita fideiussoribus coniungere. Qui enim à fideiussore petit, ab ipso reo vi- psa petere intelligitur, & τῆ δυνάμει, vt ait *l. aduersus 29. eod. tit.*

*Quinta*, quòd si vnus ex correis debendi confusione obligationis libe- ratus sit, alter nihilominus in solidum remanet obligatus, quod saltem pro parte debiti non eneniret si pro ea parte qui correus est, fideiussoris loco habendus esset, quemadmodum & si socius proponeretur *l. Granus 71. de fideiuss.* Idèd autem loquor de liberatione quæ per obligationis cõ- fusionem contigerit, quòd si ea per capitis diminutionem obtigisset, non magis fideiussor quàm reus liberaretur, in eoque par vtriusque condicio esset

esset *l. vltim. D. de duobus reis l. prima l. sententia 20. C. de fideiussor. l. defensione 11. C. de except.* præterquàm si agas de fideiussoribus iudicio fisci & iudica- tum solui in quibus speciale est vt reo antè sententiam capite minuto ip- si liberentur, quasi fideiussionis condicione numquam exti:ura, cum ad- uersus eum qui libertatem aut ciuitatem amisit sententiæ ferri non possit, *l. quarta & quinta D. qui satisfacere cogantur l. sed & si quis in princip. 4. D. si quis caution.* Vnde fit vt si post commissam stipulationem contingat capi- tis diminutio ei qui aut iudicio fisci aut iudicatum soluere debuit, fideiuf- sores isti teneantur *d. l. 5. qui satisfacere cogantur l. sancimus 26. C. de fideiuss.* vt rectè Cuiacius tractat *lib. 19. obser. cap. 29.*

*Sexta* Ioannis ratio fuit, quòd si correus ab aliquo stipulatus sit rem ra- tam haberi, & ab eius correo petatur qui socius non sit, stipulatio non committitur quæ sanè committeretur si correi aut socij essent aut confide- iussores *l. 1. D. rat. rem haberi.*

*Septima*, quòd si vni ex correis debendi legata esset à creditore liberatio, nulla ex parte correus eius liberandus est, cum tamen si pro parte debiti fideiussor esset, pro ea quoque parte liberandus esset non secus atque si so- cius proponeretur *l. 3. §. nunc de effectu l. si quis reum §. de liber. legat.* Addebat Ioannes, Exceptionem, quæ prodest vni ex correis non prodesse alteri con- uento in solidum *ex l. idem 18. D. ad Senatusconsultum Velleian.* quæ tamen prodesset fideiussori *l. si mulier 16. §. si ab ea eodem titulo.* Sed argumentum hoc dubium est & suspectum: siquidem fieri potest vt exceptio vni ex cor- reis competens alteri quoque danda sit, vt puta exceptio rei iudicatæ, & iurisiurandi de quibus mox dicemus. Et contrà vt exceptio quæ prodes- set reo non prodest fideiussori, vt si inuitum sit pactum personale De non pe- tendo à reo *l. nisi hoc actum 22. de pact.* si fideiussor donandi animo aut in rem suam interuenerit *l. quod dictum 32. eodem dicta l. si quis reum §. de liber. leg.* Si contemplatione iuris Prætorij pro minore in integrum restituto *l. si ubi aut Pamphilum 95. §. quod vulgo de solui.* de cuius sententia & emen- datione scripsimus *lib. 8. capitul. 4.* Sanè quòd ad Senatusconsultum Velleianum attinet aperta differentia est inter mulieris correum & fideiussor- rem. Correo enim non iuuatur exceptione Senatusconsulti, quia non ex mulieris persona, sed ex propria & pro debito suo conuenitur *dicta leg. idem cum §. vltim. l. preced.* Fideiussor iuuatur quia totam obligationem Senatus improbat vt Iulianus loquitur *in dicto §. si ab ea, id est non tantùm principalem obligationem quæ est mulieris, sed etiam accessoriam quæ est fideiuf- soris.* Quare si Ioannis rationem nimis generalem coarctes ad exceptio- nem quæ datur ex Senatusconsulto Velleiano, aliâque nonnullas eiusmodi probabit optimè: Non quicumque correus debendi est continuè eum pro correi parte fideiussorem videri, cum alio hâc iure correus, alio fideiuf- sor censeatur. Idem Ioannes ex eo quoque mouebatur, quòd exceptio rei iudicatæ quæ haud dubiè prodest fideiussori, *l. exceptiones 7. §. rei autem D. de except.* correo tamen non prodest *argum. d. l. si duo 34. de recept. qui arbit.* Sed in hoc reprehenditur non malè à Cuiacio, quoniam imò verò non mi- nus correo quàm fideiussori ea exceptio prodest, perinde ac si nouatione aut acceptilatione aut solutione correus liberatus esset *l. si rem aliquam 31. §. si duo D. de nouat.* Nempe quia res iudicata pro veritate habetur nec fieri potest vt correi absentis obligatio subsistat postquam pronunciatum est

nihil deberi. Longèque alia causa est sententiæ arbitri quæ sicut numquam transit in rem iudicatam ita pro veritate haberi non potest, ideòque nec ratio vlla est cur ei stari oporteat nisi metu pœnæ: quia ex compromisso non exceptio vt ex re iudicata, sed pœnæ tantum petitio nascitur *l. 2. & pass. de recepti. qui arbit. lege prima C. eodem.* In quo tamen cauendum est ne decipiamur. Nam si ponas duos debendi correos ex causa depositi factos esse, alterum autem cum quo priore actum sit depositi idèd absolutum esse quòd dolo careret, non statim consequens est alium correum cuius dolus interuenerit tutum esse debere exceptione rei iudicatæ. Quinimò post rem pro alio iudicatam ad eum perueniri poterit vt condemnatur *l. prima §. si apud duos 43. in fin. de positi.* Toties igitur sententia pro vno ex correis lata alteri proderit, quoties in rem non in personam concepta erit, id est quoties de ipso contractu & de re non de persona iudicatum erit. Eadèmq; exceptionis iurifurandi ratio est, siue iurandum compares rei iudicatæ *lege prima & secunda D. de iureiurand.* siue dicas habere instar iudicij *lege qui iurasse 26. §. ultimo eodem.* Nam & rem totam in iudicium deducere quilibet ex correis solus potest *dicta l. si rem. §. si duo de nouat.* Siue denique iurandum malis esse simile solutioni *lege iurandum 27. de iureiuran.* Neque enim dubitatur quin solutione per vnum ex correis facta alius quoque liberetur, totaque obligatio perimatur, *lege secunda §. primo de duobus reis.* Sed hoc quoque etiam accipi debet, si modò idèd interpositum est iurandum vt de contractus iure & de re non de persona iurantis ageretur: alioqui nec fideiussori prodesset iurandum debitoris *lege in duobus 28. in principio & §. primo eodem titulo de iureiurando.* Reprehenditur etiam non malè idem Ioannes à Cuiacio in eo quod putabat si Titius & Stichus seruus Sempronij accepti essent duò rei promittendi extra causam peculiarem, Sempronium teneri de peculio ex Iuliano *in lege si ex duobus duodecim, in fine de duobus reis.* qui tamen non teneretur si seruus fideiussisset, quoniam fideiussionis nomine obligari seruus nullomodo potest. *lege tertia, lege sed etsi 20. de fideiuss.* Longè enim im alia illo loco Iuliani sententia est, quam nec Cuiacius ipse percepit, vt sequenti capite docebimus. Addi potest pro Ioannis sententia fortissimum argumentum *ex lege idem in duobus 28. de pact.* vbi Paulus scribit, Idem in duobus reis promittendi & argentariis sociis dicendum esse quod in lege præcedenti dixerat de fideiussore in rem suam obligato, nimirum vt pactum cum vno ex iis factum de non petendo prosit alteri si in rem non in personam conceptum sit. Sic enim non obscure innuit in duobus reis promittendi qui socij non sint, aliud respondendum esse, nec vnus conuentionem licet in rem conceptam alteri prodesse. Et tamen si vice mutua fideiussisse intelligerentur, certè pactum vnus, dùm ne in personam conceptum esset, prodesset alteri etiam non socio, eo scilicet iure quo pactum rei prodest fideiussori *l. & heredi 21. §. ultimo, eodem titulo.* Pro ea nimirum parte debiti pro qua correus fideiussisse videretur. Addo etiam quod Vlpianus ex Iuliano tractat *in lege item si 7. aliàs lege Iulianus §. idem au si duo ad Senatusconsultum Macedonian.* Si duos reos accepero filiumfamilias & Titium cum ad filiumfamilias peruentura esset pecunia, idèd autem reum Titium acceperim ne quasi fideiussor

iussor auxilio Senatusconsulti vteretur, dandam esse vtilem exceptionem aduersus fraudem. Nam si ita ius esset vt duo correi debendi inuicem fideiubere viderentur, non magis prodesset mihi correum Titium accipere quam fideiussorem, neque necesse esset ad vtilis exceptionis auxilium confugere cum directè saltem pro debiti parte competeret. Neque via hæc ad fraudem comminiscendam apta esset, quam tamen aptissimam esse lex ait, quia correus debendi pro fideiussore haberi non solet. Ob idque vtilem ex Senatusconsulto exceptionem dari necesse est, non directam quæ daretur vtique si Titius filiumfamilias fideiussor proponeretur. Alia nec inelegans inter correum debendi & fideiussorem differentia est, quòd ex pluribus correis debendi potest vnus purè obligari alius in diem aut sub conditione, qua pendente non eò minùs conuenietur in solidum qui purè obligari voluit *lege ex duobus 7. de duobus reis. §. ultimo Institut. eodem.* At fideiussor purè accipi non potest, si debitor in diem tantum aut sub conditione obligatus fuit, ne in duriores causas contrà iuris regulam obstringatur. *lege gracè 8. §. illud commune, lege fideiussor 57. D. de fideiussoribus.* Quæ uis & correis debendi & fideiussoribus commune illud sit, vt ex vtriusque persona, ratio proprij temporis quod obligationi tacitè inest habeatur. *lege eadem 9. §. ultimo de duobus reis. lege, si testamento 49. §. ultimo de fideiussor. iuncta lege continuus 137. Sicum ita de verborum obligatione.* Accedit quòd si alterutrius ex correis debendi personam obligatione eximere creditor voluerit, siue expresso eo vt alteri ea res non prodesset, siue non expresso ( nihil enim refert dummodò socij non sint ) nihilominus saluam ac integram habet in correum actionem, nec ea repellitur exceptione quam nos cedendarum actionum appellamus. Multum namque interest vtrum res ipsa quæ debetur soluat, an persona liberetur. Illo casu vterque liberatur vno tantum soluente, *lege secunda, lege tertia §. ultimo de duobus reis.* Isto verò cum persona duntaxat liberatur manente obligatione, alter durat obligatus *dicta lege Granus 71. de fideiuss. dicta lege vltima de duobus reis.* In fideiussore contrà. Nam liberato reo fideiussor per consequentias liberatus intelligitur, *lege si fideiussor 19. D. de dolo.* nec fieri potest vt sublata principali obligatione subsistat fideiussoria, quæ non nisi accessoria est. Quòd si debitor non ipso iure, sed tantum per exceptionem puta pacti de non petendo liberatus proponatur, constat quidem non competere fideiussori exceptionem cedendarum actionum quæ non nisi ratione confideiussorum datur, cum aduersus reum indemnis seruari possit mandati actione aut negotiorum gestorum, sed tamen prodest vt iam diximus pacti exceptio fideiussori, nisi merè in personam conceptum pactum fuit *dicta lege & heredi 21. §. ultimo cum lege sequent. D. de pact.* Ex his igitur apparet correum debendi qui ferè in omnibus alio iure censeatur quam fideiussor pro fideiussore haberi non posse. Sed præcipua ratio illa est quam nos initio attigimus: quòd si correi debendi vice mutua fideiubere intelligerentur, consequens esset ei qui solidum soluisset competituram pro partis repetitione mandati actionem, si mandatum præcessisset, aut negotiorum gestorum si mandatum nullum interuenisset *lege ex mandato 20. §. primo D. mandat.* quod tamen nusquam est proditum, vt pluribus dicemus in fr. capitulo sexto & septimo. Dices fortasse malas esse superiores omnes Ioannis collectiones & ratiocinatio-

nes. Nam & cum ita accepti sunt correi ut vice mutua fideiubeant, constat tamen posse creditorem contra unum ex correis sic agere ut non tanquam fideiufforem conueniat pro parte, sed in solidum tanquam correum & principalem debitorem. Siquidem mutua illa fideiuffio non impedit aut immutat correorum obligationem. Porro eo casu quo, interueniente etiam expressa fideiuffione correus tanquam correus in solidum conueniatur, nemo dixerit eandem correi quam fideiufforis rationem esse, quia non tam illud inspiciendum est, an qui conuenitur fideiuffert quam quo iure & an quasi fideiuffor conueniatur. *dicta l. reos §. 11. de duobus reis*. Ergo quemadmodum ea res non facit, quominus verum sit correos vice mutua fideiuffisse, cum expressè fideiuffissent, ita, inquit, non potest recta esse consecutio si ob id solum quod in toto ferè iure alia correi alia fideiufforis ratio est inferre quis velit, nullam inter eos initam videri tacitam fideiuffionem. Verum respondeo, imò rectissimam esse consecutionem hætenus ut inferri possit: Correum qui non nisi tanquam correus obligatus est hoc ipso fideiuffisse non videri, nec fieri posse ut alio iure quam quasi correus conueniatur. Alioqui nihil interesset an correi simpliciter accepti essent, an ita ut vice mutua fideiuberent: quod tamen satis apertè Papinianus negat in dicta lege reos. Quod verò Ioannes exceptionis loco addebat, *Nisi correi socij essent*, meritò displicuit Cuiacio, quia tametsi societas in plerisque tantum præstet quantum mutua fideiuffio, non potest tamen inducere præsumptionem tantæ fideiuffionis. Quin vel eò minus quod ea fideiuffio nullius planè effectus esset hinc dicimus, si duo correi debendi sint socij pactum vnius alteri prodesse, non quod alter ille pro fideiuffore habendus sit, sed quia eius qui pactus est interest, ut à correo qui absens fuit nihil petatur, quoniam qui solueret id ipsum correo societatis iudicio reputaret lege *tertia §. nunc de effectu de liber. legat.* quod non contingeret inter eos qui socij non essent. Toties enim vnus conuentio alteri prodest quoties paciscētis principaliter interest ut profit. *dicta lege & heredi 21. §. ultim. de pact. cum seqq.* Inde etiam fit quod Papin. scribit in *l. si. duo 10. de duobus reis*. Compensationem quam alter ex correis obiicere posset, ab altero quoque posse obiici si socij sint non aliter, Hinc denique ne singula recenseam quod idem Papin. in *l. 9. eandem 9. §. penul. imò eodem*. Pactum vnus ex depositariis correis cui culpa remissa est prodesse alteri, ita demùm si & socij sint & culpa communis interuenierit: *Culpa, inquam, communis* quia socius pœnam, quam ex propria culpa meruisset socio reputare non posset *l. qui proprio 46. §. item contra de procurat. lege si communis 9. lege si ex duobus 17. §. primo de noxal. action.* Nec sanè ullus iuris locus est qui Ioannis sententiam tueatur, ut ex iis apertius constabit, quæ nos infra tractabimus capitul. 6. ad *l. in lege 62. D. ad legem falcidiam*. Restat ut eiusdem Cuiacij quoque nouam opinionem omnium improbabilissimam refellamus, qui etsi fatetur cum Ioanne, correos debendi vice mutua fideiubere non videri, contendit tamen quod antè eum nemo vnquam dixit, videri eos mutuò intercedere. ex *l. vir uxori 17. §. mulier & Titius ad S. C. Velleian.* Profus insubtiliter. Et si enim non ignoro aliud esse fideiubere, aliud intercedere, latiusq; patere intercedendi quam fideiubendi vocabulum. Tamen quisquis intercedit eum necesse est aut fideiufforem esse aut sponforem, aut mandatore, aut expromissorem, aut ad pro-

adpromissorem, aut constitutorem, aut denique aliud quid simile, quorum omnium nihil est quod de correo debendi commodè dici possit. Alioqui nihil causæ fuisset cur iure vetere correi separarentur ab intercessoribus, & iure nouo. Nam cum Iustinianus Nouell. 4. De fideiuffor. beneficium ordinis dedisset omnibus non modò fideiufforibus & mandatoribus, sed etiam intercessoribus, quid erat cur postea Nouell. 99. idem priuilegium produceret ille ad correos? Aut cur daret iis beneficium diuisionis quod iam antè ab Hadriano datum confideiufforibus & mandatoribus ex eadem æquitatis ratione tractum fuerat per interpretationem ad constitutores tanquam qui essent quoque intercessores *l. vlt. C. de constim. pecun.* Nec verò moueri vir doctissimus debuit ex *d. §. vlt. l. vir uxori ad Velleian.* Est enim locus ille de muliere correa debendi facta in fraudem Senatusconsulti, habetque specialem rationem quam nos in superioribus iam sæpius inculcauimus, quod cum obligationis correorum prætextus quæritur in fraudem legis ad obligandam eam personam quæ vtiliter fideiubere nõ posset, æquissimum sit non tantùm pro intercessore quolibet, sed etiam pro fideiuffore haberi eum qui in fraudem correus factus est. Si non in eius vtilitatem pecunia versa sit. Ne aliter posito iure facile legi fraus fiat, inducitur eo, ut qui quasi intercessor obligari non posset tanquam correus obligaretur. Itaque fingit ad inducendam Senatusconsulti Velleiani exceptionem non sufficere ut mulier quocunque modo intercesserit, nisi etiam fideiuffert. An eò minus in specie *d. §. vlt.* locus esset Senatusconsulti? Imò esset. Alioqui perinde fraus fieret Senatusconsulto muliere constituta correa debendi si non tantùm pro intercedente, verùm etiam pro fideiubente haberetur. Non est igitur hac parte separanda intercessio à fideiuffione. Similiter si Titius & filiusfam. correi facti sint cum ad solum filiumfamilias peruentura esset pecunia, idè duntaxat adhibito Titio ne quasi fideiuffor filiifamilias auxilio senatusconsulti vteretur, dicimus Titio dandam vtilem exceptionem aduersus fraudem *d. l. item si 7. alias l. sed Iulianus §. idem aut si duos de S. C. Maced.* Non alia ratione quam quia pro fideiuffore habendus sit qui in fraudem correus factus est ob hoc ipsum ne fideiuffor esse videretur. Proinde nec aliud iuris esset si solis filiifamilias fideiufforibus non etiam aliis quibuscunque intercessoribus Senatusconsulti exceptio prodesse posset. Ut intelligamus nihil hinc intercessionem differre à fideiuffione. Extra hos casus & si qui sunt similes numquam correus debendi censetur vice mutua fideiubere tametsi nihil ad eum peruenierit, ut superiore capite ostendimus. Nec quod Græci eos ἀλλοτρίους vocant quicquam facit. Id enim idè factum videri potest quod accommodatius nihil haberent ad exprimendam vno nomine ut solent potestatem obligationis, quæ inter correos sic contrahitur ut alterutro etiam ad quem nihil peruenit perinde solidum peti possit ac si tanquam correi fideiuffor obligatus esset. Aut ob id etiam fortassis quod plerumque sic accipi correi soleant ut inuicem quoque fideiuberent, quandoquidem ea cautio creditori nocere posse non videbatur. Fefellitque fortassis ea res Tribonianum ut quod ab Hadriano & Iustiniano inductum iam fuerat beneficium diuisionis & ordinis favore fideiufforum, idem ille in correis etiam inducendum putaret, quasi eadem æquitatis ratio subesset, cum tamen non solum iuris constitutio, sed ipsa quoque conuentionis substantia omnino repu-

gnare:quemadmodum docebimus infra cap.4.ad Nouell.99.Fefellit etiam virum doctissimum Iacobum Cuiacium vt in quæstione ista intercessio- nem à fideiussione separandam putauerit, quod non aliter sibi visus est posse explicare Venuleij contextum in §.1.l. si ex duobus 12. De duob. reis. De cuius sententia quoniam perobscura est, necdum à quoquam vt mihi vide- tur percepta, superest vt nonnulla subiiciamus.

*Explicatur subobscurus necdum intellectus Venuleij locus in l. si ex duobus 12. §. 1. D. de duob. reis.*

## CAP. III.

**F**T constructio & interpretatio verborum quibus Venuleius hoc loco vtitur ambigua est. Sic enim habent, *Si à Titio & pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero eadem decem, vel à seruo, & quasi duos reos promittendi constitui, obligatum Titium solum Iulianus scribit, quamquam si seruus sponderit, eadem in actione de peculio obseruari debent ac si liber fuisset.* Putat autem Accursius verbum illud constitui esse infinitiui passiu, cum tamen apertissimum sit esse præteriti actiu, vt denotat præcedens illa particula &, quæ sequen- tia superioribus sic coniungit, vt appareat referri non posse ad id quod se- quitur Iulianus scribit. Nam etsi dempta particula & ita scriptum esset Iulianus scribit quasi duos reos promittendi constitui obligatum Titium solum nullius planè sensus lectio esset, nisi legeres quomodo quidam ob hanc causam legunt obligatumque, non vt vulgò obligatum. At vulgata non so- lum rectior, sed sola recta est. Sunt enim ista prorsus contraria duos pro- mittendi reos constitui, & Titium solum obligari. Siquidem duobus cor- reis debendi ritè & vtiliter constitutis, vtrumque perinde & æquè obliga- tum esse necesse est. Nisi rursus ad Azonis interpretationem confugas, qui correos in proposita specie constitutos fuisse ait solà animi destinatio- ne, quasi verò non de illo quærat Iurisconsultus, an reuera correi facti sint, non item an sola animi destinatione. Venuleij igitur in primis ver- bis sententia hæc est, si à Titio & à pupillo sine tutoris auctoritate stipula- tus fuero eadem decem, aut à Titio & à seruo ea mente vt duos promit- tendi reos constituerem, non ideò tamen correos videri factos, sed obliga- tum esse solum Titium, idque Iuliano quem Venuleius refert, visum esse. Ratio nec obscura est, nec inelegans. Illa nimirum quod correi dici non possint à quibus impar suscepta est obligatio, quemadmodum eleganter Papinianus scribit in l. eandem 9. §. primo eodem titulo. Atqui cum à Titio & à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus sum, constat Titium in solidum obligari (ponimus enim nihil esse quod impediatur ne obligari possit) pupil- lum autem non aliter quàm si locupletior factus sit, ex Diui Pij constitu- tione: Atque ita negari non potest quin ab iis impar suscipiatur obligatio cum si pupillus nulla ex parte locupletior factus sit nullomodo obligetur saltem ciuilitè, Titio interea manente ciuilitè obligato: Si verò pars pe- cuniæ ad eum peruenerit, pro ea duntaxat parte obligatio contrahatur quod ad eum pertinet, quod ad Titium verò in solidum. Ergo correi esse non

non possunt. Planèque falsum est quod Accursius, Bartolus, & cæteri om- nes contra scribunt esse correos, & disparitatem in obligationis substantia non impedire correorum constitutionem. Repugnat enim Papinianus eui- dentissimè supradicto loco. Nec simile est quod dici solet, Ex duobus reis promittendi alium purè, alium in diem vel sub conditione obligari posse. l. ex duobus 7. eodem titulo. Id enim fit, non quia disparitas illa quæ ex diei aut conditionis adiectione nascitur reduci speretur ad paritatem, vt Bartolus loquitur in d. l. eandem §. 1. & ad d. l. ex duobus. Sed quoniam adiecta dies aut condicio non inducit disparitatem in substantia obligationis. Dies namq; non impedit ne statim obligatio nascatur, licet ante diem nulla sit petitio: Condicio autem licet remoretur natiuitatem vt ita dicam obligationis, ta- men iam inde ab ipso initi contractus tempore obligationis initium quod- dam constitui patitur, ac stipulatori ius illud acquiri, vt quodcumque e- ueniens condicio retrahatur perindequè sit ac si stipulatio ab ini- tio pura extitisset: Vnde illud etiam fit, vt eius actionis quæ ex condi- cionali stipulatione speratur ipsa quoque spes in hæredem transmittatur §. ex conditionali in st. de verb. oblig. & qui sub conditione stipulatus est, pen- dente etiam conditione creditor existimetur l. is cui 42. de oblig. & action. Quod si ita est, nec faciet condicio quominus ea pendente qui promisit de- bitor dici debeat, tametsi ab eo peti nihil possit. Sunt enim debitoris & cre- ditoris nomina correlatiua quorum altero posito alterum quoque poni necesse est, neque verò debiti exactio cum obligationis substantia commu- ne quicquam habet. Itaque si correi sic accepti sint vt vnus purè alius in diem aut sub conditione obligaretur, sicuti non erit impedimento dies aut condicio quominus ab eo qui purè obligatus est totum interim petatur, ita neque obstabit quominus statim vtilis correorum obligatio contracta vi- deatur, licet ea lege vti ne ante diem vel conditionem urgeatur is qui non nisi in diem, aut sub conditione obligari voluit. Alioqui nec eueniente die aut conditione stipulatio conualesceret, quæ ab initio non valuisset. Illud sanè verum est in duriolem causam accipi eum qui purè obligatur quàm qui in diem vel sub conditione, ob idque constitutum esse vt purè fideius- sor dari non possit ab eo, qui in diem tantum debeat, aut sub conditione. l. gracè 8. §. illud commune l. fideiussor 16. §. sed etsi reus D. de fideiuss. Sed multum differt causa durior à dispari, nil ilque vetat quin pluribus ad eandem rem obligatis, par sit quod ad omnes obligationis substantia, vni tamen du- rior sit obligatio quàm alteri. Qui enim duriolem aut leuiolem obliga- tionem dicit, ad obligationis executionem respicit potius quàm ad sub- stantiam, quæ vt dixi ab executione & petitione omnino differt. In eoque alia correi alia fideiussoris ratio est. Correas in duriolem causam accipi potest dum ne in disparem obligationem: fideiussor verò etiam in dispa- rem obligationem dum in duriolem causam. At in ea specie, quam ex Iu- liano & Venuleio tractamus, disparitas est in ipsa obligationis substantia, quod nec Bartolus diffidet. Pupillus enim quem cum Titio tanquam correum spondidisse ponimus, est omnino incapax suscipienda sine tuto- ris auctoritate ciuilis obligationis præterquam vno illo casu quo factus sit locupletior. Quæ porro disparitas maior esse potest quàm vt vnus ex correis in solidum obligetur, alius autem vel nullomodo, vel tantum secundum quid? Quare nec aliud esse putabo si fingas totam pecuniam

cuius ratione contracta fuerit correorum obligatio, ad pupillum sic peruenisse, ut locupletior in totum factus sit. Et si nanque hoc casu futurum est ut pupillus ex supradicta Pij constitutione in solidum obligetur perinde ac si pupillus non esset, sit tamen id occasione potius quam iure ut utar verbis Iurec. in l. 2. de riuis. id est non tam quod pupillus in solidum obligari verbis potuerit, quemadmodum Titius, quam quia ex facto sic acciderit ut in solidum sit re ipsa locupletatus: absurdumque esset obligationis substantiam eam dici, quæ non ex ipso contractu & negotij gestione, sed ex euentu æstimaretur: nec quod pupillus eo casu sicut & Titius in solidum obligaretur, facit ut statim correi cæseri debeant. Potest enim fieri ut ambo obligentur & quidem singuli in solidum, nec tamen sint correi, nempe si vnus obligatio ex stipulatione, alterius verò ex re ipsa proficiatur, quamuis eodem tempore non responderint, licet secus sit in eis correis de quibus per vnicam stipulationem obligandis actum est *d. l. si ex duobus in princip. l. duos 6. §. vlt. eod. tit.* Cur enim quæramus quo tempore aut quibus verbis facta sit responsio, cum non ex responsione obligatio nascatur, sed ex eo, quod qui respondit locupletior factus est? Certè cum verborum obligatio contrahitur, dicimus obligari eum ex correis, qui ex tempore respondit, non etiã eum qui ex interuallo *d. l. si ex duobus & d. l. duos 6. §. vlt.* quia continuus actus stipulantis & promittentis esse debet l. continuus 137. de verbor. obligat. Concludamus igitur si à Titio & pupillo sine tutoris autoritate stipulatus sim quæsi correos accepturus, nullo casu fore eos correos. præsertim verò si non sit pupillus in totum factus locupletior. Hunc enim casum à Iuliano & Venuleio tractatum fuisse ex eo apparet quod aiunt Titium solum obligatum esse: Cum, ut diximus, pupillus si locupletior factus esset, aut pro parte, aut in solidum obligaretur. Nisi quis verba legis velit intelligere de obligatione quæ verbis contrahatur, in qua fieri nequit ut vnicquam Titius pupillum correum habeat, ne tùm quidem cum pupillus locupletior factus est, quia quod eo casu obligatur sit non ex vi stipulationis sed ex rescripto Diui Pij non tam ad id respicientis quod pupillus promiserit, quam quod locupletior factus sit. Nam & citrà promissionem si locupletior factus esset perinde teneretur, ut docuimus lib. 8. cap. 5. & dicemus pluribus cum separatim de pupillari tractabimus obligatione. Alia species à Venuleio proposita illa est, si à Titio & à Stichò seruo Sempronij stipulatus sim & quæsi duos promittendi reos constituerim. In qua similiter concludit solum Titium obligatum esse, & consequenter non esse contractam correorum obligationem. Nam si contracta esset, ambo essent obligati. Ratio eadem ipsa est quam in pupillo attulimus, quæque generaliter locum sibi vendicat, quod correi esse non possint à quibus impar obligatio suscipitur. Imò hoc plusest ad impediendam correorum constitutionem adhibita serui persona, quod nullo modo nullòque casu obligari ciuilitè seruus potest: quippe qui iure ciuili hætenus tantùm sit cognitus ut pro nullo & mortuo habeatur. Pupillus verò ut dixi vno saltem casu obligatur ciuilitè etiam sine tutore, scilicet si factus sit locupletior. Planè quoniam ex promissione seruus obligatur naturaliter, euenit ut dominum quoque obliget de peculio. Sed non facit ea res ut vel vtiliter ipse correus debendi fiat qui non obligatur ciuilitè vel correum reddat dominum, quia neque ignorans correus quisquam sit, licet ignorans dominus ex contractu serui oblige-

getur de peculio, neque obligatio illa domini peculio tenus, potest vlla ratione videri par obligationi Titij quæ & absolutè & in solidum contrahitur. Proinde nõ distinguemus an plus minusue sit in peculio quam in obligatione. Quamuis enim tantundem consequi possim actione de peculio aduersus Sempronium, quantum ex stipulatu aduersus Titium, non ideo tamen futurum sit ut ne dispar sit Titij & Sempronij obligatio, quia semper verum est sic contractam obligationem, ut Titius omnimodo & absolutè in solidum teneatur. Sempronius verò non nisi de peculio, ne repetam quod dixi correum debendi ex stipulatu fieri non posse. eum qui ipse non sponderit inutilèque ex ea causa esse serui promissionem. Nec puto quisquam ex interpretibus dubitaret quin supradicta omnia vera essent, aded sunt aperta & explorata, nisi scrupulum inieciisset quod apud Venuleium sequitur, *quanquam si seruus sponderit, in actione de peculio eadem obseruari debent ac si liber fuisset.* Sic enim ea verba vulgò nostri acceperunt quasi eandem speciem Venuleius prosequatur de Titio & Stichò Sempronij seruo correis debendi constitutis. Et hoc sibi velit, ut vtilis sit in vtriusque persona obligatio, ac in solidum agi possit cum Stichò aut potius cum Sempronio Stichi nomine de peculio, quemadmodum si Stichus liber homo fuisset in solidum ex suo contractu conueniretur. Quod si ita esset non video quæ subtilitate assequi possemus ne secum Venuleius punaret. Nam in præcedentibus de seruo non secus ac de pupillo qui sine tutoris autoritate promississet locutus, negauit valere eiusmodi correorum obligationem, dixitque solum Titium obligatum esse, id est non etiam pupillum, non etiam seruum eiusve dominum. Deinde cum postrema hæc legis verba nullomodo conueniant pupillo, fatendum esset Venuleium distinguere hac parte pupillum à seruo, faciliusque admittere ut seruus fieri correus debendi possit quam pupillus. Alioqui cur de seruo tantùm non item de pupillo loqueretur si eandem vtriusque causam esse arbitraretur? Atqui diximus multò minus seruum quam pupillum fieri correum posse, longèque magis disparem esse obligationem adhibita serui quam pupilli persona, quoniam pupillus vno saltem casu & ciuilitè & in solidum obligari potest, seruus autem nullo. Denique illud obseruandum est, non ita generaliter Venuleium dicere, Seruo promittente eadem obseruari debere ac si liber fuisset, sed addere *in actione de peculio*, non igitur in quæstione proposita, quæ scilicet non ad actionem de peculio pertinet, sed ad correorum debendi constitutionem. Nostri verò prorsus hæc desipientes sic interpretantur ac si scriptum esset simpliciter & generaliter, cum de correis constituendis agitur, nihil referre seruusne an liber homo se cum Titio obligauerit, quod non minus à iureconsulti verbis sentique quam à iuris ratione alienum sanè est. Quid ergo sibi vult, inquires, hic versiculus? Dubitandi nimirum causam continet, propter quam videbatur, Stichum qui cum Titio se obligasset Titij correum fieri posse, non secus ac si filiusfamilias tanquam correus sponderisse proponeretur. Nam si Titius & si iusfamilias Sempronij eo animo stipulanti mihi sponderissent ut duo rei fierent, dubitari non posset quin vtiliter & tanquam correi obligarentur, quia filiusfamilias ex omnibus causis obligatur tanquam paterfamilias, & ideo agi cum eo tanquam cum paterfamilias potest l. filiusfamilias 39. de

*oblig. & actio. l. tam ex contractibus 57. de iudic.* Nec quod filiusfamilias nihil habeat unde soluere possit præterquam ex peculio, ad rem facit: non magis quam si ex duobus patribusfamil. correis constitutis alter esset locupletissimus, alter non soluendo. Mihi namque imputare debeo qui cum correos acciperem, inopis æquè ac diuitis correi fidem sum secutus: neque ferendum est ut obligationis substantia ex soluendi facultate aut facilitate consideretur. Cum itaque in filiofamilias tale ius obtinat, videri fortasse poterat, non aliud in seruo obtinere debere. Cuius scilicet eadem ferè semper solet esse ratio quæ filiofamilias, maximè verò in actione de peculio. Hic enim dominum, ille patrem de peculio obligat contrahendo. Et quod lex ait *ac si liber fuisset*, non aliam sententiam habere potest quam quæ interpretationi nostræ respondet *ac si filiusfam. fuisset*. Neque enim liber quisquam est ex cuius contractu datur actio de peculio, præterquam filiusfamilias. Cumque in seruo duplex condicio spectanda sit, vna quòd seruus est non liber, altera, quòd in alterius potestate: si per hypotheseim tollas seruitutem, superest ius potestatis quod efficit ut adhuc filiofamilias comparari seruus debeat potius quam patrifamilias. Nam filiusfamilias ita est in aliena potestate ut tamen non eò minùs sit liber. Cur non ergo in correorum obligatione constituenda idem ius erit serui quod filiofamilias quemadmodum esset in actione de peculio? Et hæc sanè perelegans erat dubitandi ratio. Sed pro Iuliano & Venuleio respondendum est quod iam indicauimus, valde interesse vtrum de constituendis correis agatur, an de actione de peculio. Nam actio de peculio quoniam contra patrem aut dominum datur, non contra seruum ipsum aut filiumfamilias, ex persona patris & domini æstimanda est, non ex persona filiofamilias aut serui. Porro æquè actio de peculio est contra dominum atque contra patrem, cum & vterque sit liber habens in alium ius potestatis, & publicè interfit ut ex seruorum contractibus domini de peculio teneantur perinde ac patres ex contractibus filiorumfamilias. Inde igitur fit ut quod ad actionem de peculio attinet aut nihil aut parùm interfit inter filiumfam. & seruum, quia nec quicquam interest inter patrem & dominum. At cum de correis constituendis agitur, illud tantùm inspiciendum est ut qui tanquam correus obligari vult possit obligationem talem suscipere, ex qua perinde ac correus obstrictus videri possit, ut appareat patrem ab utroque correo susceptam obligationem. Hoc verò in serui personam cadere non potest si Titio correus fieri velit, quia non est in serui potestate ut ciuilitè se obliget quemadmodum Titius obligatur. In filiofamilias personam cadit rectissimè, quoniam ut dixi ex omnibus ille contractibus ad instar patrisfamilias obligatur, ut potest personam habens integram, iurèque ciuili cognitam cum caput habeat in ciuitate. Neque enim personam integram faciunt facultates sed iura ciuitatis. Potest etiam licet minùs eleganter meo iudicio versiculus is de quo disputamus aliam admittere interpretationem. Hanc videlicet, ut dubitandi ratio illa sit quòd si seruus solus sponderit mihi stipulanti, perinde obligat dominum quatenus est in peculio, atque seipsum obligaret in solidum si liber fuisset; iuris esset. Quodni ergo dicat aliquis si se cum Titio correum constituerit, hactenus saltem vtiliter contracta obligatio videbitur ut ipsius dominus mihi de peculio teneatur? sed facilis responsio est. Impediti constitutionem correorum propter disparitatem in obligationis substantia:

tia, quæ disparitas nulla esse potest cum solius serui promissio interuenit. Dices fortasse, At si disparitas in obligationis substantia impedit correorum constitutionem, cur admittimus potius obligari solum Titium & in solidum quam Stichum dominum de peculio. Illa siquidem ratio disparitatis suadere videretur, ut vel neuter obligaretur, vel ut vterque eo saltem modo quo fieri posset, hoc est Titius in solidum, Stichus dominus de peculio teneatur. Respondeo Titium obligari, quia quo casu correorum constitutio impeditur non idè impeditur obligatio singulorum, si aliud nihil obstat ut constat ex hac ipsa lege in princip. sicut nec si plures sunt rei stipulandi, quorum alius vtiliter, alius inuulter stipulatus sit *l. si duo, 128. de verb. oblig.* Finge ex iis quos stipulator quasi correos obligare volebat, fuisse alterum præsentem, alterum absentem solus præsens obligabitur, non etiam absens *l. his verbis 8. eod. tit.* Non enim sub conditione interrogatio fit in vtriusque persona, ut ita demùm obligetur vnus si alter quoque respondeat aut respondendo obligetur *l. duos 6. eod.* Obligari autem Titium solum & in solidum, Stichum verò dominum nullo modo, id est ne de peculio quidem, quoniam negari non potest, quia Stichus hoc casu alienæ obligationi interuenierit. At qui certissimi iuris est, seruum non solum si fideiussit, aut mandauerit, sed et si alia quauis ratione pro alio interuenierit non obligare dominum de peculio, in eoque diuersam esse serui & filiofamilias rationem, *l. 3. §. si filiusfamilias cum seqq. D. de pecul.* nisi cum aut in re domini aut ex causa peculiari facta intercessio est *l. quoties 47. §. 1. eod. l. seruum infans 19. & seq. D. de fidei. ff.* In eoque cum viro doctissimo Iacobo Cuiacio mihi conuenit. Sed an Stichum hoc casu pro interuentore accipimus, quod ut ille putat, correi debendi vice mutua intercedere licet non fideiubere videantur? Minimè: idque superiore capite iam refutauimus. Imò potius ob hoc ipsum quod non sint correi, nam si essent correi Titius & Stichus, nec fideiussisse nec intercessisse vice mutua viderentur, idè quæ haud dubiè ex promissione serui dominus saltem de peculio obligaretur. At quoniam non sunt correi propter disparitatem susceptæ obligationis, ut diximus, & tamen eadem decem soluere sponderunt, necessariò consequens est ut vice mutua intercessisse videantur, ac proinde ut ex eo contractu serui ad peculiarem causam nil pertinente dominus nullomodo obligetur. Pupilli alia ratio esset si poneres factum eum locupletioem, is enim si eadem decem cum Titio tanquam correus debendi promississet, quamuis correus debendi non esset ut diximus, nihilominus obligaretur in quantum factus esset locupletior. Proinde dicinosi posset quod Venuleius ait solum Titium obligatum intelligi. Et quod ille pupilli sine tutoris autoritate promittentis & serui eandem rationem constituit, mouere nos debet ut intelligamus tractare eum de pupillo non factò locupletioem. Nisi malis pupillum factum locupletioem comparare domino in cuius rem versa sit pecunia cuius nomine seruus sponderat. Nam eo casu proculdubio dominus teneretur ad finem vsque versa in re suam pecuniæ *d. l. quoties 41. §. 1. de pecul.* atque ita fieret ut parùm referret an pupillus sine tutore, an seruus sine domini voluntate sponderisset, quemadmodum enim pupillus ex proprio ita dominus ex serui contractu ad eundem vsque modum vtiliter conueniretur. Sanè quod utroque casu placet Venuleio Titium solum obligatum intelligi, probat manifestissimè ad eam speciem responsum pertinere in qua nec

pupillus locupletior factus fuerit, nec in rem domini versa sit aut ex causa peculiari debita pecunia quam seruus spondit. Igitur tantum abest ut hic Venuleij locus probet quod vult Cuiacius, correos debendi vice mutua intercedere videri, ut potius contrarium ex eius interpretatione inferri oporteat. Non enim alia ratione mouetur Venuleius ut neget obligari dominum ex contractu serui, tanquam interuentoris, qui cum Titio correus debendi fieri volebat, quam quod correi facti non essent, id enim est quod ait solum Titium obligatum esse: ita innuens, si Stichus correus factus fuisset, futurum ut ex eius contractu dominus saltem de peculio conueniri potuisset, quod tamen falsum esset si obligatio quam quasi correus debendi seruus contraxisset pro interuentione acciperetur.

*Quid nomi induxerit Iustiniani constitutio, Nouell 99.*

C A P. IIII.



**X**ISTIMABAM aliquando non pertinere Nouellam hanc ad correos debendi, simpliciter acceptos, sed ad eos tantum qui se alterna mutuaque fideiussione obligassent. De quibus & Papin. tractat in l. reos 11. de duob. reis. Quam in sententiam non illud solum me mouebat, quod Nouellæ verba hoc ipsum sonare videntur apertissime, sed illud etiam quod à vera iuris ratione nimis abhorreat si quis à Iustiniano constitutum velit, ut correi debendi non aliter in solidum obligati intelligantur, quam si nominatim id expressum sit, longè verò magis, ut hoc quoque expresso non prius tamen conueniri possint singuli quam appareat correum pro parte conueniri non posse, quia fortè absens sit aut lapsus facultatibus. Nunc autem ut contrà sententiam illud facit, quod video Correos debendi passim à Græcis ἀλλήληγγυες vocari, & quos Iustinianus initio Nouellæ alterna fideiussione obligatos dixit, postea reos simpliciter dici, illis verbis. *Sic enim & omnes rei obligabuntur.* Item quod non ignoro frustra iuris rationem quæri in iis Iustiniani constitutionibus quæ à veterum prudentum autoritate dissentiunt: Illud postremò quod præfatur ille ad eam se legem decurrere exemplo eius iuris quod iam antè in fideiussoribus induxerat. Quid enim necesse erat ad alternos mutuosque fideiussores producere quod iam in simplicibus fideiussoribus fuerat constitutum, si alterna fideiussione obligatos alios intelligeres quam qui sunt correi debendi? Igitur quamuis correi simpliciter accepti dici non possint alterna fideiussione obligati, secundum ea quæ in superioribus disputauimus, rectè tamen ab interpretibus omnibus cum veteribus tum recentioribus accepta est constitutio de correis debendi, quos Græcè ἀλλήληγγυες quidem, sed Latine non æquè feliciter alterna fideiussione obligatos possis dicere. Verùm hoc posito magna incurrit dubitatio, num ea Iustiniani lege sit immutata vetus illa correorum constituendorum ratio quæ toto veteri iure obtinuerat. In eo namque glossatores dissentiunt. Crebriore tamen nostrorum calculo receptum est nihil immutatum esse in modo ut illi loquantur constituendi correos debendi, sed tantum in modo exigendi & exequendi, id est singulos quidem ab initio in solidum obligatos intelligi etiam si dictum non sit, sed tamen non nisi pro parte conueniendos. Id verò

Id verò probare non possum. Sic enim Iustinianus scribit *Si quis alterna fideiussione obligatos sumat aliquos, si quidem non adiecerit oportere & unum horum in solidum teneri, omnes ex æquo conuentionem sustinere: si verò aliquid etiam tale adiciatur seruari quidem pactum, non tamen mox ab initio unumquemque in solidum exigi sed interim secundum partem &c.* Ex quibus verbis apparet quoties conuenit ut singuli in solidum teneantur, vtilitatem conuentionis non in eo elucere quòd statim singuli possint conueniri in solidum (habent enim nihilominus beneficium diuisionis) sed, quòd si alter absens sit aut minus idoneus, poterit eo confitito, alius ex ordine in solidum conueniri. Ergo, si pactum non interuenerit ut in solidum quisque teneatur aliud obseruari Iustinianus voluit, ut quamuis vnus ex iis absens sit aut non soluendo, alius tamen pro parte duntaxat teneatur. Id enim est quod ait *omnes ex æquo conuentionem sustinere.* Alioqui dicendum erit inutilem fore adiectionem illam ut in solidum quisque teneatur, quod tamen apertissime Iustinianus negat cum distinguit, an correi simpliciter accepti sint non adiecto eo ut singuli in solidum teneantur, an tale aliquid adiectum sit. Et verò vulgare tritumque est, verba omnia in contractibus apposita operari debere, quoties ea interpretatio accipi potest quæ faciat ut operentur. Quod si ita est, non igitur sufficiet scriptum esse, factos duos pluresue promittendi correos ad obligandum unumquemque in solidum, nisi præterea expressum sit ut in solidum singuli obligentur. Proinde fatendum est, correctum esse hac parte ius vetus, quod proculdubio tale fuit, ut satis esset constitui correos simpliciter, ut eorum quisque in solidum obligatus diceretur, etiam si de solidi obligatione nihil expressum fuisset, l. 2. & 3. l. eadem 9. in princip. & §. 1. de duob. reis. Nec obstat quod scriptum est in l. reos 11 in fin. eod. Cum ita cautum inueniretur, *Tot aureos rectè d. a. stipulatus est Iulius Carpus, spondimus ego Antonius Achilleus & Cornelius* Dius partes viriles debere, quia non fuerat adiectum singulos in solidum spondidisse, ita ut duo rei fierent. Illa enim verba *singulos in solidum spondidisse* sunt ex abundantia, potuissetque ratio illa sufficere, quia non fuerat adiectum ut duo rei promittendi fierent, ut in l. 3. ibi cum hoc autem inter eos sit ut duo rei constituantur, eod. tit. & in princip. eiusdem §. cum tabulis idem Papinianus scribit, cum tabulis esset comprehensum, illum & illum centum aureos stipulatos, virilem partem singulos stipulatos videri, idè duntaxat quod adiectum non fuerat *ita ut duo rei stipulandi essent.* Neque enim illud præterea Papin. requirit adiectum fuisse ut singulis in solidum deberetur. Ac sanè, aliter posito iure ineptos facias iureconsultos, qui tot locis scripserint, Plures correos stipulandi, habere singulos in solidum actionem. Et vicissim, Plures correos debendi in solidum esse obligatos. Quis enim de eo dubitaret si non aliter fieri possent plures correi stipulandi aut promittendi, quam adiectis illis verbis *in solidum*? Quò etiam pertinet l. his verbis 8. eod. tit. de duob. reis in cuius fine verba illa *aut si minus*, ita sunt accipienda, si duo rei facti non sint, ut proinde nihil causæ sit cur ei legi obiciatur, l. 2. eod. tit. Habent igitur hodie correi beneficium diuisionis exemplo fideiussorum, eo demum casu quo singuli se in solidum obligauerint. Nam si non sit adiectum ut singuli in solidum teneantur, diuisionis beneficium inter eos non est necessarium, qui ab initio non nisi partes debent. Quod etiam olim non dissimiliter Papinianus in confideiussoribus respondit in l. inter §. 1. in princip. de fideiuss. vbi tractat ille, multum



interesse an solidum & partem virilem quisque ex confideiussoribus promiserit, an verò solidum aut partem virilem: Priore siquidem casu beneficio diuisionis locum esse, nempe quoniam verum est solidum esse in obligatione præcisè, virilis autem portionis mentionem, aut frustra factam, aut idèd fortasse ne dubitationi locus relinqueretur, an creditori, si vellet actionem suam diuidere, liceret, quod utique semper licet, etiam si dictum non sit. *d. l. inter 51. §. duo versic. planè.* Posteriore verò casu non esse locum diuisioni, id est, frustrà quæri de diuidendo debito, cum solidum non sit præcisè in obligatione, nimirum quoniam obligatio ipsa alternatiua est solidi aut partis, atq. idèd in electione est cuiuslibet ex fideiussoribus, an solidum an virilem velit soluere. Vnde fit, vt eligente fideiussore solutionem partis, videatur pars tantum fuisse ab initio debita, quemadmodum si solidum solueretur, dicendum esset solidum ab initio debitum fuisse: nam in obligationibus alternatiuis, tum demum scitur quid ab initio fuerit in obligatione, cum electio secuta est: atque ita proculdubio intelligi Papinianus debet. Cæterum, hòc distat beneficium diuisionis quod correis debendi à Iustiniانو concessum est, ab eo quod iam olim Hadrianus in fideiussoribus induxerat, quod in fideiussoris persona beneficium tacitam conditionem habere intelligitur, si is, contra quem diuisio postulat, & præsens sit & idoneus. At, inter correos non èd minus diuiditur obligatio, quòd ex iis, alter sit aut absens aut egenus. Nam distinctio illa quam Iustinianus adhibet, an qui non conuenitur sit absens aut minus idoneus, ad eum tantum casum pertinet, sicuti diximus, quo conuenitur vt in solidum singuli essent obligati. Itaque alio etiam respectu interest inter duplex hoc beneficium diuisionis, quòd diuisio fit inter correos ipso iure, & sola Iustinianæ legis potestate, sicut & diuisio illa actionum hereditariarum inter coheredes, ex lege duodecim tabularum *l. i. C. si certum petatur.* At, inter fideiussores non ipso iure fit, sed per exceptionem inductam beneficio epistolæ Hadriani *l. inter fideiussores, 26. cum seq. ff. de fideiuss.* quamuis Iustinianus Hadriani exemplo motum se dicat, vt quod in fideiussoribus iam constitutum erat, produceret ad correos; quos vel ex eo maximè constat fideiussorum iure non censerì, quia nec possunt, quod ad diuisionis beneficium attinet, nec si ponas inuicem eos fideiussisse; quia neque possunt, videri confideiussores, nullo alio principali debitore existente, cum iidem illi sint principales debitores. Porro, cum Iustin. in beneficio diuisionis indulgendo, non distinguat ad quem ex correis pecunia peruenerit, neque nos distinguere debemus: præsertim cum à nobis in superioribus probatum sit, non semper fideiussoris loco habendum eum, ad quem pecunia peruenerit.

*Abrogatum à Iustiniانو Papiniani responsum quod extat in §. duo rei, l. inter eos 51. De fideiuss. & malè à nonnullis emendatum §. vult. l. si plures 27. eod.*

## CAP. V.



VRADICTIS consequens esse puto, vt ex Iustiniانو Nouell. 99. de duob. reis. correctum quoque sit elegans illud Papiniani responsum, quod extat in §. duo rei. l. inter eos si de fideiuss. vbi scriptum est: si duo rei promittendi separatim dederint fideiussores, inuitum creditorem inter omnes fideiussor-

res.

res actionem diuidere non cogendum: sed inter eos duntaxat qui pro singulis interuenerunt. Nam ratio quæ Papinianum mouere poterat illa erat, quòd constitutis simpliciter duobus correis debendi, licet vnum sit debitum, vna summa, vna obligatio, *l. 3. §. vlt. de duob. reis.* ea tamen obligatio in cuiusq. persona quasi singulorum propria consistit *l. eandem 9. §. vlt. l. si reus 13. eod.* Inde enim fit, vt quod ad fideiussores alterutrius pertinet, perinde sit ac si solus ille pro quo intercesserunt obligatus esset, cum ipse in solidum teneatur *l. cum duo 40. de fideiuss. l. si plures 9. de pact.* Atqui correus ille non haberet beneficium diuisionis aduersus correum, non magis quàm si correum nullum haberet *l. 3. §. vbi duo. l. reos 11. in princip. D. de duob. reis l. 2. & 3. C. eod. l. cum apparebit 47. D. locat. l. reos 23. C. de fideiuss. l. si non singuli 5. C. si cert. petat. l. si duo 16. D. de constit. pecun.* Ergo nec ipsius fideiussores audiendi erunt, si postulent diuidi obligationem inter se pro dimidia & fideiussores alterius correi pro alia dimidia. Nam quod ad eos & ad beneficium diuisionis spectat, qui non sunt confideiussores, eodem loco habentur, ac si nullomodo fideiussores essent, id est, vt nihil, magis ex eorum persona liceat alterius correi fideiussoribus, qui soli conueniuntur, virilium portionum rationem inducere, constat autem eos qui diuersarum stipulationum fideiussores sunt, licet eiusdem pecuniæ nomine, non esse confideiussores, nec rem aut personam vnus eiusdemque debitoris facere confideiussores: sed identitatem, vt ita dicam, stipulationis: hoc est, si simul eodemque tempore interuenerint *l. si à Titio 43. de fideiuss.* Aut si diuersis quidem temporibus, sed alter tamen alterius contemplatione vt in *l. si Titius 48. eodem iur. & vt Papin. loquitur in l. si plures 38. de administ. tutor. in periculi societatem.* At hodie, ex Iustiniانو lege, cogitur creditor inter correos debendi actionem diuidere: non solum si simpliciter accepti sint, sed & (quod magis mirum est) si adiectum sit vt singuli in solidum teneantur. Consequens ergo est, vt inter omnes simul, singulorum correorum fideiussores actio diuidatur, quæ inter correos ipsos diuideretur: Ne aliter posito iure fatendum sit, in duriorè causam obstrictos fideiussores contra iuris regulam, *l. græcè 8. §. illud l. hi qui 34. l. si testamento 49 §. vltim. de fideiuss.* Sed hæc tamen, vt ex correorum non ex fideiussorum numero, viriles portiones constituantur. Nam si pro Titio Mæuius & Sempronius, pro Caio Lucius Attius, & Cornelius fideiusserint, sic diuisio faciendà erit, vt non quintam debiti partem singuli, sed quartam Mæuius, quartam Sempronius, sextas Lucius Attius & Cornelius debeant singuli, quia dimidiam Titius, aliam dimidiam Caius deberet. Si tamen correi debendi, vt hodie fieri assolet, exceptioni diuisionis & ordinis renunciauerint, & fideiussores postea accepti contraria pactione sibi non prospexerint, ius vetus obseruabimus, vt inter eos tantum fideiussores actio diuidatur qui pro singulis interuenerunt, quoniam non potest fauore fideiussorum induci ius nouum ex persona reorù, qui iuris noui beneficium respæerunt: neq. rursum ex persona fideiussorum qui non sunt confideiussores, vt diximus, cum separatim intercesserint. Loquor de fideiussoribus postea acceptis, quia, si accepti essent antequàm à correis debendi renunciatum fuisset exceptioni ordinis & diuisionis, non posset exceptio fideiussoribus semel quæsità iis adimifac-to correorum lege vltim. de pact. nil obstante eo quod aduersus

B iij

correos habituri essent mandati actionē, quoniam ipsorum interest minū  
soluere potius quā solutum repetere *l. si stipulatus 15. in princip. de fideiuss.*  
Hinc verò illud etiam apparet, quā rationem habeat quod Ulpianus scri-  
bit in *l. si plures 27. §. ult. eod. tit. de fideiuss.* Si fideiussor fuerit principalis & fi-  
deiussor fideiussoris nō posset secundum hunc fideiussorem desiderare, vt,  
inter se & eum fideiussorem pro quo fideiussit, diuidatur obligatio. Ille e-  
nim, inquit, rei loco est non fideiussoris, nec potest reus desiderare vt inter  
se & fideiussorem suum ea diuisio fiat. Proinde, ait si ex duobus fideiussori-  
bus alter fideiussorem dederit, aduersus eum quidem non diuidetur obli-  
gatio pro quo interuenit, aduersus confideiussorem magis est vt diuida-  
tur. Sic enim omnino legendum est, quomodo libri omnes habent, non vt  
ex recentioribus quidam optinē alioqui de iure nostro meritis docuit, qui  
pro *confideiussorem* mauult legere *confideiussoris confideiussorem*, si quidem  
confideiussorem Ulpianus illo loco haud dubiē intelligit eum qui à reo  
principalis datus fuerat non qui à fideiussore, sunt enim illi confideiussores,  
non item qui ab vno ex iis datus est fideiussor. Et consequenter locus est  
inter eos beneficio diuisionis. Quamquam & illud quoque verum est fidei-  
ussorem posse diuisionem impetrare non solum aduersus confideiussorem,  
sed etiam contra confideiussoris sui fideiussores confideiussoresque. Om-  
nium quippe par & eadem ratio est. Nec magis acutē faciunt qui fideiussori-  
bus à correis debendi datos hac parte separant ab aliis fideiussoribus, qua-  
si beneficium diuisionis habere non debeant, sola illa ratione quod plures  
correi vnus tantum loco habeantur. Et si enim ita est, cur non tamen illo-  
rum fideiussoribus idem beneficium detur, quod vnus debitoris fideiussori-  
bus non denegaretur?

*Correo debendi qui totum soluit mandati actionem aduersus correum non  
competere, ad l. 1. aliās 2. C. de duob. reis & emendatio l. qui  
fide 56. D. mandat.*

## CAP. VI.



V. ob in superioribus probauimus, Correos debēdi non ali-  
ter vice mutua videri fideiussisse, quā si nominatim id actū  
sit, nec rursus pro fideiussore semper habendū eum ad quē  
pecunia non peruenerit, facile mouere nos potest, vt intelli-  
gamus quā verum sit quod nos hoc capite & sequentibus,  
probandum suscipimus. Correo debendi, qui totum debitum soluit, nullā  
omnino aduersus correum actionem competere, nec si totum ille soluerit  
ad quem nihil ex pecunia peruenerat. Ac primū de mandati actione vi-  
deamus: et si enim ex iis etiam, qui actionem aliquam correo dandam putāt,  
plerique fatentur post Accursium ad *l. 1. C. de duob. reis.* mandati iudicio  
locum hic non esse, Non desunt tamen qui contra sentiant, siue quod non  
dubitantes quin actio aliqua dari debeat, nullam videant quā occurrat ac-  
commodatior, siue quod existiment, correum, praesertim qui accipit pecu-  
niam cuius nomine obligatio contrahitur, hoc ipso mādare videri correo  
vt se obliget, quod patitur secum fieri correū illum, cuius alioqui nihil im-  
ter sit, *arg. l. qui patitur 18. l. si remunerandi 6. §. si pūsus sim l. qui fide 53. D. manda.*  
*l. semper*

*l. semper qui non prohibet 60. de regul. iur.* Verū hanc nos rationem iam satis  
superque refutauimus, cū ostendimus pro fideiussore non habendū eū, ad  
quem nihil peruenerit. Pro tali enim utiq. habendus esset, si correus, qui totā  
pecuniā accepit, mandasse intelligeretur: cū, non nisi vtroq. correo præ-  
sente, obligatio correorum constitui possit. Neq. sanē ex tot iuris locis, qui  
extant in Pandectis & in Codice, de correis debendi & actione mandati,  
villus est, qui correo contra correū actionem mandati accommodet. Quomo-  
do enim mandati possit conueniri, qui nec mandauerit, nec pro mandante  
habeatur? *l. ex mandato 20. §. 1. cum l. seq. d. l. qui fide 53. l. si precedente 58. & pas.*  
*D. mandat.* Nec ad rem pertinet, quod actoris pecuniā liberatus sit is qui  
conuenitur. Illud namq. duntaxat inspiciendū est, quoties mandati agitur,  
an mandatum aliquod, siue expressum, siue tacitū præcesserit, non an acto-  
ris pecunia, reus liberatus sit, *d. l. qui fide, & d. l. si precedente.* Quin & eo quo-  
que casu quo mandatum præcessit, mandati tamen actio regulariter ei cō-  
petere non potest, qui suum magis quā alienū negotium gessit, *l. 1. §. idem*  
*Pomponius querit si apud te 14. in illis verbis nec mandati teneris quia meam rem*  
*gessi D. deposit.* Dixi regulariter quoniam casus quidam excepiēdi sunt, quos  
Paulus tractat, in *l. si mandauero 22. §. interdum D. mandat.* Vt puta, si debitor  
meus, periculo tuo debitorem suum mihi deleget: aut si rogatu fideiussoris  
cum reo experiar. Quibus & addi ille potest de quo eleganter Thyphoni-  
nus in *l. tutor datus 69. de fideiuss.* Si fideiussor ex causa non fideiussionis sed  
tutelæ, soluerit quod primū ob fideiussionem debuerat. Etiam postquam,  
ex ea causa tempore liberatus est, habet enim nihilominus actionem man-  
dati contra reum promittendi, in spectā scilicet, vt lex ait, causā debiti po-  
tius quā titulo actionis, cū idcirco teneatur ex causa tutelæ, quia prius  
debitor fuerat ex causa fideiussionis, & à seipso exigere debuerat: quod si  
fecisset, non fuisset tempore liberatus, & haberet obligatum debitorem a-  
ctione mandati: nemo autem dixerit audiendum reum, si imputare fideiuf-  
sori velit, cur non potius ex causa fideiussionis soluerit, cū, si id factum  
esset, tantū magis ille fideiussori teneretur, *facit l. si pupilli 6. §. ult. l. si autem 8.*  
*l. atquin 19. D. de negot. gest. l. si tutor 13. de iust. & ration. dist. l. item veniunt 20.*  
*§. cum praediximus de hered. petiti. l. si negotia 31. l. qui mutuam 56. §. non idē D.*  
*mandat.* Extra hos casus, & si qui alij sunt similem habentes rationē, vix est,  
vt mandati agere possit, qui suum potius quā alienum negotium gessit,  
licet ei mandatum fuerit: multū minū verò, si nihil ipsi mandatum sit. At-  
qui correus, qui totum debitum soluit, nullum à correo mandatum ha-  
buit, ac tamē si ponas habuisse, suum tamen negotium gessit non correi,  
cū esset ille in solidum obligatus, *l. 2. & 3. de duobus reis.* Et quidem suo no-  
mine non alieno, vt non solum ex eo constat, quod ante Iustinianum di-  
uisionis beneficium habere non poterat, *l. reos in princip. II. eodem titul. l. si*  
*plures 27. §. vltim. de fideiuss. l. cum apparebit 47. D. locat.* (quod tamen iam  
olim competeat omnibus pro alio obligatis, *penult. de fideiuss. tutor.* adeo-  
que iis qui pro aliis se constituisent principales debitores *l. vltim. C. de con-*  
*stit. pecun.*) Sed ex illo etiam, quod si forte, ex pluribus correis debendi,  
alter obligari non possit, siue quod alteruter duntaxat responderit *vt in l.*  
*duos reos 6. de duobus reis,* siue quod vnus hodie, alius die sequenti *vt in lege*  
*si ex duobus 12. in princip. eodem.* Siue denique quod ex iis alter sit pupillus,  
qui sine tutoris autoritate sponderit *dicta lege si ex duobus §. primo* is ni-

hilominus, qui rectè respondit, solus & in solidum obligatur, dictis legibus. Quod sanè iniquum esset, & à iuris ratione prorsus alienum, si ita se res haberet, ut uni ex correis totum soluenti parata foret mandati actio, aliàue vlla contra correum pro partis repetitione: Siquidem i. a. posito iure, fieret utique iniuria ei, qui, contra id quod actum esset, in solidum proprio nomine obligatus reperiretur *argum. l. idem erit 14. D. de insti. act.* Nec est quod quis obiiciat, idem contingere in fideiussoribus, ut si ex pluribus quidam obligari non possint, cæteri in solidum obligentur *lege si Titius 48. de fideiuss.* quos tamen constat beneficium habere diuisionis & exceptionis cedendarum actionum. Nam respondeo: Pluribus fideiussoribus ita acceptis, ut in solidum singuli teneantur (de illis quippe tantùm hic loqui possumus, ut ad quos solos beneficium diuisionis pertineat *lege inter eos 51. de fideiuss.*) itèmq; correis debendi commune illud esse, quòd in solidum singuli obligari volunt: Sed in eo tamen differre, quòd fideiussores alieno nomine obligantur. Idè que licet iis quidem obligari nequeant, subsistit nihilominus cæterorum obligatio in solidum, propter obligationem principalis debitoris, qui in solidum tenetur. At in correis debendi, tametsi ponas eos vice mutua intercedere, nec proprio nomine in solidum obligari, sed pro parte ex persona propria, pro parte verò ex persona correi: Non possis dicere, quàmnam aut vbinam sit obligatio illa principalis, cui possit accedere fideiussoria, quoties eorum alter obligari non potest. Et ob id fateri te necesse est, illo casu, eum qui solus obligatur, vel non obligari in solidum, (quod tamen iurisperiti affirmant supradictis locis,) vel non nisi proprio nomine obligari, cum fieri nequeat, ut tanquam fideiussor obligetur eius nomine qui non est obligatus *l. fideiussor 16. in princip. eodem titul. de fideiuss.* Quòd si admittas, obligari eos singulos proprio nomine, illud statim erit consequens, eum igitur, qui totum soluerit quasi correus, non debere mandati actionem habere contra correum, quia propter obligationem suam soluit & suo nomine, tametsi correum ipso iure liberauerit, *argum. l. Papinianus 28. in d. l. qui fide 53. D. mandat.* Sanè si pro te fiam reus promittendi, certum est posse me contra te agere, aut mandati si mandaueris, aut negotiorum gestorum si non mandaueris, idque etiam priusquam soluam, nimirum ut me liberet, *l. si mandatum meo 45. §. si iudicio in fin. cod.* At correo in correum, siue ante siue post solutionem, mandati actionem competere, nusquam, ut dixi, proditum est. De actione negotiorum gestorum, an competere possit, sequenti capite videbimus. Sed prius admonendum est, corruptum esse duobus locis Papiniani responsum in d. l. qui fide. Primùm in illis verbis *alterutrum mandatum secutus fideiussor.* legendum enim est *alterius non alterutrum.* ut in *l. vlt. D. de duobus reis. alterius non alicuius.* Deinde in fine legis, ubi sic scriptum est, *id enim contingit etsi mandato meo pro alio soluas.* Malo namque legere *etsi sine mandato meo,* ut non solum elegantior, sed etiam accommodatior sit ratio, qua Papinianus mouetur, ut probet, eum, pro quo inuito vel ignorante quis fideiussit me mandante, iudicio mandati conueniri non posse, sed me solum, quamuis liberatus ille sit pecunià fideiussoris. Nam qui vult contendere, mandati actione teneri eum qui liberatus est, ob id tantùm quòd ego fideiussori mandauerim, ut pro ipso fideiuberet, idem perinde contendet, eandem mandati actionem multò magis competitu-

ram aduersus debitorem liberatum, si me mandante, quis pro eo soluerit. Idem enim concedendæ actionis color est, quòd mandatum meum intercesserit, cuius utilitas ad debitorem peruenit, qui pecunià actoris liberatus est. Et sanè, quid hac parte interest, utrum alicui mandauerim ut pro alio fideiubeat, an ut pro alio soluat? Neque verò quisquam fuerit tam stultus, ut ei, qui pro alio inuito vel ignorante ex mandato meo fideiussit, actionem mandati aliter concedere velit, aut contra me, aut contra debitorem liberatum, quàm si solutio secuta sit, cum nec ante solutionem contingat liberatio, nec regulariter, ob id solum quod quis fideiussit, habere debeat mandati actionem, sed tùm demùm cum soluerit, præterquam certis casibus, quibus receptum est, ut etiam ante solutionem, fideiussori detur actio mandati in id scilicet ut à fideiussionis periculo eximatur. *l. Lucius 38. D. mandat. l. si pro ea 10. C. eod. l. fideiussor 45. D. de fideiuss. l. 1. C. de fideiuss. minor.* At si Papinianum sic legas, *id enim contingit etsi sine mandato meo pro alio soluas.* elegantissimam & vrgentissimam efficies rationem, ex qua apparebit, Non ob id, posse fideiussorem mandati agere aduersus debitorem liberatum, quòd mandante me pro eo fideiussit, tum soluerit, eumque liberauerit. Nam etsi nullo præcedente mandato meo facta solutio fuisset, etiam inuito aut ignorante debitore perinde liberatio contigisset, neque tamen actionis mandati interuenisset color vllus subesset, quando nullum prorsus mandatum interuenisset. Ex quo constat, etiam interueniente mandato, liberationem debitori contingere, non mandati mei, sed solutionis ab alio factæ potestate, quæ haud dubiè semper illi prodest, cuius siue ignorantis siue inutili nomine facta est, vulg. *l. soluendo 39. D. de negot. gest. l. solutione 23. de solut.* Proinde fideiussori, qui mandante me pro alio inuito vel ignorante fideiussit & soluit, non magis actio mandati contra illum danda est, quàm si non mandassem. Errori causam dedit incertitia exscriptoris, cum veteri libratorum more scriptum fortasse esset, ET SINE MEO MANDATO PRO ET SI SINE: quod à nobis tam sæpe libris superioribus inculcatum est.

*Actionem negotiorum gestorum aduersus correum non competere correo, qui totum soluit: nec rursus de in rem verso. Ad l. nam & Seruius 21. & l. ex facto 30. D. de negot. gest. & l. si pro patre 10. §. vlt. de in rem vers.*

## CAP. VII.

**R**es erit nobis hoc capite cum Accursio, qui ad l. 1. C. de duobus reis. ad cuius interpretationem tota hæc quaestio pertinet, sic existimat, Correo, qui totum soluit negotiorum gestorum actionem aduersus correum cõpetere. Quam sententiam à plerisque probatã, Molineus quoque secutus est *ad l. Modestum. de sol. num. 5.* Accursius nihil prorsus adfert, ex quo suã probet interpretationem tam improbabile. Molineus verò cui familiare fuit ingeniosum agere in cõprobãdis siue suis, siue alienis opinionibus, quæ à vera iuris ratione abhorrent, mouetur primùm ex eo, quòd cum correus qui nihil soluit, perinde obligatus esset in solidum, atque is qui soluit, liberatusque sit per solutionem à correo

factam, negari non possit, quin, eiusmodi solutione, ipsius negotium vtiliter gestum sit. Nec ad rem, inquit, pertinet, quod urgente necessitate vel necessitatis suspicione eò ventum sit, ut alterius negotium gereretur *l. 3. §. haec actio de negot. gest. sufficit* namque vtiliter gestum esse, & agentis interesse. *actio 47. eod.* Addit quod Paulus ex Seruio tractat in *l. nam & Seruius 21. eod. ti.* Cum tres à Lusitanis capti essent, & vnus ea cōdicione missus, ut pecuniam pro tribus adferret, ac nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, si que reuerti nolisset, atque ob hanc causam illi pro tertio pecuniam soluissent: æquum fuisse, Prætozem in eum reddere iudicium, scilicet, ut ille interpretatur, negotiorum gestorū. Id enim suadere videtur & titulus, sub quo lex posita est, & finis legis præcedentis. Mouetur postremo quod contutori aduersus contutorem, & magistratui aduersus collegam magistratum, eadem negotiorum gestorū actio cōpetat, si quid vnus pro altero præstiterit, tamen si in solidum singuli essent obligati *l. ex factis 30. eod. tit.* Cur non igitur, inquit ille, correo quoque aduersus correum competet? Me in contrarium illud mouet, quod iuris est certissimi, negotiorum gestorū actionem ei numquam competere, qui suū negotium gessit, *l. creditor 60. §. 1. D. mandat.* Imò nec retentio ei danda est, *l. deducta 58. §. qui post tēpū ad S. C. Trebell.* nisi cum suo, alienum quoque, id est, cōmune negotium gesserit *l. in hoc iudicium 14. §. 1. D. commun. diuid.* de cuius sententia & emendatione scripsimus libr. 2. cap. 2. Nemo autem nescit, facilius esse ut retentionem quis habeat quàm actionem, *l. 1. §. is autem de superfic. l. inuicem 156. §. cui damus de reg. iur.* Inde est quod generaliter proditum legimus, negotiorum gestorū actionē ei dandam non esse, cuius pecunia ad suū creditorem peruenerit, licet alienum voluerit gerere negotium, *l. liber homo 36. de negot. gest.* in postremis illis verbis *qua desinit competere si creditori eius soluta sit.* Adde, cum pecuniā 43. ibi eius nomine solueres, & *l. mandasti 46. in illo loco si uero propterea à emerim ne filius mādau iudicio teneretur.* D. eo. 11. Quin etsi in rem cōmunem à pluribus accepta sit pecunia, ita tamen ut correi facti non sint qui acceperunt, & vnus totum soluerit, datur quidem soluenti partis repetitio, sed per generalem certi conditionē non per negotiorū gestorū actionem, *l. si non singuli 5. l. si in rem communem 12. C. si cert. petat.* Quātō minū igitur negotiorū gestorū actio aduersus correū dabitur, correo qui totum soluit? Nā quod *in d. l. si non singuli & d. l. si in rem.* alia constituitur correorū ratio, alia eorū qui correi non sunt, non eò pertinet ut correo actionem negotiorū gestorū accommodare debeamus, sed ut nullam potius, nisi quam ipsi creditor aduersus correum mandauerit, ut constat apertius *ex l. si diuisa 13. C. de locat.* Illud enim verissimū est quod nos superiori capite probauimus correum teneri suo & proprio nomine totum debitum soluere, non solum si correū habeat qui sit vtiliter obligatus creditori, sed & si obligatio correi nō subsistat, *l. duos reos 6. l. si ex duobus 12. in prin. & §. 1. de duob. reis. l. si duo. 128. de verb. oblig.* Ideoq. perinde suum duntaxat negotium gerere videtur, cum totū soluit licet per consequentias correum liberet, ac si eum non liberaret. Non enim idcirco liberat quod pro eo soluat sed quia pro seipso soluens efficiat ut tota obligatio extingatur cuius nomine correus acceptus fuerat, *arg. l. si ex pluribus 16. de accept. iunct. l. 2. de duob. reis.* Adde quod etiam cum quis alienum negotium gerit, si tale illud sit ut nec suum proprium possit explicare nisi alienum quoque gerat, negotiorum gestorū agere

agere nullomodo potest *l. heredes 25. §. non tantum. 16. in illis verbis, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi & ideo negotiorum gestorū actio ei non competit D. famil. ercisc.* Tunc enim solum competere potest negotiorum gestorū actio ob id quod in re communi gestum est, cum potuit socius partem suam ita administrare ut socij quoque partem administrare non cogeretur *l. si communes 40. de negot. gest. l. si quis putans 6. §. siue autem, versic. hoc autem, & versic. cæterum D. commun. diuid.* Atqui non auditur correus qui partem duntaxat debiti offerat. Igitur siue suum siue commune gerat negotium cum totum soluit, quo iure obsecro liceat ei aduersus correum agere negotiorū gestorū? Alioqui si vnum illud inspiciendum est quod per solutionem à correo factam correus quoque liberatur, quidni eadem ratione concludimus pluribus acceptis fideiussores eiusdem obligationis nomine si vnus totum debitum soluerit dandam illi aduersus cæteros confideiussores negotiorum gestorū actionem? Vtique enim vnus solutione cæteri omnes liberantur, & tamen constat, nullam eos inuicem habere actionem nisi si qua soluenti cessa sit *l. vi fideiussor 39. D. de fideiuss.* Nimirum quia quod vnus ex confideiussoribus totum soluit facit suo nomine, & ut seipsum liberet, quamuis per consequentias cæteri confideiussores liberentur. Reliquum est ut ad rationes quibus aduersarij mouentur respondeamus. Ac primū quod obiicitur *ex §. pen. l. 3. de negot. gest.* locum esse actioni negotiorum gestorū etiam si necessitate aliqua vel necessitatis suspicione urgente alienum quis negotium gesserit, facilem habet responsionem, debet namque intelligi de negotio quod quis necesse habuerit aut putauerit habere necesse pro alio gerere, pro se autem nullomodo. Exemplum accommodatum sumi potest ex *l. curatorem 6. C. eod. tit. in curatore qui testamento aut alia ratione inutiliter datus, negotia minora gestit.* Hic enim interdum necesse habet gerere, puta si agnouerit legatum sibi eodem testamento relictum *l. vlt. D. de confirm. tutor.* Et quamuis aliās necesse non habeat, si tamen gesserit cum putaret cogi se posse ut gereret, æquum est dari ei actionem negotiorum gestorū, in eumque vicissim *d. l. curatorem.* Idem in cuiuslibet curatoris heredibus tractari potest si quid ipsi post curatoris mortem gesserint per iuris imperitiam quasi obligati, cum in eos administrationis officium non transeat *l. curatoris 17. C. de negot. gest.* Subiici aliud exemplum potest ex *l. 3. C. eod. de debitore qui pignus commune liberauit.* Etsi enim iuris illa ratio quàm supra attulimus facere videtur ut familiae erciscundæ iudicium inter coheredes aut communi diuidendo inter cæteros locum habere debeat potius quàm negotiorum gestorū, cum hic qui pignus liberauit, causam habuerit totius negotij gerendi propter partem suam *d. l. si communes 40. D. eod. d. l. heredes §. non tantum famil. ercisc.* Singularem tamen quodam iure competit hoc casu negotiorum gestorū actio propter sublatam obligationem principalem & personalem, cuius intuitu cum esset inter debitores ipso iure diuisa, non cogebatur vnus ex debitoribus partem condebitoris ne quidem coheredis soluere. *l. 1. C. si vnus ex plurib. hered. l. idem erit 14. D. de instit. act.* Itaque sicut qui soluit ad liberandum pignus rei communis duplicem tollit obligationem, personalem vnā, realem alteram, quarum illa non tantum diuidua est, sed etiam diuisa, hæc verò indiuidua, ita pro qua parte tollit personalem quæ aduersus condebitorum exercenda erat, acquirit sibi actionem negotiorū

gestorum, quoniam suæ parti solutione poterat consequi liberationem. Qua verò parte tollit actionem realem quærit sibi actionem Communi diuidendo aduersus cond. bitorem, quia nec partem suam debiti soluendo pignoris partem ullam liberare potuisset. Cæterum nil ea re ad quæstionem nostram pertinet quia quod vnus ex correis commune debitum cogitur totum soluere non fit vt alienum negotium gerat, sed vt suum proprium: quæ res omnino excludit actionem negotiorum gestorum, quæ iam modum diximus. Quod autem obiicitur ex d.l. nam & Seruius, mouere minus potest. Non enim ait lex locum esse actioni negotiorum gestorum in illa specie, sed æquum esse Prætorem reddere iudicium in eum, cuius nomine soluerant illi qui apud hostes remanserant, proposita nimirum vt putò actione in factum nõ ciuili & subsidiaria, quæ competere solet quoties vulgaribus actionibus locus esse non potest, l. i. & pass. de præscript. verb. sed. Prætoria. Ibi enim non potuisse agi negotiorum gestorum ex eo apparet quod duo illi qui pro tertio soluerant nõ aliter liberari ab hostibus poterant, quàm si pro eo quoque soluerent. Comparandi ergo sunt potius ei qui pro re communi aliquid impendit, cum alioqui partem suam expedire non potuisset, quem diximus negotiorum gestorum agere non posse, sed familiæ erciscundæ vel communi diuidendo d. l. si communes. & d. §. non tantum. Nec quod lex præcedens de actione negotiorum gestorum tractauerat facere debet vt quam actionem Seruius dabat eandem interpretari debeamus, cum diuersæ sint species diuersiq; iuris loci, ex diuersis locis deprompti, licet per Triboniani fortassis in scitiam malè cõiuncti. Sed & illud actionem negotiorum gestorum in ea specie impedit, quod conuentio præcesserat vt si tertius ille qui ab hostibus dimittebatur, non rediret, duo alij qui retinebantur pro eo quoque soluerent: eiq; pactio tertius ipse consenserat, seq; tamen redituru & pro aliis quoque pecuniã allaturu receperat. Quis enim vnquã dixit, quod ego pro te presente & consentiente ac quodãmodo mandante promiserim & soluerim posse me iudicio negotioru gestoru abs te repetere? Mådati potius actio danda esset, quæ tamen cū actione negotioru gestorum nunquam concurrat: quamquam illud etiã vtriq; obstat quod inter captiuos & cū hostibus facta conuentio fuerat, ex qua proinde nulla inter captiuos nasci obligatio iure ciuili potuerat: Nec consequenter actio, nisi & obligatione & actionem æquitas illa induceret quod apertè dolo malo faciat qui aliorum pecunia dimissus ab hostibus, fidem neque hostibus neque conciuibus seruare velit: sicut euēnit cum aliquid facio vt des, & posteaquam feci cessas dare l. naturalis §. §. quod si faciam de præscri. verb. Et verò non esse hoc casu locum actioni negotioru gestorum ex illo etiã apparet, quod si pro captiuo redimendo liber pecuniã dedisset, captiuus ille seruus factus esset redimentis quousq; seipsum lussit precio reddito l. in bello 12. §. si quis seruum capium. l. si quis redemptio 15. l. si quis ingenuã 21. D. de capt. & postlim. l. 2. C. e. l. senatus 43. §. vlt. de leg. 1. Nulla igitur ciuilis actio redimendi contrã redemptum cõpetere potuisset vt nec domino contrã seruum, ac sanè cum captiuus quandiu apud hostes est reuera sit seruus hostiu, & cõsequenter pro nullo habeatur, reuersus autè fictione postliminiij nunquam captus fuisse videatur, nõ potest dici negotiu ciuis Romani gessisse, aut quã aliã obligationem aduersus eũ quæsiisse, qui pro captiuo redimendo pecuniã dedit. Quæ res fortasse causam præbuit constitutionibus quibus cautu est vt captiuus redemptus sit seruus

seruus redimentis. Esset enim ius illud iniquissimum & à favore libertatis Romanæ alienissimum si quo aliò, ciuili & ordinario remedio indemnitati redimentis consuli potuisset. In ea verò specie quam Paulus ex Seruio tractat, in d. l. nam & Seruius, etsi non potest locus esse constitutionibus, quoniam qui tertiu redemerant iidẽ captiuu erant, nec proinde seruum vllũ in dominio habere poterant, hoc ipso tamen multò minus habere possint actione negotioru gestoru, cum eo tẽpore quo erãt serui negotiu eius gesserint qui etiã tũ seruus erat, vt pote qui non nisi ea lege & cõdicionẽ dimissus fuerat vt rediret, preciumq; redemptionis per se aut per alios captiuos exsolueret, sicuti de Attilio Regulo scriptu legimus, non videri eũ postliminio reuersum, quia promiserat se Carthaginẽ reuersuru. l. postliminiij §. §. captiuus D. de capt. & postlim. Neque tamen ea res facere debet vt impunitus sit dolus eius qui locis captiuis redemptus non vult illis precia reddere, imò tantò æquius est aduersus eũ succurri subsidiaria in factu actione, nõ ciuili sed prætoria, id est extraordinari oquoque Prætoris auxilio, cum ciuile prorsus deficiat. Quoniam veru est eo tẽpore quo auxiliu petitur agi re inter ciues Romanos qui inuicẽ & agere & conueniri possunt, aliorumq; pecunia redemptu hũc qui conuenitur. Eòq; nimiru pertinet huius legis coniunctio cum præcedenti. Nã cum in §. vlt. l. atqum natura 19. scriptum esset, ei qui captiuu negotia administrauit dandam actione negotioru gestoru aduersus eũ quandounque reuersum: addita quoque & expressa dubitandi ratione illis verbis etiamsi eo tempore quo gerebantur dominu non habuerunt, Opportunè cõprobatio illa subiicitur in d. l. nã & seruius, quod eo quoque casu quo per captiuum pro captiuo vtiliter quid gestu sit, puta in causam redemptionis, iudiciu eo nomine à Prætore reddi oporteat. Hoc enim difficilius admittendu videbatur propterea quod inter captiuos res acta esset, quàm cum liber homo captiuu negotia gessit. Cæteru quæ ratio dat actione negotiorum gestorum cum homo liber captiuu postea reuersu negotia administrat, non potest eadẽ facere vt redemptiois precia quod à captiuo pro captiuo datu est, negotioru gestoru actione repetatur. Illo enim casu etsi administrationis tẽpore negotia quæ gerebantur dominu non habebant, erãt tamen eiusmodi quæ & per ciue Romanum geri, & ex ipsa gestione meliora fieri poterant. Isto autè, nihil aliud, gerebatur nisi vt captiuus captiuu pecunia redimeretur. Proinde vtriusq; persona obstat ne qua tunc ex ipsa gestione obligatio nasceretur. Propter quã causam licet in manifestissima æquitate, stricto tamen iure omnis prorsus actio deficere videbatur. Et reuera deficere fateatur Paulus cum ita scribit. equu esse Prætorem in eũ reddere iudiciu. vt intelligamus nec subsidiariæ in factu actioni ciuili, locu esse de qua in tit. de præscript. verb. sed vel Prætoris tantum quæ ciuili subsidiaria est, vel quod fuerit fortassis probabilis iudicio de dolo arg. d. l. naturalis §. quod si faciam de præscri. verb. l. unct. l. iuris gentiu. 7. §. 2. D. de pact. & §. ai cum do d. l. naturalis. Verum vt ad propositã de duobus correis quæstionẽ redeamus, etsi admitteremus in specie d. l. nã & Seruius competere negotioru gestoru actione, nil tamen ad rem id faceret. Non enim proponebantur eo loco plures correi debendi facti, sed potius confideiussores, vt probant verba illa vt pecuniam pro tribus adferret, & quod sequitur vt duo pro eo quoque pecuniam darent. Nam qui correi debendi constituuntur, pro se non pro alio singuli in solidum obligantur. Quanquam vt diximus non magis confideiussori qui totu soluit;

actio negotiorum gestorum accommodanda est, aduersus confideiussorem, quam correo aduersus correum *dt. vi fideiussor 39. D. de fideiuss.* ubi oblectandum est sic loqui Modestinum ut dicat fideiussori aduersus confideiussorem actionem dandam non esse. Non enim id tantum sibi vult nullam stricto iure competere, sed neque ullam ex æquitate dari debere. Iam vero quod Molineus obiicit ex *l. ex facto 30. de negot. gest.* facillimè dilui potest. Nam quod curator Reipubl. constitutus ad malignem emendam præstare coactus est ob culpam subcuratoris, idè repetit actione negotiorum gestorum, quod licet soluere cogatur proprio nomine tanquam obligatus ex facto subcuratoris, præstat tamè ob factum ipsius subcuratoris cui soli culpam suam nocere æquum est. Id enim est quod Iulianus ait *ut id ei saluum esset quod causa eius damnnum cepisset.* Imò verò potest hodie curator eiusmodi petere ut non nisi excusso subcuratore qui malè gesserat conueniretur, præsertim cum subcurator ille non ab ipso electus esset, sed à Reipubl. constitutus *arg. l. 2. C. de h. red. tutor. l. 1. & 2. C. si tut. vel curat. non gesser. l. tres iuores 55. D. de admin. tutor.* Itaque nihil vetat in ea specie dari negotiorum gestorum actionem curatori in subcuratorem sicut & tutori in contutorem, & magistratui in collegam, quæ haud dubiè non daretur si ob id debitum ex communi gestu aut negligentia contractum alius pro alio quidpiam dependisset. Tum enim necessaria esset utilis illa actio quæ deficiente iuris ratione à posterioribus imperatoribus introducta est, de qua *in l. 1. §. iradimus de iur. & ration. distr. & in l. 2. §. ius Reipublica de admin. rer. ad ciuit. pertim.* ut pluribus docebimus *infra cap. 11.* Sed & illud hinc monendum est quod nec Accursius ignorauit, licet Molineus dissentiat, actionem illam negotiorum gestorum quam Iulianus in *d. l. ex facto* dandam putat curatori in subcuratorem, tutori in contutorem, magistratui in collegam magistratum, non esse directam (quomodo enim directa competeret, ei qui ex propria persona fuit obligatus ut solueret?) sed vtilem sicut & eam quam Papinianus dat in specie *l. liberto 31. seq. eod. tit. ad exemplum institoria*, ut constat ex *l. idemque 10. §. idem Papinianus D. mandat.* Distinctam tamen planèque diuersam ab actione illa utili de qua in *d. §. nunc tractemus.* Est enim hæc utilis actio negotiorum gestorum, illa utilis actio tutelæ ut pro Molineo aut Azone potius cõtra Accursium ad eum locum disputabimus. Ceterum alia correorum debendi ratio est, ut neque directa neque utili negotiorum gestorum actione inuicem experiri possint, quia non solum ex propria persona & obligatione, sed etiam ex proprio facto singuli in solidum conueniuntur. Denique si quis obiiciat quod generaliter scriptum est *in l. actio 47. de negot. gest.* negotiorum gestorum actionem omnibus dari quorum interest eo iudicio experiri, respondeo debere id ita intelligi ut nihil referat directa an utili negotiorum gestorum actione quis experiatur, quemadmodum lex ait, sed tamen illud etiam omnino requiri ut cætera omnia concurrant, quæ ad eiusmodi actionem dandam sunt necessaria, inter quæ sanè vel illud maximè vnum est ut alienum negotium actor gesserit non proprium, & alterius obligandi, non proprii aut communis negotij expediendi gratia, ut supra probauimus. Dicat fortasse, quispiam eum qui soluit totam pecuniam quam cum correo mutuam acceperat, non quidem gerere negotium correi in eo quod soluit, cum suo nomine sit ille obligatus, sed inspecto initio iam tum gessisse cum se in solidum obligauit non nisi

nisi partem accipies pecuniæ, *arg. l. si filiusfamilias 15. D. de in rem vers.* ubi filiusfamilias qui constituit, deinde soluit quod pater debuit licet pro se videatur soluisse quia constituit, dicitur tamen in rem patris vertisse. Sed nego hæc esse similia. Qui enim constituit se soluturum quod alius debet, pro alio obligatur, non secus ac fideiussor, *l. 1. §. debitum cum seqq. de constit. pecun.* quamuis ad validitatem constituti non tam inspiciendum sit an persona extet quæ debeat, quam vtrum aliquid sit quod debeat. *l. hæc tamen 11. eod.* Imò & expromissor quamuis ille sit qui pro non obligato obligatur tanquam reus principalis, *l. & eleganter 7. §. seruus pactionis D. de dolo. l. aliquando 13. in princip. ad S. C. Velleian. l. si vero 64. §. sed est reum D. solut. matr. l. qui liberarius 37. in fin. de oper. liber. intercedere tamen dicitur, l. quamuis 8. §. si conuenierit ad Velleia.* Proinde quamuis constitutor aut expromissor soluat idè quia constituit aut expromisit, verum tamen est initio inspecto soluere eum pro alio, sicut & fideiussorem, qui nec ob aliam causam soluit quam quia fideiussit. Et consequenter quod solutum est ex causa constituti facti pro patris debito, negari non potest quin in rem patris verum videatur. At contra, in duobus reis non potest dici vter pro altero sit obligatus, cum vtrumque eadem obligatio teneat, & quidem æquè principaliter, nec alterutrius debitum altero sit antiquius. Neque quod pecunia ad vtrumque peruenerit quicquam facit. Videtur enim vnusquisque ab initio partem pecuniæ accipiendo in solidum obligari voluisse, sui potius gerendi negotij causa, hoc est ut vicissim correat qui non nisi partem pecuniæ mutuam accipiebat obligaret se in solidum, quam ut correi negotium vllomodo gereret. Quasi videatur creditor neutri partem pecuniæ daturus fuisse, nisi se vterque in solidum obligasset. Idque facit natura ipsa & qualitas negotij quod agitur, quoniam pluribus eodem momento eademque forma obligatis, non possis dicere vter pro correo voluerit obligari, nec si mutuo, quod magis mirum est fideiusserint: cum mutua illa fideiussio in solidum subsistere nequeat, quin vterque prius in solidum obligatus sit, si quidem pro non obligato in solidum fideiussor in solidum accipi non potest: facit *l. item si 9. §. vlt. cum quatuor seqq. de stipulat. seruor.* Idemque erit licet tota pecunia vni duntaxat ex correis numerata sit *l. propter mutuam 4. C. de duob. reis.* quia cum pecunia mutua data stipulatio interponitur, non id agitur ut obligatio ex numeratione nascatur, deinde per stipulationem nouetur, sed id potius ut sola stipulatio teneat, & implendæ tantum stipulationis gratia numeratio fieri intelligatur, idè quæ vnus tantum contractus est, siue numeratio pecuniæ præcesserit siue subsequuta sit *l. si ita fuerit 6. §. 1. & l. seq. D. de nouar.* Cui consequens est ut non minus principaliter obligetur correat cui pecunia non fuit numerata quam is cui numeratio facta est. Igitur neque negotiorum gestorum, neque de in rem verso agere correat qui totum soluit aduersus correum nullomodo potest, præsertim cum ea actio non nisi ex contractibus filiorumfamilias aut seruorum in patres vel dominos comparata sit *l. 1. & pass. De in rem verso.* In quo passim decipiuntur pragmatici nostri actionem de in rem verso dantes quoties agitur de pecunia in rem & vtilitatem alterius conuersa. Planè si duo rei pater & filius fuerint, potest fieri ut etiam de in rem verso pater teneatur scilicet creditori non filio, puta si pecunia ad patrem peruenerat, *l. si pro patre 10. §. vlt. de in rem verso*, ubi tamen pro tibi legendum puto sibi in illis verbis & filius

creditum tibi soluisse. Tractat enim illo loco Vlp. de pecunia credita filiofamilias siue iussu patris siue quasi correo patris, & soluta creditori filij, quod sanè constat in rem patris versam videri si pecunia quam prior ille creditor dederat cui nunc solutum est ad patrem ipsum peruenerat. Cæterum vel maximè vnus hic locus probat ex contractu correorum non nasci de in rem verso actionem ne quidem creditori aduersus vnum ex correis, multò minùs inter correos ipsos. Nam & quam Vlp. dat eo loco, testatur ille non ex negotij gesti natura, sed ex solo euentu competere: quod non satis bene ab interpretibus nostris acceptum aut explicatum videtur.

*Neque communi diuidendo actionem correo aduersus correum dandam esse, neque conditionem ex l. si & me & Titium 32. D. de reb. crediti.*

C A P. VIII.



V A M parum sibi constet ac satisfaciat Carplus Molineus in eo quod Accursium secutus dat correo debendi qui totum soluit actionem negotiorum gestorum aduersus correum, vel ex hoc maximè intelligi potest quòd idem ille in Dolanis prælectionibus ad l. in lege 62. D. ad leg. falcid. num. 19. & 25. dat correo actionem communi diuidendo. Quam tamen certum est nullo vnquam casu cum actione negotiorum gestorum concurrere, sed aut hanc duntaxat competere aut illam. Neque enim negotiorum gestorum agere potest qui suum negotium gessit vt superiore capite probauimus, neque rursus Communi diuidendo qui de alio obligando potius quam de communi negotio gerendo cogitauit. *l. in hoc iudicium 14. l. si quis cum 29. l. si quis putans 6. §. siue autem D. commun. diuid. l. heredes 25. §. non tantum D. fam. eris.* Postea verò quàm à nobis ostensum est correo qui totum soluit non posse aduersus correum dari negotiorum gestorum actionem, videamus an communi diuidendo dari debeat. Me illa semper ratio mouet vt nullam præsertim dandam esse putem, quòd vt in superioribus disputauimus correus qui totum debitum exsoluit, suum proprium, non etiam alienum aut commune negotium gessit cum esset ille in solidum proprio nomine obligatus, non secus atque si solus obligatus fuisset. Nec quòd eiusdem solutionis potestate correus quoque per consequentias liberetur inducere magis potest actionem Communi diuidendo, quàm si fideiussor id soluerit, cuius nomine & debitor principalis & alij fideiussores erant obligati. Nam & perinde dici posset facta per vnum ex fideiussoribus solutione debiti, quod & ab omnibus debebatur & à singulis, exigi poterat, partam cæteris omnibus liberationem. Neque tamen vllò vnquam iuris loco proditum est actionem Communi diuidendo ex ea causa competere, quòd sanè neq. nisi absurdissimè tentare quisquam possit. Mouetur potissimum vir meo iudicio parum subtilis ex eo quòd ius stipulationis dicatur commune inter correos stipulandi & debitor communis. *l. si rem aliquam 3. §. si duo D. de noua. & in l. qui hominem 34. §. si duo de solut.* quòd sanè verissimum est. licet correi illi non sint socij, vt idem ille contra Accursium & Bartolum disputat. Ergo, inquit, deficiente actione pro socio inter eos qui socij non sunt locum habere debet actio Communi diuidendo. *l. 1. & tot. tit. D. commun. diuid. l. si in 19. D. de no. cal. action.*

*actionem.* Ego verò, vir bone, nego consecutionem. Nam quòd dicimus, factis pluribus correis debendi vel stipulandi ius obligationis aut onus debiti esse còmune, non ita accipiendum est vt perinde sit commune ac si partè in eo quisq. indiuisam haberet, sed id significamus vnicuique ex correis stipulandi ius idem competere totum debitum exigendi in solidum ac si solus ille stipulatus esset, vnumque m. ex correis debendi perinde totum debere atque si solus esset obligatus. Sunt verò ista longè latèq. differentia si Florentino credimus qui in l. licet 17. D. deposit. ita scribit, *Itaq. hoc casu in solidum vnusquisq. videtur deposuisse, quòd aliter est cum rem communem plures deposuerint.* Cui simile est quòd Vlp. tractat in l. 1. §. antepen. eo. tit. Si duo deposuerint & ambo agant, siquidè sic deposuerunt vt vel vnus totum tolleret, posse singulos in solidum agere, si verò pro qua parte eorum interesset, tunc in partem duntaxat faciendam condemnationem. At nulla iuris parte scriptum reperias Communi diuidendo iudicium competere pro iure quòd pluriam sit in solidum, sed pro iis demùm rebus quæ plarium sunt pro partibus diuisis quidem in quota, vt loquuntur, sed non in corpore. *d. l. 1. & pass. D. commun. diuid. l. familiae 9. C. commun. vtriusq. iudic. l. si vt certo 5. §. vlt. in illis verbis, sed totius corporis pro indiuisa pro parte, dominium habere. D. commun. mod.* Nec sanè naturalis ratio patitur ita quicquam commune esse plarium, vt in solidum sit commune, non magis quàm vt eiusdem rei duo pluresue in solidum sint domini. *d. §. vlt.* Neque rursus probabiliter possis dicere, Correum qui totum soluit ei similem esse qui in rem còmunem aliquid impedit cum aliter partem suam tueri non posset, cui nimirum damus actionem Communi diuidendo vt quòd pro socio præstitit recuperet, puta si communis serui nomine vnus ex dominis in solidum conuentus, & damnatus sit. *l. et si non omnes 8. §. vlt. cum l. seq. l. si Stichus 25. D. commun. diuid. iunct. l. si cum vno 4. D. si ex noxal. caus. agat. l. & ancillarum 27. §. vlt. D. de pecul.* Habet enim ille animum obligandi socium, nec potest videri proprium negotium omnimodo gerere qui pro parte socij (quæ domini iure diuisa est saltè per quotas, licet non per corpora) aliquid facit vel præstat. Correo verò solus, ipse proprio nomine & ex propria persona obligatus est in solidum, perinde ac si correum non haberet, & idè negotiū suum duntaxat gerit & proprium non còmune cum totum soluit, licet seipsum liberando correum quoq. per consequentias liberet. Multumq. inter hos casus differre ex eo quoq. constat quòd Iulianus scribit in l. quare 28. de pecul. Si neque heres neq. honorum possessor extiterit socio pro quo alius socius ex contractu vel delicto serui communis vrgeatur, non debere hunc qui conuenitur condemnari in solidum, sed eatenus duntaxat quatenus peculium apud eum erit & quantum ex bonis alterius còsequi poterit. Siquidem aliter obseruatur in correo qui vtiq. non ed. minùs tenetur in solidum quòd correum habeat à quo nihil peti possit. *l. duos 6. l. si ex duobus 12. in princip. & §. 1. de duob. reis.* Deniq. cum obligationis communio ex re ipsa vel ob rem proficiscitur, eatenus tantum còstitui & subsistere potest quatenus res ipsa patitur. *l. si tibi 17. D. de pact. l. cum vltra 9. C. de non numer. pecun. l. is cum quo 7. de aqua & aqua plu. arcend.* Et ob id si apud alterum ex sociis cui communis seruus fuit nullum sit peculium, placet nullomodo eum teneri socio, quia nec eum liberare socius ere alieno vllomodo intelligitur. *d. l. & ancillarum §. vlt.* Nempe quoniam vt obligaretur, faciabat tanquam ratio peculij. At quòd correus in solidum

licet non solus obligatus est, non fit ex alia re vlla quam quia solidum quamuis non solus stipulanti promiserit. Proinde cum & ex persona sua & ex propria stipulatione conueniatur, negare non potest quin si totum debitum soluat suum solius negotium gerat. Eoque pertinet quod dici solet ex persona ferui communis non fieri dominos correos debendi *l. habebat* 13. §. *ult. cum l. seq. D. de insti. act.* quia non in solidum singuli, sed de peculio tantum, & ex vnus facto obligantur. d. §. Tamen si quatenus est in peculio, possit creditor cum vnoquoque eorum in solidum experiri ne in plures aduersarios distringatur qui eum vno contraxit. d. §. *ult. l. ancillarum.* Quod verò idem Molineus correo qui totum soluit dat contra correum conditionem ex *l. si & me & Titium* 32. *de reb. credit.* non possum videre quam habeat rationem. Illa enim generalis quæ placet Celso *quia pecunia mea ad te peruenit eam mihi à te reddi bonum & æquum est.* ad rem nostram nullomodo pertinet. Neque enim vetum est dicere pecuniam correi qui totum debitum soluit cum partem duntaxat pecunia credita mutuam accepisset, ad correum peruenisse. Peruenit enim ad creditorem, ad eoque peperit soluenti qui in solidum obligatus erat solidi liberationem. Ergo condici nequit, neque creditori qui suum recepit bona fide adeoque à vero debitore, *l. cum is* 32. §. *1. l. repetitio* 44. *l. si fideiussor* 59. & *pass. de condict. indeb. l. qui hominem* 34. *in fin. de solut.* Neque correo qui æque in solidum obligatus erat, quamuis ipsi quoque solutio profuerit, quoniam iuris regula est, His solis condicendam esse pecuniam quibus quoquomodo soluta est non item quibus solutio proficit, *l. his solis* 49. *de condict. indeb. l. eum cui* 13. *C. de oblig. & action.* Quod si conditionem eo prætextu dare velis quasi ex re correi qui totum soluit, locupletior factus sit is qui nihil soluit cum partem pecuniæ creditæ accepisset, *arg. l. si eum seruum* 23. *D. de reb. credit.* Dicam ne hanc quidem posse competere, quoniam licet locupletior factus videatur qui ab obligatione liberatus est, non tamen principaliter hic liberatus est, sed tantum per consequentias, id nimirum agente correo qui totum soluit ut seipsum duntaxat non etiam ut correum liberaret, utque ea solutione locupletior ipse non etiam correus fieret, quippe qui non minus debebat solidum quam si solus obligatus extitisset. Alio qui possis eadem ratione concludere si plures sint in opis cuiusdam debitoris fideiussores, & ex iis vnus totum soluerit dandam ei aduersus confideiussores cæteros conditionem tanquam factos ex huius qui soluit pecunia locupletiores: quod tamen disertè negat Modestinus in *l. vi fideiussor* 39. *de fideiuss.* cum generaliter & indistinctè scribit fideiussori aduersus confideiussorem dandam actionem non esse. At qui, inquires, negari non potest quin locupletetur cum aliena iactura correus qui creditæ pecuniæ partem accepit, nullam restituit. Imò verò, inquam, permittendum est ut locupletetur cum iactura correi, quoniam æquè cum ipsius iactura locupletari correus poterat si hunc potius quam illum eligere creditor voluisset. Videturque id tacitè inter eos actum ut damni huius periculum spe paris lucri vnusquisque subiret. Quare imputet sibi qui prior conuentus totum soluit, cur tanquam correus potius quam alio contractus genere obligari voluerit, cur indemnitate sibi pro parte re promitti non curauerit, cum partem duntaxat pecuniæ mutuam acciperet, cur denique cum solueret non adegerit creditorem ut sibi aduersus correum actiones mandaret. Quibus de causis negare etiam auda-

ter.

ter possum damnum ei vllum infligi, ut consequens fiat neq. ex ipsius iactura correum locupletari, quia quod quis ex culpa sua factoque proprio damnum sentit nec sentire videtur, ut habet vulgata iuris regula.

*Correo qui totum soluit actionem aduersus correum ex intervallo cedi non posse. Ad l. Modestinus* 76. *D. de solut. l. 1. C. de contr. indic. tutel. l. cum alter* 11. *C. de fideiuss. l. vi fideiussor* 39. *D. eod. Et emendatio l. cum is* 36. *eod.*

CAP. IX.

**R**IDI CVLA aut superuacua videri posset hæc disputatio, & ut nostri loquantur, de indubitabili, nisi dubiam faceret, & nostro dignâ tractatu autoritas Carol. Molinei qui dum subtilem agit in Dolanis prælectionibus *ad l. Modestinus* 76. *D. de solut.* nouam induxit opinionem prorsus antea inaudiam, ut pluribus factis correis debendi si vnus totum creditori soluerit, licet nec impetrata nec petita cessione vlla contra correum, possit tamen creditor etiam post sublatam solutione obligationem cogi præstare correo aduersus correum itémq. fideiussori aduersus debitorem actiones. Quæ sententia pugnat apertissimè cum *d. l. Modest.* 76. *D. de solut. l. 1. C. de contr. indic. tutel. l. cum alter* 11. *C. de fideiuss. l. vi fideiussor* 39. *D. eod.* sed apertius cum ipsissima & certissima iuris ratione cuius præcipua semper autoritas esse debet. Nā cum solutione per vnum ex correis facta omnis obligatio perimatur, ita ut non tantum correus ipse qui soluit, sed etiam alius correus liberetur, *l. 2. & pass. de duob. reis.* quomodo fieri obsecro potest, ut vel supersit actio aliqua quæ cedi queat perempta iam obligatione, vel cedi possit actio, quæ nulla superest amplius? Nam quod Molineus perpetuò nugatur, iniquum esse eum qui coactus & bona fide totum soluerit nullum à legibus remedium habere ad suum pro parte correi consequendum. Quam leue & inane sit constare satis arbitror ex iis quæ in superioribus disputauimus, constabitq. euidentius ex iis quæ in sequentibus subiiciemus. Sed quænam rogo temeritas & amentia ista est, nescio cuius æquitatis imaginariæ & ut nostri vocant, cerebrinæ obtentu certissimam iuris rationem cõuellerè, leges corrumpere, nihil non audere? Fuit hoc familiare Molineo, nimium sanè ingenio suo confidenti, passimq. istiusmodi æquitatis commento abutenti, sed cui tamen adeò sua feliciter successit temeritas, ut etiamnum apud supremas plerasque curias, (quarum singulare ius est ut æquitatem stricto iuri præferre semper debeant) præcipua vigeat gratia, non solum si contra leges legumque rationem sentiat, sed etiam quod in tanta seculi nostri infelicitate magis mirum videri debeat, si quando recedat à receptissimis interpretum omnium sententiis, quas cæteri quantumcunque eruditi iuris magistri ne cogitatione quidem audeant lacessere. Quæ me res mirum in modum offendit, & exagitat. Quis enim controuersiarum inter nos finis erit si vnicique liceat pro arbitrio æquitates istas comminisci quæ à iuris ratione prudentumque responsis abhorreant? Nescio autem an nimio impudentiæ istius odio factum sit ut in hunc vsque diem vix vllam



Molinei sententiam aut interpretationem probare potuerim, ex iis omnibus in quibus placet ille sibi tantopere suamque ostentat æquitatem. Sed ad rem. Mouetur ille non iuris ratione aliqua (neque enim vera iuris ratio pugnare secum vnquam potest) sed æquitate tantum illa, quæ minùs diligenter intuenti plausibilis videri queat, quòd in damno morari non debeat qui ex correis partem duntaxat pecuniæ mutuatus totum debitum soluit, correumque liberauit ad quem alia pecuniæ pars peruenerat. Leges tamen permultas congerit quibus probet etiam facta debiti solutione actionem nihilominùs competere, adeoque & interdum cedi debere. Eæ sunt, *l. 1. §. nunc trademus. de tutel. & rat. distr. l. 2. in fin. de contr. iudic. tutel. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. si mandatio de solut. lege si res obligata 57. in fin. de legat. 1. dominus Scæcho 23. de pecul. legat. l. Papinianus 28. alias Pomponius D. mandat. l. si minoris 25. in fin. de admin. tutor. l. cum pupillus 21. de tutel. & ration. distr. l. in fraudem 45. §. qui pro alio de iur. fiscal. cum possessor 5. in princip. de censib. De quibus singulis dicendum nobis erit sequentibus capitibus, quòd plenior sit & distinctior disceptatio. Nunc videndum est quid ad supradicti iuris locos qui pro communi nostraque sententia tam appetiti sunt, aduersarius respondeat. Ac primùm quod pertinet ad l. Modestinus, de solut. respondet intelligi eam debere de solutione pro tutore facta non à tutore sed ab extraneo. Vt idem sit census qui & lege nulla 5. C. eod. Solui quidem posse pro extraneo ignorante adeoque inuito, *l. soluere 53. D. eodem l. soluendo 39. de negot. gest. sed non posse cogi creditorem ut actionibus suis cedat, nisi ante factam solutionem ita conuenierit. Nec si cedere velit ex interuallo nulla præcedente conuentione, quicquam eum cogere quoniam tota actio solutione extincta sit, nec enim quisquam pro alio soluendo alienam sibi comparat actionem. Sed interpretatio hæc quicquid ille gloriatur, tota commentitia est & à Modestini sensu aliena. Nam verba illa, *post solutum sine ullo pacto omne id quod ex causa tutela debebatur, à quo potiùs solutionem factam esse demonstrant quàm ab ipso debitore hoc est à contutore? Aut cur ab extraneo factam solutionem diuinamus si extranei nullomodo lex meminit? Ratio autem illa qua Modestinus mouetur, cum nulla actio superferretur, an non æquè locum habet si solutio non ab extraneo, sed ab ipso tutore eodémque debitore facta sit? Nam si solutio per extraneum facta, alieno nomine liberat debitorem, quantum magis liberabit solutio, quam debitor ipse fecerit? lege manifesti 17. C. de solut. Cur non igitur eo quoque casu idem iuris obtineat, quo eadem maiorque sit ratio. *Vulg. l. illud 32. ad legem Aquil. l. 3. §. unde etiam de iniust. rupt. Idque nominatim & disertè cautum est in dicta lege prima. C. de contr. iudic. tutel. qua tam apertè loquitur de tutore soluente pro contutore condemnato ut cauillationi nullus relictus locus videatur. Et tamen cauillatur adhuc homo si Diis placet non insubtilis, & respondet eam legem non tractare de actione tutelæ, nec proinde negare quin cedi ea quandocumque possit & debeat, sed de actione iudicati quæ ex iudicato competit, ut constare ait ex illis verbis, *Quod si nomen emisisti in rem tuam (sic enim legendum est, non suam procurator datus, heredes iudicati poteris conuenire. Hanc verò alterius ait esse condicionis quàm pristinam tutelæ, quòd hanc creditor suo sumptu & opera sine facto & auxilio condemnati quæserit, quòdque possit esse durior & grauior. Ideoque nec cogendum ipsum ea cedere, si-*****

cuti

cuti nec uti sententia pro se lata *l. euidenter 16. de except. rei iudic. l. si iudex 28. de minor. qua tamen, inquit, hoc ipso quòd cederet vteretur, ex Paul. Castr. in l. si actionem C. de pact. Præsertim cum tutor offerens solutionem pro contutore non potuerit cogi ex sententia aduersus contutorem lata, nemo autem possit cogere eum pro quo soluit nisi illo ipso officio quo soluere cogitur, *l. cum vendente 4. C. vbi caus. fiscal. vel diuin. dom. agant. vbi Salic. & Castr. l. minor 25. annis 39. D. de euid. Quam ob causam in fideiussore de iudicato soluendo specialiter receptum est, addit ille, ut iudicati actio ei cedi debeat etiam si in secunda vel tertia instantia obtenta sit, ut idem ipse notat ad Alexand. cons. 209. lib. 7. & probari existimat ex l. cum apud Sempronium penult. D. iudic. solui. Nempe quia ex iudicato actio competit absque nouo processu, ut nostri loquuntur, contra fideiussorem de iudicato soluendo. *Glof. Cyn. Bartol. & ceteri ad l. fin. C. de usur. rei iudic. Guid. Pap. quest. 26. numer. 1. & quest. 215. numer. 8. Has atque alias eiusdem ponderis rationes conquirat miser innouator, ut opinionem suam tueatur. Non animaduertens verba illa, *nullum iudicium tibi contra pupillum competit ut delegetur tibi aduersus liberatum actio. tam esse generalia ut non possint esse generaliora, ut perinde complectantur tutelæ actionem, atque eam quæ competit ex iudicato. Nec verò specialiora sunt quæ sequuntur, *heredes iudicati poteris conuenire. Non enim ad iudicati actionem pertinent (Deus bone quæ infantia ne dicam amentia in re tam aperta cæcutiisse!) sed iudican lex ait pro condemnati ut & in princip. *si pro tutore iudicato id est condemnato, ut significet tutorem qui pro condemnato contutore soluerit, si nomen emerit posse condemnati heredes mandatis actionibus conuenire. Sed & illud obseruare Molineus debuit, Imperatores quorum id rescriptum est non iis rationibus motos fuisse quas ille comminiscitur ad denegandam cessionem actionis, sed ex eo potissimum quòd damnatus contutor pro quo contutor soluerat, ipso iure liberatus esset per solutionem. Is enim sensus est illorum verborum quæ sunt præcipue ponderanda *aduersus liberatum. Atqui non minùs ab actione tutelæ liberatus erat, quàm ab actione iudicati. Vnica siquidem actio sufficit ad vtramque tollendam actionem, quoniam vtriusque vna tantum & eadem causa est, cum nec nouum sit ut vna numeratio sufficiat in variis causis, *lege in numerationibus 44. de solut. Eadem igitur ratio quæ impedit ne delegari possit ex interuallo post solutionem iudicati actio, faciet ne delegari possit actio tutelæ. Adde quòd actio iudicati nouat priorem contractum, & actionem quæ ex eo competeat, *dicta lege finali versicul. si enim nouatur C. de usur. rei iudic. l. si fundum 16. §. creditor, & §. si plurius D. de pignor. leg. ultim. iudic. solui. l. unct. l. prima de Prator. stipul. de cuius sententia scripsi lib. 3. capitul. primo. Quomodo igitur cedi poterit actio quæ iam per nouationem perempta fuerit? *argum. lege prima, de nouat. Denique quid obsecro interest creditori qui suum ex iudicato aut alia ratione consecutus est, actione iudicati aut pristina tutelæ cedere ei à quo accipit solutionem? Aut cur non hic locum habeat æquitas illa de qua *in lege, in creditore 38. D. de euid. l. questum 30. §. si verò filium D. de pecul. Id est, Cui non equum videri debeat, vel hoc saltem consequi soluetem debitorem, quod sine creditoris dispendio sit futurum? Alioqui si nec primam tutelæ actionem potest***********

cedere creditor quia nouata est, nec iudicati propter eas rationes quibus se ipsum Molineus vltro decipit, sequetur, nullo remedio succurri posse contutori qui & totum soluere velit, & sibi rectè prospicere vt in contutorem vllam actionem habeat, qui tamen fatentibus omnibus actionem haberet ad cogendum pupillum vt sibi tutelæ actionem delegaret, si nondum esset illa per iudicatum perempta. Atque ita fieret deterior condicio solventis contutoris ex facto alieno contra iuris regulas, id est propter sententiam aduersus contutorem latam. Imò & deterior erit condicio tutoris non condemnati, & vltro solutionem offerentis quam si esset condemnatus. Soluens enim ex condénatione vtique impetrare posset cessionem actionis iudicati, nec ei imputaretur, quod isti Molineus imputat, cur soluat post contutorem condemnationem qui ex eo condénatione vtgeri non poterat. Quod si ita est permittendū illi erit vt creditorem pupillū cogat contra se agere (quod etiam aberrat à iuris regulis tit. *vt nemo inuit. ager. cog.*) Vt cum erit condemnatus impetret cessionem actionis aduersus contutorem aequè condemnatum. Hoc verò quam obsecro nixitur ratione cum non plus creditor ab eo per iudicem consecutus sit quam ipse sine iudice offerat? ex *l. iudicatum solui stipulatione. 16. D. iudic. solui. l. si rem. 73. de procurat.* Aut si huic contutori licuit soluere pro contutore iam conuento necdum condemnato, cur non aequè poterit post ipsius condemnationem? An in eo facta videbitur condicio creditoris quod vicerit, vt ea re deterreatur contutor à solutione faciendâ, ac non potius ad soluendum excitetur? Atquin dici solet neminem litis contestatione deteriorem suam facere conditionem, *l. aliam. 29. D. de nouat.* Sed & quamuis iudicati actio, adeoque litis contestatio nouet priorem actionem, *l. delegare. 11. eodem tit. l. solutione. 23. de solui. l. 7. §. idem scribit. D. de pecul.* absurdum tamen sit idcirco existimare nullam amplius cedi posse actionem. Alioqui dicendum esset exceptionem cedendarum actionum opponi numquam posse in executione iudicati, quod tamen manifestè falsum est. *l. si fideiussores. 41. §. 1. de fideiuss. l. 1. §. non tantum. 18. l. cum pupillus. 21. De tutel. & ration. distr.* At si cedi potest condemnato eique solventi actio iudicati aduersus contutorem non condemnatum, quæro cur non facilius cedi possit tutori non condemnato aduersus iam condemnatum contutorem? Itém que si tutor condemnatus habet exceptionem cedendarum actionum, si non cedatur illi actio iudicati contra non condemnatum, quantum facilius habere debet is qui condemnatus non est aduersus condemnatum? Taceo quam futilis sit ratio illa non cedendæ actionis iudicati, quod eam creditor suo sumptu & opera sine facto & auxilio condemnati quæsiuerit. Nam & hæres rogatus de restituenda hereditate non eò minus cogitur actionibus cedere propria stipulatione quæ sitis quod eas ipse opera sua acquisierit: quamuis in hoc differat ab hereditariis quod hæ ipso iure transeunt in fideicommissarium, in illis cessione opus est, *l. si hæres pecuniam. 73. D. ad S. C. Trebell.* Ex quibus satis superque refutata sit Molinei interpretatio ad d. l. 1. C. de contr. iudic. tutel. Cetera enim quæ confirmandæ ipsius gratia ille congerit ex l. 2. eod. tit. & ex l. 1. §. nunc tractemus. de tutel. & ration. distr. postea refellemus cap. 11. Illud subinde videndum restat, quid ille respondeat ad l. vt fideiussor. 79. de fideiuss. D. & ad l. cum alter. 11. C. eod. Neque verò hinc cunctatur, sed ait tractari quidem ius locis de actione principali, non quæ ex iudicato nascitur

tur. At non de illo quæri, an cedi illa ex interuallo possit, sed an sine cessione competat, quod, inquit, vtrâque lex negat. Verum apparet satis in d. l. cum alter, consultum fuisse Imp. non de illo solum. An sine cessione possit fideiussor aduersus confideiussorem agere (iam enim ad id responsum fuerat primis illis legis verbis, *cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciatur, actio ei aduersus eum qui vnâ fideiussit non competit*) Sed de illo etiam, An ex interuallo, & post solutionem ea cessio fieri possit. Ad id verò respondet Imperator sequenti illo versiculo, *Potuisse sanè cum fisco soluere desiderare vt ius pignoris quod fisco habuit in te transferretur, & si hoc ita factum est, cessis actionibus vti poteris.* Sic innuens non obscure si ita factum non sit, hoc est si fideiussor cum fisco solueret desiderauit vt in se ius pignoris transferretur, nullomodo fieri posse amplius vt cessis actionibus fideiussor utatur, id est vt ei actiones cedantur. Quæ etiam sententia est, dicta lege vt fideiussor, in qua non solum negat Modestinus actiones vllas competere fideiussori aduersus confideiussorem, sed etiam tempus indicat quo cedi eas oporteat vt vtiliter cedantur, nimirum *cum alter electus à creditore totum exsoluet.* Ergo postquam exsoluerit, sera erit cessio tametsi facta sit à volente. Maltò magis igitur sera postulatio eius qui petet cessionem quo tempore nulla amplius supererit actio quæ cedatur. Idque adeò clarum est vt nullo iuris loco videas Iureconsultos dubitare an actio quæ solutione perempta est cedi debeat aut possit ex interuallo (quis enim præter Molineum id vnquam putaret?) sed de illo potius, An quæ cessa est antè solutionem aut in ipso actu solutionis, aut quam pacto præcedente cedi conuenerit, secuta solutione subsistat. Videbatur enim intercidere cum secuta quandocunque solutio plenam debitori vt diximus liberationem adferat, quod fieri non potest quin obligatio extinguatur. Sed subtilissimè obseruarunt iuris autores non tam hoc casu videri peremptam solutione obligationem, quam venditum debitoris nomen solutumque venditionis precium ab eo qui pro alio soluere coactus fuerit. Quod remedij loco inductum videtur vt iis succurreretur qui pro aliis obligati, solutionem recusare non possunt *l. fideiussoribus. 17. l. cum is. 36. D. de fideiuss.* in cuius fine verba vt puto sunt inuersa, sicque meo iudicio restituenda, & ideo quia habet actiones tenetur ad hoc ipsum vt præstet actiones ex *l. quod debetur. 51. D. de pecul. l. quod si in diem. 16. §. vltim. l. item veniunt. 20. §. ait Senatus placere. 17. de petit. hered. l. 2. §. peruenisse de hered. vendit. l. heredem. 14. l. Papinianus. 28. D. mandat. Idque est quod Modestinus tractat, in d. l. Modestinus de solut. & Papinian. in l. cum pupillus. 21. de tutel. & ration. distr. & in l. cum possessor. 5. in princip. D. de censib. Manet ergo verissima & inconcussa iuris sententia, Actio-*

tionem quæ solutione perempta sit ex interuallo cedi non posse. Videtur iam quid ad eas leges respondendum sit quibus abutitur Molineus, vt errorem suum pluribus & grauioribus implicet erroribus.

*Emendatio & explicatio l. Stichum aut Pamphilum 95. §. si mandato de solut. l. si minoris 25. de admin. tutor. l. si res obligata 57. de legat. 1. l. cum pupillus 21. de tutel. & rat. distr.*

## CAP. X.

**A**D eas omnes leges quas superiore capite à Molineo allatas diximus, ut probet sublata per solutionem obligatione posse nihilominus ex interuallo cedi actionem, vna eademque responsio sufficere posset: Tractari scilicet in omnibus decedenda actione quæ per solutionem extincta non sit. Idque verissimum est, sed tamen paulò obsecutus nisi ad singulas aliqua adhibeatur interpretatio. Primum verò occurrit *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. si mandatum de solut.* vbi tractat Papinianus de mandatore cuius iussu tu pecuniam Titio credideris: Et ait, etiam postea quàm pecunia soluta est præstare te debere actiones mandatori contra debitorem, ut ei satisfiat: Nempe quia, ut ille scribit, mandatore conuento & damnato quamuis pecunia postea soluta sit, non tamen debitor liberatur, ideoque iuris ratio non solum patitur ut ex interuallo quantocumque fiat cessio, sed etiam te obligat ut mandatori qui tibi soluit actiones cedas, quòd alioqui futurum sit ut nulla ei pro repetitione contra debitorem actio competat. Neque mandati cum nihil ille mandatori tuo mandauerit, neque negotiorum gestorum, quandoquidem non potest videri mandator vtiliter gessisse negotium eius quem non liberavit, *arg. à contrario sensu l. quamquam 7. ad S. C. Velleian.* Idque & Vlpianus ex eodem Papiniano tractat in *l. Papinianus 28. D. mandat.* vbi rationem etiam reddit, cur solvente mandatore debitor non liberetur. Quoniam, inquit, non tam debitoris nomine soluit quàm suo, & propter mandatum suum. Est enim perpetuum ut quod quis suo nomine soluit numquam alium liberet si plures numero licet de eadem re fuerunt obligationes, *l. si quid possessor 31. de petit. hered. l. si poena 19. §. 1. de condict. indeb. l. cum quis 38. de pecul. l. Paulus respondit 101. in princip. de solut.* Eademque ratio est ut ibidem Papin. ait tutoris qui pupillo condemnatus est ob id quòd ipse pupilli debitorem non exegerit. Quantumuis enim soluat ille pupillo quod alius debuit, non tamen liberat debitorem quia non pro debitore soluit sed pro seipso, hoc est ex causa propriæ condemnationis quam non pro debitore, sed pro seipso solo & ob tutelam à se gestam subiit. Ideoque solum illud remedium ei superest ut tutelæ actione contraria cogat pupillum actionibus suis cedere aduersus debitorem d. §. si mandatu, vbi apertum est legendum esse nos fecisse *comparationem*, non quomodo vulgò legitur non fecisse. Idem iuris est in illa quoque specie quam idem Vlpianus ex Papiniano proponit in *l. si minoris 25. de admin. & peric. tutor.* de minore, qui contra suos curatores egit ob id quòd eorum culpa eiusdem pupilli tutores, minoris quàm oportuerat fuerant condemnati. Nam si curatores hi parati sint soluere ex condemnatione quanti interest pupilli, sed tamen petant mandari sibi actiones contra tutores, Papiniano placet (cuius sententia extat in *l. alterius 20. §. 1. de tutel. & ration. distr.*) posse eos & debere id consequi per doli exceptionem, quoniam actio pristina quæ beneficio restitu-

restitutionis in integrum salua esse poterat pupillo contra tutores, & cedi & mandari adhuc potest. Sed si iam fecerint iudicatum curatores, proderit, inquit, ea res tutoribus quoniam nihil minori abest qui de præda magis quàm de damno sollicitus videbitur, si postquàm à curatoribus suis indemnitate consecutus est pergat, velle aduersus tutores in integrum restitui. Quæ ratio demonstrat apertissimè solutionem à curatoribus factam non in eo prodesse tutoribus, quòd ipso iure sint liberati, sed hætenus duntaxat ut opposita doli exceptione repellant minorem qui contra bonam fidem captat prædam ex damno alieno, bisque idem vult consequi. Nam proculdubio si strictum ius inspicias salua manet pupillo aduersus tutores actio, etiam postea quàm à curatoribus solutionem accepit, quòd non pro tutoribus ipsi soluerint, sed pro seipsis ex causa curationis non bene gestæ condemnatis. Inde igitur fit quod Vlpianus ex Papiniano subiicit, ut mandare actiones suas curatoribus etiam post solutionem & ex interuallo pupillus possit, neque id habet dubitationem. Sed an mandare cogi debeat difficilius est. Sic enim Papinianus loquitur quasi in minoris arbitrio id positum sit. Et sanè imputari curatoribus potest, cur iudicatum fecerint non opposita doli exceptione per quam consecuturi erant ut sibi mandarentur actiones. Nec facillè video quænam ipsis ex iure aut ex æquitate actio superesse possit in minorem postquam satisfecerunt iudicato. Non enim simile est quod idem Vlpianus scribit *in lege si res obligata, 57. de legat. 1.* in illis verbis quod *quamquam suo tempore non fecerit, iam per iurisdictionem Præsidis prouincia id ei præstabitur.* Ibi namque multò minùs imputari potest fideicommissario qui conuentus hypothecaria soluit creditori hereditario, nec petiit exhiberi sibi actiones contra heredes, ad quos liberandi prædij onus pertinere testator voluerat (legendum enim est *voluerit*, non ut vulgò *noluerit*) Nimirum quia ut eadem lex ponit, non satis apertè de ea re sententiam suam testator expresserat. Itaque nonnulla suberat quæstio voluntatis defuncti quæ sicut facti est, *lege voluntatis septim. Codice, de fideicommiss.* ita facillè prudentissimum quemque potest fallere. *lege secunda D. de iur. & fact. ignor.* At nihil est quod excusare queat imperitiam curatorum qui iudicatum fecerunt non petita aduersus tutores cessio, præter errorem iuris, cum proprii facti ignorantiam non possint prætere dere *lege tertia, eodem. dicta lege quamquam 7. Digest. ad Senatusconsultum Velleianum, lege, cum putarem. trigesima sexta. D. familie erisciscund.* Errorem potro iuris nocere certum est, *lege, regula 9. de iure & facti ignor. iuris ignorantia, septim. eodem titulo.* Nulla igitur curatoribus qui soluerunt superesse potest actio in pupillum ut actionibus suis cedat, quamuis si vtrò cedere ipse velit, nihil sit quod cessionem impediat. Cæterum illud quoque obseruandum est quod in dicta lege, si minoris, Vlpianus ita scribit *postea prouocantes per doli exceptionem, consequi ut eis mandentur actiones.* Sic enim videtur innuerè, non esse audiendos curatores si post condemnationem quæ transierit in rem iudicatam, petant mandari sibi actiones, sed cogendos eos prouocare à sententia ut in causa appellationis possint ipsi exceptionem doli opponere. Atqui constat posse etiam in executione iudicati exceptionem doli obici ad extorquendam restitu-

actionis cessionem, vt & cæteras exceptiones omnes quæ non impugnant iudicatum. *l. 1. §. non tantum 18. l. cum pupillus 21. de tutel. & ration. distr. l. si fideiussores 41. §. 1. de fideiuss.* Cur ergo prouocandi necessitas curatoribus iungatur? Præsertim cum difficilius permittatur appellatio iis casibus quibus non est necessaria, vt puta si apud eundem iudicem qui iam cognouit, possit in executione iudicati proponi exceptio quæ ante condemnationem proposita non fuit, *l. cum non eo die 6. l. vltim. C. quand. prouoc. non est necess.* Itaque fit mihi probabile sic potius legendum esse apud Vlpianum posse prouocantes aut per doli exceptionem consequi, vt ponat ille in arbitrio curatorum an prouocare velint à sententia, an potius, quod sanè & tutius est, per doli exceptionem consequi vt mandentur sibi actiones in executione iudicati. Neque enim nouum est vt interdum appellatio quoque permittatur, etiam cum aliter succurri potest, vt cum minor ex condemnatione læsus est. Potest namque appellare si velit vt iure communi nec ed minus tamen restituatur si malit contra sententiam *l. Praeses 42. de minor. iur. l. si pater 8. C. quand. prouoc. non est necess.* Et verò Papinianus cuius responsum ab Vlp. relatum extat, vt diximus *in d. l. alterius 20. §. 1. de iur. & ration. distr.* prouocationem nullam requirit ad opponendam doli exceptionem, aut ad petendam actionum cessionem, sed sola doli exceptione curatoribus succurri posse ait. *Item verò quod perinet ad d. l. si res obligata 57. de leg. 1.* vt intelligas non probari ex eo loco Molinei feuentiam, scire te oportet. Cum alicui per fideicommissum relicta res est quæ alieni pignoris vinculo tenebatur, si fideicommissarius soluat debitum quod ad heredis onus pertinere testator voluerat, liberari quidè pignus, sed tamen non liberari heredes debitoris, quia non eorū nomine sed suo proprio soluit fideicommissarius, putans luendi pignoris necessitatem sibi incumbere. Eiusque rei argumento est, quod creditori qui hypothecaria vsus litis æstimationem consecutus est à possessore, actio tamen superesse stricto iure contra debitorem vt ab eo debitum possit exigere quamuis doli exceptione repelli possit, quod bis idem velit consequi, *l. si cur 8. §. vlt. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Quæ dubitandi ratio est ad *l. 2. eod. tit.* in qua non videbatur debitor rem suam vindicans cogendus offerre debitum possessori qui litis æstimationem creditori Seruiana agenti præstiterat, quando eiusmodi præstatione non esset debitor à creditore liberatus. Sed decidendi ratio est, quod licet non sit ille ipso iure liberatus, attamen tutus est doli exceptione *d. §. vltim.* Proinde indemnem seruare debet eum cuius beneficio exceptionem illam quæ sitā habeat, haud secus ac si ipso iure liberatus esset, *arg. l. si pecunia 77. de legat. 1.* Aliud ergo est liberare pignus, aliud verò liberare debitorem. Quod si ita est vt solutione per fideicommissarium facta non liberentur heredes debitoris, quis miretur fieri posse vt etiam ex interuallo ipsi mandare actiones creditor possit, quas adhuc integras habeat? Vt verò etiam cogatur illa ratio facit, quam supra attigimus, quod nihil imputari possit ei qui in obscura interpretatione voluntatis defuncti non satis expressa, errauerit. Eodem modo respondendum est *ad legem, dominus Sisco 23. de pecul. legat.* valere in illius legis specie cessionem factam ex interuallo post solutionem, adeoque eum cui solutum fuerat cogi actionibus suis cedere, quia per solutionem factam animo reddendarum rationum potius quam liberandorum debitorum gratia non fuerant debitores liberati:

quod aperte Scauola docet illis verbis, *Manentibus debitoribus pro quibus ipse pecuniam heredibus patroni refuderat.* Cur non ergo cedatur actio, quæ quoniam superest cedi commodè potest? *d. l. in creditore 38. de emitt. l. cum is 36. in fin. de fideiuss.* Ad *l. cum possessor 5. de censib. facilis responsio est, tractari eo loco de solutione facta post actionum cessionem, sicque intelligenda verba illa nec inuisiter actiones præstantur, tamen si fiscus pecuniam suam recuperauerit, vt secutam non præcedentem recuperationem ac solutionem demonstrent.* Id enim probat ratio quæ subiicitur *quia nominum venditorum precium receptum videtur.* Nam cum post solutionem totius tributi pro prædio debiti nulla fisco superfit actio, nec in personam cum nulla eo nomine personalis vnquam competierit, nec in rem quæ liberata est, fieri sanè nequeat vt venditum videatur nomen quod in rerum natura nullum est. Dubitandi autem causa illa fuit quam in superioribus perstrinximus, quod etiam cum ante solutionem cessio facta est, videatur tamen actio secuta, quandocumque solutione intercidere. Quod apparet manifestius ex alio eiusdem Papiniani loco *in d. l. cum pupillus 21. de tutel. & ration. distr.* in illis verbis *quamuis postea à iudicatum fiat, tamen actio data non intercidit.* Eadem enim decidendi ratio sequitur, quia pro parte condemnati tutoris non tutela reddita, sed nominis precium solum videtur. In quibus tamen verbis non dubito quin desit negatio, potiusque legendum sit pro parte non condemnati. Proponebatur enim illo loco facta solutio totius debiti per vnum ex tutoribus condemnatum in solidum, eique cessa actio pro parte scilicet in tutorem non condemnatum. Illud ergo sibi vult Papinianus, pro parte tutoris non condemnati, non tam tutelam redditam quam nominis precium solum videri, idèque actionem quæ ante solutionem cessa fuerat, non intercideri secuta quandocumque postea solutione: *facit l. soluitur 5. §. si conuenerit D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* At pro parte ipsius condemnati tutela sanè reddita dicenda est, non precium nominis solum, cum pro ea parte nulla in contutorem actio cedi potuerit, *l. si plures 38. D. de admin. & peric. tutor. l. quæ situm 30. §. 1. versic. fin. verò filius D. de pecul. nec rursus ipsi condemnato in semetipsum.* Cæterum probat manifestè ratio illa ne quidem tutori aduersus contutorem vllam actionem ex interuallo cedi posse, cum de illo magis Papin. dubitet, An quæ cessa fuerat ante solutionem postea intercidit. Non leuior eiusdem Molinei error ille est quod pro se obiicit Paulum *in l. in fraudem 45. §. qui pro alio de iur. fisc.* ubi scriptum est eum qui pro alio conuentus à fisco totum debitum exsoluit, non iniquè postulare persecutionem bonorum eius pro quo soluit, in eoque adiuuari etiam per officium solere. Illa enim verba *exsoluit, soluit,* quibus lex vitur non in præteriti temporis vt ipse putat, sed in præsentis significatione accipienda sunt, hoc est de cessione quæ petatur in actu ipso solutionis. Nullam siquidem hac parte differentiam esse inter fiscum & priuatos constat. *ex d. l. cum alter C. de fideiuss. Item ex l. si cum pecuniam 3. & l. vlt. C. de priuileg. fisc.* quibus etiam id ipsum apertissime probatur, quod volumus, ita demùm vtiliter cedi posse actiones ei qui pro alio soluit fisco, si ante solutionem, aut saltem in ipsa solutione cessio petatur & præstetur, aut de præstanda ea pactum interueniat. Quod si qua inter fiscum & priuatum hac parte differentia est, in eo tantum elucere potest, quod in priuatorum causis si pignoris liberandi gratia vnus soluerit quod alius debebat, superest aduersus debitorem personalis actio

quæ cedi quandoque potest, *d. l. si res obligata*. In causa verò fisci qui in debitorem bonis ius habet taciti pignoris si fisco solutum sit etiam pro alterius parte nulla prorsus obligatio aut actio superest quam cedere fisco ex interuallo possit, quippe qui nec aliam ullam actionem habebat quam quæ coniuncta esset cum persecutione bonorum eius qui tributo præstanto erat obnoxius: Quomodo enim aliam merè personalem haberet contra eum qui neque ex contractu vel quasi obligatus esset, neque ex delicto vel quasi delicto? Nam & idè induci necesse fuit ut taciti pignoris ius fisco accommodaretur ne alioqui actio ei omnis deficeret bonis alienatis pro quibus tributum pendere debuerat, hoc ita cum de tributo aliisque eiusmodi causis fiscalibus tractatur. Si enim fiscus pecuniam crediderit aliterve cum priuato contraxerit, iure communi utitur, nec deterioris conditionis esse debet quam priuatus.

*Ad §. nunc tractemus. l. 1. D. de tutel. & rason. d. strah.*

CAP. XI.

**V** N v s hic tātūm iuris locus est qui pro Molinei errore quem nos exagitamus nonnihil scrupuli iniicere posse videatur. Sic enim Vlpianus scribit, Si fortè quis tutor ex facto alterius tutoris condemnatus aliquid præstiterit vel ex communi gestu, nec ei mandata sint actiones, constitutum esse à Diuo Pio, & ab Imp. Seuero & Antonino, vtilem actionem tutori aduersus contutorem dandam. Cui conuenit *l. 2. C. de contr. iudic. tutel.* quæ est Imp. Antonini, in illis verbis *actiones aduersus contutores tuos mandari tibi à pupilla desiderabis vel vtili actione videris*. Nec responderi illud potest quod ad alias Molinei obiectiones superiore capite respondimus, Possè hoc casu cedi actionem post solutionem idè quòd solutione extincta non sit obligatio. Cū certissimi iuris sit vno ex tutoribus soluente alium contutorem liberari, *l. 1. C. eodem tit. de contr. iudic. tutel. l. Modestinus 76. de solut.* Neque mouet quòd tutor hic qui totum soluit, soluerit proprio nomine, qui scilicet proprio nomine in solidum tenebatur, *l. cum interdicitur 6. in fin. C. arbitr. tutel. l. 2. in fin. C. de diuid. tutel.* Nempe quoniam vna eadèque causa est quæ tutores omnes obligat videlicet tutelæ, & consequenter vna omnium eadèque obligatio, *l. ult. D. rem pupill. salu. for.* nec tam propter contutorem quam propter tutelam soluit, qui solidum præstat quod ex causa tutelæ debeatur, cū singulis tota administratio iniuncta videatur, *l. 1. C. si ex plurib. tutor. vel curat. l. decreto 24. §. 1. D. de administ. tut.* nisi quibusdam duntaxat à magistratu concessa fuerit cæterisque prohibita, *l. 3. §. apparet & per totum eod. tit. l. legitimus 5. §. in legitimis de legit. tutor.* Et tamen ei qui solidum soluit non eo minus competit repetitio pro parte contutoris, qui æquè vel administrauerit vel in administrando negligens fuerit. Nimirum quia pro ea parte solutum fuit propter contutoris factum aut culpam: quod non contingit in mandatore qui soluit propter mandatum suum. *l. Papinianus 28. D. mandat.* Nec in correis aut confideiussoribus, qui totum soluunt propter propriam singulorum promissionem. Illa igitur manet dubitatio, Cū vno ex tutoribus soluente cæteri liberentur, qua ratione fieri queat ut ei qui soluit

soluit vtiliter cedi possit actio ex interuallo aduersus contutores. Id enim est quod Molineus defendit & ex locis supradictis probari putat. Ego verò perpetua illa ratione moueor, ut putem non magis hoc casu quam alio villo valere cessionem actionis factam ex interuallo, quod fieri nullomodo queat ut cedatur actio quæ amplius nulla est, qualis illa, quæ solutione prorsus extincta fuit, idque tam aperte scriptum est, *in d. l. 1. C. de controu. iudic. tutel. & in d. l. Modestinus*, ut nihil scribi potuerit apertius. Neque verò si bene inspicias, contrarium probatur ex *d. §. nunc tractemus*, in quo manifestum est non de actione cessa agi, sed de vtili quæ citra cessionem competit. Quæ enim cessa & mandata est, directa dici debet non vtilis, cū sit illa ipsa quæ penes cedentem erat, eaque vtatur cessionarius non ex persona sua sed ex persona cedentis tanquam procurator in rem suam constitutus *dicta lege 1. l. qui stipendia 9. C. de procurat.* Ea portò vtilis actio non alia ratione introducta est quam quòd post factam solutionem directæ locus esse amplius non possit. Introducta autem fuit non tam ex iuris ratione aliqua quam ex æquitate, idque ex rescriptis Imperatorum cū iureconsultorum autoritas non sufficeret. Et si enim plerisque casibus iuris autores introduxerunt vtilis actiones, iis scilicet quibus directa actio deficiebat: siue quòd legis vel edicti Prætorij verba manca essent, siue quòd stricta iuris ratio deficeret; solaque æquitas dari actionem suggereret, quoties tamen æquitati iuris ratio prorsus obstitit, vix reperias vquam ausos eos fuisse actionem dare. Tunc enim fuit necessaria Imperatoris autoritas. *lege prima, Codice de legibus*, quomodo contigit in ea specie de qua tractamus. Nam cū ipso iure tutor in solidum teneatur ut diximus ex contutoris administratione perinde atque ex sua, & consequenter soluisse videatur pro obligatione propria quicquid soluit ex facto & pro parte contutoris (quamuis habeat beneficium diuisionis exemplo fideiussoris si contutor præsens sit & soluendo *d. §. nunc tractemus*.) fieri certè non poterat ut actionem tutelæ vtilem ei accommodarent iureconsulti in contutorem. Fateor potuisse negotiorum gestorum actione conueniri eum ex cuius facto contutor quid præstitisset, quod & in Collegis magistratibus obtinebat, *l. ex facto 30. de negot. gest.* Sed nego cum Accursio quicquid garrat Molineus ad *d. l. Modestinus num. 5.* fuisse eam directam actionem (quo enim iure directa competeret ei qui ex propria persona obligatus erat ut solueret?) Dico fuisse vtilem, sicut & eam quam Papinianus dat in specie *l. libero 31. eod. tit. ad exemplum institoria, ut probat l. idè que 10. §. idè Papinianus. D. mandat.* Dico eam actionem vtilem non aliter competiisse quam cū ex solo facto tutoris condemnatus aut conuentus contutor soluisset, non etiā si ex communi gestu. Idè autem competiisse quidam damnum à contutore solutum, non tam ex causa tutelæ quam ex mala contutoris administratione processerat: ut supra docuimus *c. 7.* ex illis Iuliani verbis, *id est ei saluum esset quod eius causa damnum cepisset*. Proinde in alios omnes casus quibus actio illa vtilis negotiorum gestorum aut locum habere nequeat, puta si ex communi gestu negligentiaue condemnatus vnus ex tutoribus totum soluerit, aut inutilis futura sit fortè ob inopiam debitoris quæ post susceptam tutelam superuenerit, cū neq. actio negotiorum gestorum nascatur antè solutionem factam pro alio *l. 1. & pass. de negot. gest.* neq. priuilegium vllum habeat tacitæ hypothecæ, *l. pen. C. eo.* Necessariū & æquissimū

fuit introduci vtillem illam actionem de qua Vlp. in d. §. nunc tractemus. Quæ proculdubio vtilis tutelæ non negotiorum gestorum actio intelligenda est, vt. contra Accursium & cæteros Molineus disputat post Azonem, cum quo & ego hac parte sentio: cum eam competere ex rescriptis Imperatorum Vlpianus dicat eo quoque casu, quo vtillem negotiorum gestorum Valerius Severus & Iulianus iam dederant in d. l. ex facto: quos conitar sub Hadriano floruisse annis aliquot ante Antonium Pium qui Hadriano successit. Vnde illud etiam est quod in specie d. l. ex facto, nullam illi dant exceptionem ordinis aut diuisionis contutori conuento ex facto contutoris, quæ tamen hodie proculdubio competit. Nempè quod illud nondum inductum esset per epistolam Hadriani aliâque posteriorum Imperatorum constitutiones, de quibus in l. tres fratres 55. §. non solum de admin. tutor. l. ult. C. de diuid. tutel. l. 1. & 2. C. si tut. vel curat. non gesser. Nam quod obtinet vt contutores habeant beneficium diuisionis receptum est non lege aliqua speciali, sed exemplo fideiussorum d. §. nunc tractemus. In fideiussoribus verò id ipsum constitutum fuit, per epistolam Hadriani. Etsi enim iam ante Hadrianum idem Prætoribus placuisse testatur Paulus lib. 1. sentent. iij. 20. non fuisse tamen in vsu ius illud Prætorium vel ex eo maximè constat quod iureconsulti passim ad epistolam Hadriani hoc beneficium diuisionis referunt, l. inter fideiussoras 26. & l. seq. §. prætere. d. de fideiuss. itemq. Iustin. in l. vlt. C. de consti. pecun. & in §. si plures instit. de fideiuss. Ergo ne à proposito aberremus vtilis illa actio de qua in d. §. nunc tractemus, de vtili tutelæ non negotiorum gestorum actione omnino intelligenda est, quod & non obscure innuit textus, d. l. 2. C. de contr. iudic. iutel. & non malè quis fortasse probet, ex l. 2. §. ius Reipublica de admin. rer. ad ciuit. pertin. vbi idem Vlp. scribit actionem quæ pro facto collegæ in collegam decerni solet ei qui pro altero dependit, ex æquitate competere. Nimirum vt ego quidem existimo, propter rescriptum illud Antonij Pij, quod licet de contutoribus tantum loquatur, prudentum tamen interpretatione ad alias quoque personas & causas similes tractum est trahique potuit. Alioqui iuris sanè ratio obstaret quominus eadem actio quæ in Collegam decernitur ei quoque daretur qui pro collega quid dependisset si nulla cessio facta proponeretur, neque ex sola æquitate ita respondere iureconsulti potuissent: eo præsertim casu quo nulla suberat necessitas competente iam vtili negotiorum gestorum actione, vt diximus ex d. l. ex facto. Sed neque vtillem illam tutelæ actionem existimandum est omni casu competere tutori qui soluit aduersus contutorem. Quid enim si plures tutores idèd teneantur quod tutelæ ipsis iniunctæ administrationem suscipere noluerint? Habebunt quidem nihilominus beneficium diuisionis si omnes soluendo sint: sed si ex iis quidam non sint idonei, cæteri ita onerantur vt ne quidem adigere pupillum possint ad cedendas in contutorem actiones. Quæ enim fronte id desideraturi sint cum propria cuiusque contumacia paniatur? Inquit Papin. in l. si plures 38. de admin. & peric. tutor. Igitur nec tacitam illam vtillem habebunt, Cuius scilicet dandæ ratio alia non est quàm vt in eius quæ mandari debuit, nec mandata est locum substituatur. Quam ob causam nec eo casu competet quo quis ex dolo communi solidum præstiterit d. §. nunc tractemus, versic. planè si ex dolo: quamuis competat si ob ea quæ cum geri deberent omiſsa sunt, vnus ex tutoribus condemnatio facta sit. Huic enim condemnationi neque

neque dolo causam dat neque contumacia, sed lata culpa quæ cum fuit communis, periculum eius ad vtrumque spectare æquum est d. l. 2. C. si tut. vel curat. non gesser. licet aliàs dici soleat latam culpam dolo comparari l. quod Nerua 32. D. deposit. in eoque erit etiam generalior actio vtilis tutelæ quàm vtilis illa negotiorum gestorum de qua in d. l. ex facto: quæ iudicio meo non potest hoc casu competere illi qui totum soluens: propriæ non alienæ negligentia pœnas luit. An enim potest hic videri alterius gessisse negotia? Non magis vtique quàm si solueret ob alterius fraudem cuius particeps ipse fuerit, d. l. ex facto in illis verbis ita tamen si non sit conscius fraudis. Vt verò Molinei obiectioni satisfaciamus, illud videndum superest. Cur vtilè hanc tutelæ actionem inter contutores Imperator Pius induxerit, eiusque exemplum secuti postmodum alij Imperatores. An ex iuris ratione aliqua? Minimè sed ex sola æquitate cui ratio ipsa iuris penitus repugnabat, d. l. 2. §. vis reipublica de admin. rer. ad ciuit. pertin. At qua æquitate? An ob id solum quod cum periculi societas inter contutores inita videatur, vt Papinianus loquitur in d. l. si plures. æquum sit quod vnus pro alio soluerit, id eum eadem actione repeteret? Atqui eadem æquitas facere deberet vt in confideiussoribus pluribus idem ius admittendum esset, quod tamen nusquam est proditum. Nam fideiussori qui totum soluit, nec aduersus confideiussorem actiones sibi mandari curauit nulla actio danda est, l. vt fideiussor 39. de fideiuss. id est nec directa nec vtilis. Neque ad eos tractum est per interpretationem rescriptum Diui Pij quomodo ad Collegas magistratum cæterosque Reipub. administratores. Alia ergo æquitatis ratio quærenda est quæ ad solos tutores, curatores, magistratus, aliosque si qui sunt similes administratores pertineat. Illa autem esse videtur, quod hi omnes non ex voluntate sed ex necessitate obligantur. Cogente quippe lege vel iudice cum inuiti quoque tutelam suscipere cogantur nisi adferant excusationem. Fideiussores verò non nisi vltro & ex propriæ voluntatis arbitrio obligantur. Quod minus iis succurrendum est cum se in eam necessitatem ipsi coniciant, arg. l. si fideiussor 7. §. si necessaria D. qui suisd. cogant. tutoribus verò cæterisque administratoribus multò facilius, ne iis tam damnosum sit officium quod ex necessitate susceperint, arg. l. videlicet 29. ex quib. caus. maior. Vnde illud etiam est, quod fideiussoribus hactenus succurritur vt ei qui soluit cogatur creditor vendere cæterorum nomina l. fideiussoribus 17. D. de fideiuss. Tutoribus autem ita succurritur vt electionem habeant an actionem cessionem petere an vtili tutelæ iudicio experiri malint dicta lege secunda. Codice de contrar. iudic. iutel. Nec eò magis repellatur pupillus quod nullas fortè actiones, tutori soluenti mandare possit, cum alia ratione, id est vtili illa tutelæ actione liceat soluenti tutori à contutore consequi indemnitate. Igitur vt ad Molineum redeamus, errat ille turpiter cum ait, Facta solutione per vnum ex tutoribus superesse aliquam actionem. Idèd, inquit, quod ipso iure vtilis tutelæ competat cõtra collegas etiam si nihil actum sit de cessione, Quasi plus sit competere vtillem ipso iure quàm mandari directam & cedi posse. Nam imò verò nulla ipso iure actio competit, neque directa sine cessione, neque vtilis, sed tamen ex æquitate vtilis accommodatur, non alia vt prædiximus ratione quàm quod directa cedi amplius non possit: In damno autem morari tutorem qui totum siue coactus soluerit siue vltro cum posset implorare beneficium diuisionis iniquissimum cer-

tè videatur. Vtilis porrò accommodatur non ex edicto Prætoris aut prudentum interpretatione, sed ex Imperatorum autoritate, sine qua non magis tutori in collegam, quam fideiussori aduersus confideiussorem daretur actio.

*Correo qui totum soluit non competere vtilem actionem aduersus correum. Et obseruata Triboniani manus in l. alterius 20. in princ. D. de iutel. & ration. distr.*

## CAP. XII.



ON est superioribus contrarium quòd aduersus genuinam iuris rationem videtur Papinianus vtilem actionem introducere in specie l. alterius 20. in princ. de iutel. & ration. distr. vbi cum ille scripsisset: Si alterius curatoris heres minor, vt maiore pecunia condemnatus in integrum restitutus sit ex eo tamen non dari materiam litis aduersus alium curatorem instaurandæ quasi minore pecunia condemnatum, si non sit eius ætatis actor cui subueniri oporteat. Subiicit, *Sed æquitatis ratione suadet, vt per vtilem actionem ei subueniri in quantum alter releuatus est oportet.* Dicam ingenuè quod sentio. Videtur mihi totus hic versiculus esse Triboniani potius quam Papiniani, non solum quòd verborum contextus ipse minus sit elegans quam vt Papiniano tribui debeat, sed etiam quia iuris ratio prorsus impediatur in ea specie vtilis vlla actio accommodari possit. Neque enim restitutio in integrum impetrata aduersus vnum caput sententiæ prodesse potest contra cætera eiusdem sententiæ capita si ea pars litis, in qua restitutio in integrum admittitur, cæteris speciebus non cohæreat, nec si inter easdem personas agatur l. etiam 29. §. 1. l. tutor 47. §. vlt. de minor. Multò minus igitur si adsit personarum diuersitas, quæ sanè fieri non potest, vt capitum sententiæ connexitatem non impediatur vt in ea specie quam Papinianus tractat, in d. l. alterius. Cæterum nihil ea quæstio commune aut simile habet cum quæstione §. nunc tractemus. l. 1. eod. tit. de qua proximo capite diximus: Nec eadem æquitatis ratio suadet, vt apud Papinianum admittamus vtilem actionem contra eum qui pro se habeat rem iudicatam aduersus quam nulla amplius proponi queat in integrum restitutio: Non magis quam vt creditori cui ex eiusdem pecuniæ debitoribus quidam plus parte sua soluerint, quidam minus, liceat indebiti soluti conditionem impedire prætextu debiti ab aliis non soluti l. Paulus, respondit 101. de solut. Nimirum distinctio personarum facit vt ex vno debito alterius rationem sumi non oporteat: excepto casu valde singulari l. quidam 29. D. ad S. C. Velleian. vbi Paulus ait, si is qui volebat tecum contrahere cum facultates tuas suspectas haberet cum muliere contraxerit & ab ea pignus acceperit, illa verò à te, iuuari quidem illam Velleiano, indeque fieri vt neque pignus quod illa dedit, neque quod tu ipsi dederis teneatur creditori: Sed non sine ratione Prætorum facturum si non tantum personalem subducta muliere in principalem debitorem, hoc est in te dederit actionem, sed etiam in eas res quas tu mulieri obligare voluisti. Ideò fortasse quòd ab initio id actum erat vt tecum ille contraheret, persona verò mulieris interponeretur, vt

pro te

pro te intercederet, colorque intercessioni contra Senatusconsultum quaeretur. Itaque subducta persona & obligatione mulieris actionem in te dari necesse est non restitutoriam, hoc est ad restituendam pristinam obligationem quæ nulla vnquam fuit, sed ad hoc potius vt instituaturs obligatio, hoc est vt perinde obligeris eodemque obligationis genere quo ipsa mulier est obligata. Finge per stipulationem & pignoribus datis obligatam mulierem. Tu quoque quasi ex stipulatu & acti pignora creditori dedisses conuenieris, l. quamuis 8. §. si cum essem, eod. tit. Porrò quæ hoc casu vtilis actio competit, non ciuilis est, quomodo esset si ex prudentum interpretatione descenderet, quales sunt illæ de quibus in tit. De præscript. verb. sed Prætoriam, eamque à prætore dandam esse nominatim scribit Paulus vt quiuis intelligat non potuisse eam sola prudentum autoritate introduci. Quamquam ne quid dissimulem non parum suspectus mihi est versiculus ille, *sed non sine ratione &c.* ferèque est vt Tribonianum mihi redoleat magis quam Paulum, in eo præsertim quòd contra manifestissimam iuris rationem dat actionem hypothecariam in eas res debitoris quas creditori obligatas non esse Paulus proximè dixerat. Fateor posse interdum debitorem qui mulieris personam in senatusconsulti fraudem interposuit conueniri ex quasi stipulatu à creditore cui nihil ipse promiserit d. §. si cum essem. Sed in eas res quæ nullomodo, id est nec expresse nec tacite sint obligatæ, vt quasi Seruianam dare Prætor possit longè difficilior est, quando cumque æquitatis prætextu nitare. Est enim ius tacitæ hypothecæ in eam rem comparatum vt si quando deficiente pignoris conuentione rem obligari æquitas suggerat pignoris vinculum tacite contractum intelligatur tot. tit. in quibus caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. At nemo dixerit casum hunc ex iis esse qui habent priuilegium tacitæ hypothecæ, idque Paulus aperte negat cum ait *eas res quas mulier ab his pro quibus intercedebat pignori accepit, creditori mulieris obligatas non esse.* Et ratio euidentis est quia non creditori mulieris sed ipsi mulieri fuerant obligatæ. Itaque totum illum sequentem versiculum vel à Triboniano additum facile crederem, vel si quid in eo Pauli est ita restituendum vt legamus, *sed non sine ratione prætorum facturum si subducta muliere in principales debitores dederit actionem.* Vt eius loci sensus idem sit qui & dicto §. si cum essem, vbi dat quidem Vlpianus creditori mulieris actionem ex quasi stipulatu aduersus eum qui nihil sponderat, sed de hypothecaria in eas res quæ obligatæ non erant, verbum nullum. Certè quam difficile sit inducere vtilem actionem ex æquitate contra iuris rationem, vel ex eo maximè nec ineleganter conici potest quòd scriptum legimus in l. non quasi 4. §. sed enim D. rem pupill. salu. for. Tutorem qui cauit rem pupilli saluam fore omnino non teneri ex ea stipulatione, id est nullomodo, itémque nec fideiussores eius si tutelam ipse non gesserit, quia, inquit Vlpianus, nec tutelæ actio eum qui non gessit tenet: Sed hanc tamen differentiam esse inter actionem tutelæ & ex stipulatu, quòd vtili actione tutelæ conueniri potest qui non gessit, quoniam suo periculo cessauit: At ex stipulatu vtili actione nec ipse nec fideiussores eius teneri possunt. Igitur, inquit Vlpianus, Erit ille ad administrationem compellendus propterea vt stipulatione quoque ista possit teneri. Quis verò hic non miretur, non inductam potius autoritate Iureconsultorum vtilem a-

D ij

tionem ex stipulatu contra tutorem qui non gessit eiusque fideiussores, ob eam ipsam æquitatem quæ vtilem tutelæ actionem induxit? Maxime cum vtriusque actionis eadem causa sit, eademque vis & potestas. *l. cum pupillus 9. & seqq. eod. tit.* Nempe multò difficilior est inducere vtilem actionem ex stipulatione quæ non nisi verbis, & quatenus verbis expressum est contrahitur, *l. 1. quicquid 99. & post. de verb. obligat. l. penult. indic. solui.* quam actionem tutelæ quæ tota ex bona fide nascitur, & ex sola officij susceptione secutaque mala administratione aut in administrando negligentia, *l. pro officio 20. C. de admin. tutor.* Estque hinc valde singularis casus in quo contra vulgares iuris regulas cogitur quis præcise ad factum, etiam citra actionem ob id solum ut postea quam fecerit agi cum eo possit, ne alioqui in eius potestate sit damnum infligere pupillo ex propria negligentia, & tamen facere ne stipulatio vnquam committatur. Neque enim agi potest ex stipulatione non commissa, *l. qui Roma 122. §. Agerius de verb. obligat. l. si commissa 13. D. rat. rem haber.* Sanè posteaquam commissa erit, hoc est statim atque tutor administrationem attingere cœperit, non erit utique cogendus in singula momenta facere & administrare ad hoc ut pro tota tutela possit conueniri, *l. 5. §. 1. de admin. tut. l. 5. de magistr. conuen.* Sed tùm demùm succedere incipiet obligatio eius quod interest Rem pupilli saluam fore, ut in omnibus faciendi obligationibus, *l. si quis ab alio 13. §. ult. de re iudic. præsertim ex prætoria stipulatione descendens d. l. si commissa l. ult. de prætor. stipulat.* Quod si vtilem ex stipulatu actionem inducere tota iuris prudentia non potuit, ne fauore quidem pupilli pro quo tam manifesta urgebat æquitas, & cui iam ipso iure vtilis tutelæ actio competeat, quis putet (ut ad institutam aduersus Molineum disputationem redeamus) induxisse prudentes aut inducere potuisse vtilem actionem inter contutores? Aut quis existimet vtilem actionem absque cessione dandam esse generaliter iis omnibus qui pro altero soluerint puta confideiussoribus & similibus personis? Præsertim cum si qua inter confideiussores actio esset, ea non alia quam ex stipulatione esse deberet quando fideiussores non nisi ex stipulatu possint obligari *l. 2. §. in reipublica de administr. rer. ad ciuit. pertin. iuncta l. blanditus 12. C. de fideiuss.* Sic vtilem ex stipulatu actionem pro dote Iustinianus inuita iuris prudentia induxit in *l. vnic. C. de rei vxor. act.* quam ex prudentibus nemo quantumque auctoritatis vnquam inducere potuisset. Sanè inter correos debendi siue per stipulationem siue qua alia ratione constitutos vtili actioni locus esse multò minùs potest, quoniam quod singuli soluunt non ob alterius correi factum soluunt, sed ob propriam promissionem, in eoque differunt à contutoribus, quorum si quis soluat solidum, licet id soluat quod debebat proprio nomine, habet tamen partis repetitionem, quia verum est pro ea parte solutum fuisse propter factum & culpam contutoris, qui æquè vel administraperit, vel in administrando negligens fuerit, quemadmodum in iuncto superioris capituli docuimus. Quæ etiam ratio induxisse videtur, ut cum inter correos debendi non esset olim locus beneficio diuisionis, *l. 2. 3. l. reos. et. in prin. D. de duob. reis. l. 1. & 3. C. e. l. reos 23. C. de fideiuss. l. si non singula. C. si cert. petat.* inter contutores tamen esset, *d. §. nunc tractemus.* Fuit enim beneficium diuisionis ius singulare illorum qui pro aliis soluerent, *l. penult. D. de fideiuss. tut. l. ult. C. de constit. pecun. l. si duo 16. D. eod.* Et si autem contutores ex propria obligatione singuli conueniuntur, *l. si plures 38. D. de admin. tutor.*

*tutor. l. cum interdicta 6. ad fin. C. arbit. tutel. l. 2. in fin. C. de diuid. tutel.* Attamen non tam tutela eos obligat (cum fieri possit, ut tutore pupillus debeat contrario iudicio tutelæ *l. vt. C. de contr. iudic. tutel.*) quam mala administratio aut cessatio in administratione: ideoque cum alij ex aliorum facto aut negligentia quid præstant, perinde pro alio præstare dicendi sunt, atque si alieno tantùm non etiam proprio nomine obligati essent: Et consequenter æquissimum est diuidi inter eos actionem ac si essent fideiussores quibus ob hanc causam Vlpianus eos comparat in dies, §. nunc tractemus, non etiam correis debendi. Isque sensus videtur. *l. vltim. D. rem pupill. salu. fore. in illis verbis. nam æquitas arbitri atque officium viri boni videatur eam formam iuris desiderasse.*

*Cogendum esse creditorem ei ex correis qui totum soluit actione sua, aduersus alium cedere si ante solutionem aut in ipso actu solutionis cessio petatur.*

## CAP. XIII.

**R**EVVATTO errore Molinei existimantis creditorem qui ab vno ex correis debendi solutionem acceperit cogendum esse, ut ei aduersus alium cedat suis actionibus etiam ex interuallo, alter nobis placet contrarius nec tamen leuior notiorum error diluendus est qui putant vulgò post Bartolum ad *l. Modestinus 76. de solut.* non posse cogi creditorem ut vni ex correis solidum soluenti vllas præstet in correum actiones. Fatentur posse cedere si velit, sed negant cogendum si nolit. Moti tantùm ex *l. in lege 62. D. ad legem falcid.* vbi Vlpianus ex Iuliano scribit si duo rei promittendi fuerint vel duo rei stipulandi, sic in lege falcidia seruandum esse, ut si quidem socij sint, in ea re diuidi inter eos debeat obligatio, atque si singuli partem pecuniæ stipulati essent vel promississent, sed si societas inter eos nulla fuisset, in pendenti esse in cuius bonis computari oporteat id quod debetur, aut ex cuius bonis detrahi. Quid enim, inquiunt, interesse videretur An correi socij essent necne, quomodo lex illa distinguit, si ita vis esset ut cessionis remedio succurri posset ei qui totum soluisset? Nec sanè leuis obiectio est minùs acutè intuenti. Nos tamen & faciliè & more nostro aperitè respondebimus si priùs nouam opinionem nostram probauerimus, quæ illa est ut correo qui totum soluit, cogendus sit creditor præstare suas in correum actiones. Ac primùm iuris & æquitatis ratio hoc sanè euincit. Cui enim non æquum videatur vel hoc saltem consequi correum qui soluit, quod sine dispendio creditoris futurum est? Inquit, *l. in creditore 38. D. de euict. l. penult. D. de distract. pign. l. cum is 36. D. de fideiuss.* Dolo facit utique creditor qui solutionem petens recusat præstare actiones quas nullo suo incommodo præstare possit: ob idque per doli exceptionem cogendus est ut præstet, ut omnium apertissimè Papinianus probat in *l. rem hereditariam 65. D. de euict.* in illis verbis, *nec remedio locus esse videbatur ut per doli exceptionem actiones et qui pecuniam creditori de doli præstarentur: quia non duo rei facti proponerentur.* Qui locus non solum illud docet quod volumus, Quoties duo correi debendi facti proponuntur cogendum creditorem opposita doli exceptione, ut ei



qui soluit cedat suis actionibus, sed etiam, quod nos tota ista disputatione præcipue agimus, Correo qui totum soluit nullam prorsus actionem contra correum competere nisi quæ cessa sit. Illa namque verba, *nec remedio locus esse videbatur* ostendunt manifestè hoc vnum remedium correo superesse, qui certè remedio non egeret si quam suo iure aduersus correum haberet actionem pro soluti repetitione. Sed & idem ille locus probat optimè quod nos contra Molineum proximè disputauimus, non aliter valere cessionem illam quam si antè solutionem aut in ipso actu solutionis facta vel promissa sit, cum non nisi per doli exceptionem extorqueatur, cui tunc demum locus est cum agitur ad solutionem non postea quam facta solutio est, & solutione prorsus extincta obligatio. Nec aliud Marcelli iudicium est in *l. cum apparebit 47. D. locat.* ubi tractat proculdubio de correis debendi ex causa locationis vel venditionis (nam & ex iis causis sicut ex cæteris correi fieri possunt, *l. item quaritur 13. §. duo rei ead. tit. l. eandem 9. D. de duob. reis*) & ait si emptor conductorue pluribus vendent. vel locant. (id est vendentibus vel locantibus quomodo legendum est, non vt vulgò *vendensem vel locantem*.) singulorum in solidum personam intuitus probetur, posse quidem rentari non, nisi ad præstationem partis singulos esse compellendos si constabit omnes esse soluendo. Sed tamen iustius & constantius dicendum esse, Etiam si soluendo omnes erunt, electione conueniendi quem velit non auferendâ actori, si, inquit, actiones suas aduersus cæteros præstare non recuset. Ergo si recuset ei præstare à quo solidum exigit, non erit permittendum vt solidum exigit, opposita nimirum doli exceptione. Quid ergo respondebimus ad Vlpianum & Iulianum in d. l. in lege? Nempe tractari eo loco de correo debendi qui non solum sit correus, sed etiam correi heres. Aliam verò planèque diuersam rationem esse plurium correorum, aliam eius qui & correus sit & heres correi. Hoc enim casu licet vna eademque persona duas, id est duorum obligationes sustineat, quia cum vtraque pars est & æqualis, dici non potest vtra vtram absumere debeat, *l. si rem 13. de duob. reis* fieri tamen nequit vt aliqua fiat cessio, cum sibi contra seipsum cedere nemo possit, non magis quam sibi ipsi aut pro aliquo apud eundem esse obligatus *l. tutor pupilli 19. D. ad S. C. Velleian. l. heres à debitore 21. §. seruo 110. l. Granus 71. D. de fideiuss.* Cum verò plures sunt correi, nihil est quod prohibeat vni cedi actionem contra alium d. l. rem hereditariam. d. l. cum apparebit: Et hoc sanè casu quo cessio facta sit fateor nihil referre an correi socij sint necne, quia tantundem præstat cessio, quantum societas. Sed non idèd tamen minùs utilis est illa distinctio, An correi sint socij necne, vt sciatur quid iuris sit siue cessio facta non fuerit, fortè non petita per imperitiam aut negligentiam correi soluentis, siue fieri etiam non possit obstante ratione illa, vt ita dixerim incompatibilitatis, quæ occurrit in

specie d. l. in lege. His enim casibus longè alia ratio est correorum sociorum alia non sociorum, vt in sequentibus disputabimus. cap. 16.

Si correo

*Si correo nulla actione cedere creditor possit, an cedendarum actionum exceptione repellatur, & an pro parte, an in solidum fieri villo casu cessio debeat.*

CAP. XIII.



VOX proximè diximus, Correo qui totum soluere paratus est competere remedij loco exceptionem doli aduersus creditorem si recuset ille præstare actiones quas aduersus correum habeat, suadere videtur vt si quas habebat facto suo amiserit, quod contingere multis modis potest, multò magis ea exceptione repellatur. Finge absolutum correum à iudice propterea quòd in eum creditor ineptè egisset, vt in *l. 1. §. si apud duos. D. de positi.* Finge tempore liberatum aut exceptione pacti conuenti de non petendo tutum esse, vt in *l. idem in duobus 25. D. de pact.* aut denique alia qualibet ratione personam ipsius obligatione exemptam fuisse, vt in *l. Granus 71. de fideiuss. l. ult. D. de duob. reis.* Ego tamen probabilius arbitror vt non cogatur creditor iis actionibus cedere quas amplius non habeat, quia nec aliam ob causam tenetur vt eas, præstet quam quòd eas habeat, arg. *l. cum is 36. l. vt fideiussor 39. de fideiuss. l. Modestinus 76. de solut.* Neque igitur exceptione cedendarum actionum repellendus erit. Competit quidem huiusmodi exceptio aduersus eos omnes qui quas præstare coguntur actiones præstare nolunt, vel non possunt si eas fortè suo facto amiserint. Sed ita tamen si omnimodo eas præstare teneantur, non item si vt in correis euenit non alia ratione præstare eas teneantur, quam quòd habeant. Indèque est quod Papinianus in *l. rem hereditariam 65. de eiusd.* non ita loquitur, vt dicat, creditorem qui ab vno ex correis solidum exigit cedendarum actionum exceptione repellendum esse, sed tantum opposita doli exceptione cogendum vt quas habet aduersus correum actiones eas præstet. Multum verò differt exceptio cedendarum actionum ab exceptione doli. Fieri siquidem potest vt quis actiones quas prius habebat amiserit, ad eoque facto suo, citra dolum tamen. Quo casu, id est dolo nullo interueniente, vtique doli exceptionem nemo dederit. Et sanè est quod imputare sibi debeat correus qui conuenitur, cur ab initio sibi melius non prospexerit, atque indemnitate à correo stipulatus non sit, cum sciret obligationem à se suscipi eius pecuniæ nomine quæ tota ad correum erat peruentura. Nam cum potuerit creditor vno promissore contentus esse, cur non ei liceat alterius personam liberare saluo tamen ipsius obligationis iure? *l. eandem 9. §. 1. l. ult. de duob. reis. d. l. Granus 71. de fideiuss.* Alioqui prodesset correo liberatio correi, siue per sententiam siue per pactum de non petendo, siue qua alia denique ratione contigisset: quod tamen negatur supradictis locis, nisi cum correi sunt socij, *d. §. si apud duos. dicta l. idem in duobus 1. 3. §. nunc de effectu de liber. legat.* Quæ ratio facit etiam vt quod nemo fortasse hætenus dixit affirmare audeam, neque ista exceptione cedendarum actionum repelli creditorem, qui cum vno ex confideiussoribus pactus de non petendo solidum nihilominus ab alio exigit. Nam & in fideiussoribus idem constitutum est quod in correis, vt vnus pactum alteri non profit, *lege fideiussoris 27. D. de pact.*

Prodesse verò si faceret vt pro parte repelli posset agens creditor ob id solùm quoddam pro ea parte nulla cedere actione posset. In eoque minus versatur periculum fideiussoris, qui licet nullam ex cessione habeat actionem aduersus confideiussorem, habiturus tamen est suo iure contra principale debitorem aut mandati, si mandatum aliquod interuenerit, aut negotiorum gestorum, si nullum, *l. ex mandato 20. §. 1. D. mandat.* Solis mandatoribus hac parte succurri oportuit, *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. penult. D. de solui.* quia scilicet non alia quàm cessa actione possent repetere quod pro alio soluisent vt sequenti capite pluribus dicemus. Quod eum ita sit mirari fortasse quis ob hoc ipsum possit. Cur non mandatori potius quàm fideiussori correum comparemus cum tam sæpe dixerimus, Correo debendi qui totum debitum soluit nullam aduersus correum ex persona propria competere actionem aduersus correum pro partis repetitione, sed tantummodò si qua cessa sit? Verùm dissimilitudinis ratio euidens illa est, quod correus qui totum soluit licet alium liberet pro se, tamen non pro alio soluit, cum sit ille non intercessor sed æquè principalis debitor ac si solus deberet, *l. 2. l. 3. §. ubi duo l. duos reos 6. d. l. eandem 9. §. 1. & pass. de duob. reis. l. si duo 128. de verb. obl.* Mandator verò tamen si propter mandatum suum soluat, ideòque nec debitore ipso iure liberet, hoc ipsum tamen quod mandauit fecit quasi intercedens pro debitore, qui postea principaliter obligatus est, ob idque in damno morari eum certè iniquissimum esset, *d. l. Stichum §. pen. de solui. unet. l. Pam. 28. D. mandat.* Quomodo dicimus filium familias qui constituit se soluturum & soluit quod pater debuit, licet pro se videatur soluisse, quia constituit, in rem tamen patris vertisse existimandù, *l. si filius fam. 15. D. de in rem vers.* Sed illud hinc videndù superest, cum cessione sit à creditore vni ex correis an pro toto debito an pro parte duntaxat fieri debeat. Et si enim magis cõmuniter placuit ex Accursij sententia ad l. 1. C. de duob. reis. non nisi pro ea parte virili fieri debere, sunt tamen qui contra sentiant, ratione illa quod eum ex correis à quo nihil creditor exigit, poterat ipse si voluisset in solidum conuenire: Quasi hac etiam in re dispar condicio sit correorum & confideiussorum. Nã si vnus ex confideiussoribus soluat totum debitum, fatentur omnes non posse actione ei cedi in solidum cõtra ceteros fideiussores, sed pro eorù duntaxat portionibus, nimirum quoniam habituri sint illi beneficium diuisionis aduersus confideiussorẽ agentẽ, non secus ac contra ipsum creditorem, iure scilicet iis quæsito ante cessionẽ creditoris, quod proinde nec per secutam cessionẽ iis adimi potuit. Quod & de contutoribus tractari potest quoniam habent illi quoque beneficium diuisionis exemplo fideiussorũ, *§. nunc tractemus. de tutel. & ration. distr. l. si plures 38. de admin. & peritutor.* Et similiter de mandatoribus, *l. pen. de fideiuss. tutor.* Quomodo accipi omnino debet quod Modestinus respondit, *in l. si fideiussores 41. §. 1. de fideiuss.* Si in solidum condemnatus sit vnus ex mandatoribus posse eum desiderare cum iudicati conueniri cõperit vt aduersus eos qui idem mandauerunt actiones sibi mandentur, scilicet in singulos pro virili cuiusque portione. At correi vt sæpius diximus non habebant iure veteri beneficium diuisionis inuito creditore, *l. reos 11. de duob. reis. l. si duo 16. D. de const. pec. l. vlt. C. e.* Nec si Principis rescriptum in eam rem impetraretur, *l. 2. C. de duob. reis.* quamuis omnes quoque soluendo essent, *l. cum apparebit 47. D. locat.* Poterat igitur creditor, inquiunt isti, cõtra eum quẽ ex correis elegisset pro arbitrio agere,

& ita

& ita actionem cedere cui & contra quem voluisset vt per omnia similis esset extraneo: quandoquidem inter correos ipsos qui inuicem non cauerunt nullum negotium gestum videri potest, non magis quàm inter extraneos, id est diuersis obligationibus deuinctos: Quod in fideiussore diuersum est qui non semper extraneo comparatur, *l. si mandati 59. §. 1. D. mandat.* Sanè postquam Iustiniano placuit vt fideiussorum exemplo correi quoque beneficium diuisionis habeant Nouell. 99. non est qui neget idẽ prorsus iuris hodie in correis quod in fideiussoribus etiam quod ad actionis cessionem pertinet obseruari debere. Sed cum vt plurimum & correi & fideiussores ita accipi solent vt beneficio diuisionis nominatim renũcient, consequens fit vt ea renunciatione adhibita, quod ad correos attinet, ius vetus sequi oporteat, quod autẽ ad fideiussores, non magis eis prodesse possit quod ex epistola Hadriani beneficium diuisionis habere potuerint, quàm si nũquam habuissent, cum hodie non habeant propter renunciationem. At si ita esset, liceret ei ex fideiussoribus qui totum soluere paratus esset petere vt mandarentur sibi à creditore actiones in solidum contra eum quem ipse confideiussor vellet ex ceteris fideiussoribus, vt ab eo quẽ eligeret totum consequeretur nulla facta confusione aut deductione pro ea parte quam soluens ipse debuisset si ab initio creditor singulos in viriles cõuenisset. Quo admissio, quæro qua ratione possit hic fideiussor qui solidum repetit, recusare quominus ei qui conuenitur eadẽ quoque actiones in solidum præstet: cum utique auferri ei non possit beneficium quod habet exceptionis cedendarum actionum. Ita ergo fiet vt contra hunc ipsum fideiussorem qui nunc agit postea acturus sit is, qui nunc conuenitur. Eòque tandẽ per circuitum deduci re oportebit vt vel perpetuis litium anfractibus fideiussores inquietentur, vel inter omnes si reus non sit soluendo totius debiti onus diuidatur. At respondebunt fortasse, hunc fideiussorem qui cessas habeat à creditore actiones in solidum contra ceteros confideiussores, cogendũ non fore vt cedat contra seipsum sed tantum aduersus alios. Erit ergo, inquam, venale hoc casu beneficium non tantum creditoris, sed etiã confideiussoris si vni ex confideiussoribus magis quàm alteri fauere velit, vt de beneficio heredis scripti proditum est in specie, *l. filium 20. D. de bonor. poss. contr. tabul.* Atqui nullo vsquam iuris loco ita scriptum reperias, quod tamen si verè & ex iuris ratione diceretur non erat prætermittendum. Sed & illud etiam absurdi sequetur vt si reus principalis sit non soluendo aut difficilioris conuentionis, quod plerumque euenit cum aduersus confideiussores agitur: totum fideiussionis onus & periculum ei incumbat qui postremo loco conuenietur, meliõrque condicio futura sit eius qui prior conuentus fuerit ob id solùm quod prior conuentus sit: quæ res abhorret sanè à naturali intellectu. Quare concludendũ est siue de confideiussoribus agamus, siue de correis [idẽ enim hac parte tractatus est.] ei qui in solidum conuenitur non nisi pro virilibus portionibus in ceteros mandari actionem oportere. Nam & si ab initio creditor correos singulos aut confideiussores ex æquis partibus conuenisset (quod utique facere poterat, *d. l. reos 11. D. de duob. reis*) qua fronte aut contra quem potuissent illi actionis cessionem postulare? Neque verò alio casu iuris autores doli exceptionem accommodant correo aduersus creditorem recusantem præstare actiones quas habeat, nisi vno illo quo in solidum cõueniatur à creditore, *d. l. cum apparebit 47. D. locat. l. rem hereditariam 65. D. de enict.* Idque licet non

in correis debendi, in aliis tamen, quorum eadem ratio est, plerisque prudentium responsis ita scriptum legimus, *d. l. si plures 38. de administr. & peric. tutor. l. cum pupillus 21. de tutel. & ration. distr. l. quasi 30. §. 1. vers. fin. verò filius sit de pecul. l. cum possessor 5. de censib.* Nec admittendas puto quas Molineus, *ad l. Modestinus de solut. num. 25.* subiicit exceptiones: quarum prior illa est, Nisi, inquit, totum negotium ad aliam spectet, *ut in l. si non singulis 5. C. si cert. petat. & in l. propter 4. C. de duob. reis.* Posterior illa Nisi propter solam correi culpam correus soluerit, *arg. d. l. si plures 38. in fin. de admin. tutor. l. 1. §. planè si ex dolo à contr. sens. & d. l. cum pupillus 21. de tutel. & rat. distr.* Nam his quoque casibus verum est vtrumque correum æquè principaliter obligatum esse, & aduersus vtrumque pro virili cuiusque portione agere creditorem potuisse, ita vt neutri in alterum præstare actionem cogere. Qua ergo fronte possit is qui in solidum conuenitur petere vt sibi contra correum mandentur in solidum actiones? Neque enim cum de correis agitur quicquam refert cui pecunia numerata sit *d. l. si non singuli, & d. l. propter.* Sicut neque ex vtrius culpa commissa sit stipulatio. Nisi vno eo casu quo sint socij, quia societatis iudicio potest correus correo reputare damnum quod ex ipsius culpa senferit, *d. l. eandem 9. in fin. de duob. reis.* Cui alius etiam addi potest si speciali conuentione inuicem correi sibi de indemnitate cauerint: Extra hos casus imputari singulis potest cur correorum iure obligari voluerint: sibi que melius non prospexerint: Aded vt nec correo cui tota pecunia numerata fuit, nocere debeat quod in ipsum creditor actionem in solidum mandauerit correo qui totum soluit. Tantum abest vt ad cedendas in solidum actiones adigi creditor possit. Planè vno etiam casu fieri potest vt correo qui totum soluit nõ cogatur creditor vllas in correum ne pro parte quidè præstare actiones. Nimirum si soluētis culpa interuenerit quæ causam dederit committendæ stipulationi. *d. l. si plures in fin.* Si tamen soluenti cedere creditor velit, non eò minùs utilis erit cessio vt neque per doli exceptionem repellatur is qui in culpa fuit, cum non suo sed creditoris iure agat & ex ipsius persona qui nulla exceptione repelleretur.

*Non magis fideiussori quam correo competere exceptionem cedendarum actionum, Ad l. si stipularius 15. §. 1. de fideiuss. Et de differentia correorum confideiussorum & mandatorum.*

## CAP. XV.

**R**IT hoc *απαδὸξον* apud eos omnes, qui inueteratos nostrorum interpretum errores pro Delphicis oraculis amplectuntur. Nemo enim ad hunc vsq. diem vnquam dixit, quod nos hoc capite disputandum probadumque proponimus. Fideiussori siue solus sit, siue confideiussore habeat, exceptionem cedendarum actionum competere non posse. Imò verò inter alia beneficia quæ fideiussorū fauore introducta sunt vel hoc vnum maximum & præcipuum est, si nostris interpretibus credimus quod illi appellant, exceptionis cedendarum actionum. Mouet me primùm quod in toto iure locus nullus est qui probet huiusmodi exceptionem fideiussoribus accommodandam

dandam esse. Quod apparebit manifestè, cum ad eos omnes responderimus quibus mouentur nostri vt contra sentiant. Deinde, quod nos proximo capite iam attigimus, Pactum de non petendo factum cum vno ex fideiussoribus aliis confideiussoribus non prodesse, siue in personam siue in rem conceptum sit. *l. fideiussoris 23. D. de pact.* Nam prodesset vtiq. si facere deberet vt ob eam rem creditor repelleretur, quod pro parte eius cum quo pactus fuisset nullam præstare posset actionem. Quid enim refert an tale pactum proficit correo hæcenus vt pariat exceptionem pacti de non petendo, aut in factum subsidiariam, an vt præbeat exceptionem cedendarum actionum? Cum vtriusq. exceptionis idem effectus futurus sit, ille nimirum vt creditor summoueatur. Sed ne id ipsum nobis obiiciatur quod nos aliis obiicimus, textum habemus quem non video quomodo effugere Doctores possint. Is est *in l. si stipularius 15. §. 1. de fideiuss.* vbi Iulianus scribit, Creditorem qui in viginti acceperat duos fideiussores, si ab vno quinque acceperit ne ab eo quicquam peteret, tùm ab alio petat quindecim nulla exceptione summoueri posse. Ergo neque exceptione cedendarum actionum. Et tamen constat non posse in ea specie cedi actionem vllam aduersus confideiussorem qui tutus est exceptione pacti de non petendo. Siquidem paria sunt, nulla prorsus actione cedere, Et eà cedere quæ sit inutilis & inefficax propter competentem reo exceptionem: maximè verò cum ex pacto factoque cedentis proficiscitur ius exceptionis quæ actionem eneruat & debilitat. Quamquam illud mirari quis fortasse nec abs re possit quod in hac specie Iulianus negat summouendum vlla exceptione creditore. Cur non enim liceat fideiussori à quo quindecim petuntur, exceptionem & beneficium diuisionis obiicere, vel inuito creditore qui sponte & accepta vltro pecunia alium ex fideiussoribus liberauit? Nam qui ex fideiussoribus aliqua exceptione tutus est, non ei similis videri debet qui nihil habet vt confideiussori beneficium diuisionis eripiat, sed illi potius qui satisfecit: cum habeat quod obiiciat petitori: quemadmodum in eo qui tempore liberatus est eleganter Papinianus respondit, *in l. si pupillus 45. de admin. & peric. tutor.* Ac sanè fatendum est meo iudicio, Iulianum qui Hadriani temporibus floruit, ita scripsisse ante dictatam ab Hadriano epistolam illam quæ fideiussoribus beneficium diuisionis dedit. Alioqui nec tam celebrem constitutionem ignorasset vir prudentum omnium consultissimus, & Imperatori charissimus, quò scilicet iubente perpetuum Prætoris edictum composuit, neque contra ius apertissimum, & æquissimum respondisset. Planè quod ad cedendarum actionum exceptionem pertinet, nec negare quisquam potest quin eam Iulianus fideiussori denegat cum ait creditorem nulla posse exceptione summoueri, nec mirari cur ita respondeat quado alia nulla iuris parte exceptio illa fideiussori accommodatur. Quod si tota viginti creditor petat à confideiussore, exceptio ei oberit in quinque, vt Iulianus subiicit: Exceptio inquam, non pacti (neque enim pactum vnus ex confideiussoribus alteri prodest, vt diximus) sed doli, quia in dolo sit creditor qui contra bonam fidem velit bis idem consequi. Nam licet non sint soluta illa quinque tanquam pars debiti, sed ob hoc ipsum nequicquam ab eo, qui soluebat peteretur (quæ dubitandi causa erat) cum tamen petendi aut soluendi alia ratio non fuerit quàm quia debebatur, perinde est ac si in diminutionem debiti quinque illa soluta essent. Exemplo

eius quod dicimus, Mulierem quæ pecuniam tuo creditori promisit ne pro te intercederet hoc ipso intercessisse videri, perindeque ac si intercessisset Velleiano adiuari, *l. debitor 19. in princip. D. ad S.C. Velleian.* Et hæc ad Iulianum obiter adnotasse sufficiat. Ne quis autem iniquum esse putet ius illud quod nos inducimus ut non magis fideiussori quàm correo succurratur exceptione cedendarum actionum, obseruandum est multò minùs iniquum videri id debere, in confideiussore quàm in correo: si quidem correus nullam prorsus in correum nisi ex cessione habet actionem ut indemnus seruetur, si fortè nihil aut non totum ad eum peruenerat. Fideiussor verò et si aduersus confideiussorem agere nullo modo potest, habet tamen paratam actionem mandati aduersus debitorem principalem si mandatum interuenierit, si minùs negotiorum gestorum *l. ex mandato 20. §. 1. D. mandat.* quæ actione abundè illi succursum est ut indemnitatem consequatur. Nec mouere debet quòd fideiussoris interesse possit pristinam habere creditoris actionem fortè propter priuilegium causæ, vel tēporis, vel hypothecæ: Itēque ut agat aduersus confideiussorem, si principalis debitor aut egenus sit aut difficilioris conuentionis. Hic enim locū sibi vindicat ea ipsa ratio quā nos in correis debendi vsurpauimus, quòd imputare sibi debeat qui pro tali debitore & quidē solo non etiam pro confideiussoribus fideiussor ferit, quique cautiùs nō sit negotiatus. Aliud enim est fideiubere pro debitore principali, aliud pro fideiussore aut confideiussore, *l. si plures 27. §. vlt. de fideiuss.* Et cum plures fideiubent pro eodē debitore, creditor quidem omnium fidem æquè sequitur: At fideiussores non alter alterius, sed singuli solius debitoris fidem intuiti videntur. Ex quo illud nascitur ut ei ex fideiussoribus qui totum soluit nulla, fiat iniuria si nulla illi actio detur aduersus confideiussorem de quo sibi, obligando numquam ille cogitauerit. Dices fortasse plures confideiussores qui se pro eodem simul obligauerint periculi societatem intuitos videri, ut Papinianus loquitur, *in l. si plures 38. de adm. & peric. tutor.* & quòd plures fuerunt eò faciliùs ad subeundam fideiussionis aleam accessisse, quasi tantò minore futuro periculo, quanto plures essent illi inter quos diuidendum foret. Nam & inde fit ut beneficium diuisionis inter eos locum non habeat qui non sunt confideiussores, hoc est qui simul non fideiusserunt, & alter alterius contemplatione, licet pro eadem summa & apud eundem creditore interuenierint, *l. si à Titio 43. l. si Titius 48. de fideiuss.* Sed respondeo rationem hanc diuisionis quidē beneficiū inducere, & ob id Papinianum in d. l. si plures, ita loqui ut *periculi societatem excipere*. dicat elegantissimè pro eo quod vulgò dicimus *obuicere exceptionem diuisionis*. At cum cedendarum actionum exceptione nihil commune habere: cuius scilicet longè dispar & dissimilis ratio est, quippe quam fideiussores non tam ex propriæ obligationis conditione quàm ex creditoris persona & iure sibi velint acquirere. Fateor hæctenus succursum esse fideiussoribus ut ei qui soluit cogatur creditor vendere cæterorum nomina. Eoque nimis pertinent leges ferè omnes quas nostri congerunt ut istam cedendarum actionum exceptionem adstruant, *l. fideiussoribus 17. l. cum is 36. l. ut fideiussor 79. D. de fideiuss.* Sed ut cogatur creditor vendere nomina quæ amplius non sint in rerū natura fortè si cū debitore ipso fecerit pactū persona le de nō petèdo, aut si alios confideiussores gratis aut aliquo accepto liberauerit, aut ut, quia vendere non potest nomina quæ proprio facto amittit, propriam

propriam quoque amittat actionem contra hunc qui non est liberatus, nulli libi certè scriptum reperias. Nā & eo casu quo saluas habet creditor actiones quas præstare potest in fideiussores cæteros, quod placuit cogendum illum actiones eas præstare & vendere, non tam ex necessitate aut ratione iuris aliqua introductum est, quàm ex æquitate illa, quòd inhumanum videretur non cogi creditorem id saltem præstare quod sine vllò suo dispendio aut incommodo præstare posset. *l. in creditore 38. l. rem hereditariam 65. D. de iust. l. quæstum 30. §. si verò filius de pecul.* Idque verbum ipsum *succurrendi* demonstrat quo passim iuris autores vtuntur, cum tractant de remedio quod iure deficiente ex sola æquitate ita introducatur, ut vni proficit nec obstat alteri. Hoc enim est quod dici solet, quæ vni profunt nec alteri nocent faciliè concedi debere: Atqui noceret creditori remedium quo de agimus, si quoniam aduersus liberatos confideiussores nulla cedere actione posset, suam quoque amitteret: Eaque res non tantum à iuris ratione abhorreret sed etiam ab æquitate, qua tamen sola exceptiones omnes nituntur. An verò ea saltem subiicietur limitatio, si non appareat dolo malo fecisse creditorem, quominùs fideiussori à quo solidum exigit actionibus vllis cedere posset? Siquidem in toto ferè iure ita comparatum est, ut parum intersit an quid habeas an dolo malo desieris habere, & pro possessione dolus, est vulgata iuris regula. Verum non video qua ratione dici possit dolo malo quicquam facere eum qui iure suo vtitur. *l. si duorum 42. D. de action. emp.* Nisi fortè proponas tam euidenter dolum ut debiti iactura non immeritò coercendus sit. Finge post oblatam creditori ab vno ex fideiussoribus solutionem petitamque cessionem maluisse creditorem alium fideiussorem liberare, ab isto deinde totum debitum exigere. Quidni exceptione doli repellatur? Extra hunc casum imputari potest fideiussori à quo solidum petitur, non solum cur sibi meliùs non prospexerit ut antè diximus, sed etiam cur non fuerit diligentior in soluendo priusquam liberati essent confideiussores. Nec simile est quòd si vnum ex pluribus confideiussoribus creditor liberauerit, non eò minùs cæteris competet beneficium diuisionis. *l. si pupillus 45. de adm. & peric. tutor.* Id enim habent illi iure suo & ex diui Hadriani epistola, adeoque inuito creditore non ex ipsius creditoris persona, *l. inter fideiussores 26. D. de fideiuss. l. vlt. C. de consti. pecun.* Ideoque nec æquū est ut vllò creditoris facto iis adimatur. At competentem creditori actionem à quo alio habere possunt quàm ab ipso creditore? Rursus contra creditorem ad hoc ipsum agere ut actione cedat, quo iure possunt priusquam debitum & quidem totum obtulerint? *d. l. cum is 36. d. l. fideiussoribus 17. D. de fideiuss. l. cum alter 11. C. eod. l. Modestinus 76. de solut.* Ergo si quid antea creditor fecerit per quod actionem quam aduersus alios fideiussores habebat amiserit, totum id inculpatum est, nec eo nomine quicquam ipsi impurare fideiussor potest, à quo solidum exigitur. Illud magis mirum videri possit quod tamen ego verissimum arbitror, si ex pluribus fideiussoribus vnum creditor liberauerit qui iam tum soluendo non erat, melioris conditionis fore confideiussorem qui obligatus manet quàm si alius liberatus non esset. Habiturum enim diuisionis beneficium quod non haberet, si inanem confideiussoris obligationem sola ipsius inopia faceret. *d. l. inter fideiussores.* Hæc idè tam variè quoniam eo quoque casu quo vnus ex fideiussoribus inopia cæteris confideiussoribus æquitatem diuisionis eripit, iis tamen ha-

tenus succurrendum est ut quoad eius sine creditoris incommodo fieri queat, indemnitate saltem spe non fraudentur. Quid enim si is qui nunc inops est fiat postea ditior? Cur non perinde cogatur fideiussoria obligationis periculum prestare atque si eo tempore dives fuisset, quo creditori solui oportuit? (Neque enim precedens inopia actionem peremerat aut extinxerat, sed tantum inanem & inefficacem reddiderat. *l. nam in 6. D. de dolo.*) Id verò non aliter euenire potest quam si eam actionem quæ in fideiussorem inopem competit, creditor transferat in confideiussorem soluentem, ut quæ nunc inanis est propter inopiam, fieri possit utilis & efficax superuenientibus quodcumque facultatibus. Alioqui nec si ditior fiat qui nunc inops est vlla tamen actione tenebitur *d. l. ut fideiussor 39. de fideiuss.* Atque ita accipiendum puto quod scriptum est in *l. si plures 27. eod. restituendam actionem in pure acceptum*, Id est, ita tamen ut illi pure accepto cedatur actione competenti aduersus confideiussorem condicionalem qui eo tempore reperitur non soluendo. Proinde si per creditorem stet quominus ea cedatur actio siue quod nolit ille cedere, siue quod cedendi potestatem sibi præripuerit, non est ei permittendum ut aduersus alium confideiussorem agat in solidum, ne ita fiat ut ipsi adimere videatur beneficium diuisionis quod ille non dederit. Itaque singularis hic casus est in quo actionum quæ cedi non possunt cedendarum exceptio fideiussori accommodanda est: Nimirum propter coniunctum beneficium diuisionis, quod licet creditori obici nequeat pro partibus fideiussorum qui non sunt soluendo *d. l. inter fideiussores l. 1. §. nunc tractemus. de tutel. & ration. distr. inter ipsos tamen fideiussores saluum esse debet, in eum saltem casum, quo alter ab altero pro eius parte consequi indemnitate aliquando possit. Id namque necessario exigit periculi societas, quæ ab initio inter fideiussores contrahitur, *d. l. si plures 38. de admin. tur.* Ita fit ut inopia vnus ex fideiussoribus cæteris confideiussoribus noceat in eo quod creditori totum exigenti æquitatem diuisionis obicere non possunt, totiusque debiti solutionem representare coguntur: sed non tamen in eo ut nullam spem habere debeant repetendæ quodcumque partis à fideiussore inope qui si diues esset partem debiti agnoscere & soluere teneretur. Denique inopia vnus nocet quidem alteri à quo interea solidum exigitur, sed non prodest inopi ut omnino liberetur, verum hæc tamen duntaxat ut non frustra cum eo nunc agere creditor velit. Ergo si confideiussores ut fieri assolet beneficio diuisionis renunciauerint cedendarum actionum exceptio inutilis erit fideiussori qui in solidum conuenitur aduersus creditorem, quando beneficium diuisionis solum illud est, ut diximus, quod cedendarum actionum exceptionem utilem adeoque necessariam facere potuit. Qui non renunciauerunt aut non indigent cessione si in solidum conueniantur cum Hadriani epistolam pro se habeant [siue à confideiussore exigere pars possit, siue ideò non possit quod eum creditor liberauerit] Aut si quo casu indigent cessione, vno nimirum illo quo propter vnus inopiam totum fideiussionis onus ad cæteros deuoluitur, cessionem fieri æquum est, & consequenter exceptione cedendarum actionum repelli creditorem si aut nolit cedere, aut ideò non possit quod fecerit etiam citra dolum ne possit. In mandatore & cæteris qui ex propria persona sic coguntur soluere, ut tamen pro alio soluant nec in eum vllam habeant actionem, contrarium non immeritò respensum*

responsum est ut si per creditorem factum sit ne actionibus suis usque ad vincendum efficacibus possit cedere, exceptione ista summoueatut siue proponas ideò non posse cedere, quod ob litem ineptè institutam fuerit condemnatus, siue quod cum principali debitore pactum fecerit de non petendo in personam conceptum. Ratio est ne factio culpæ creditoris in damno morentur ij, qui fidem suam [quam intercedendi potius quam donandi animo pro alio obstrinxerunt] bona fide liberare parati sunt: Quod sanè contingeret si nulla ipsius actio præstaretur: quippe cum ex persona propria nullam habeant, qui scilicet propter suam propriam obligationem soluerunt, nec aliam ipso iure liberauerunt. Idque est quod Papinianus respondit in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. penult. de solut.* qui locus cum disertè de mandatore loquatur non debet trahi ad fideiussorem quomodo à nostris incautè, ne dicam imperitè tractus est quasi ex rationis ut loquuntur identitate. Apertissima enim illa est diuersitas & diuersitatis ratio, quod fideiussori qui totum soluit optimè consultum est etiam citra cessionem, cum proprio iure & ex natura gesti negotij obstrictum habeat debitorem actione mandati, vel negotiorum gestorum sicuti diximus. At mandator qui pro debitore principali soluit nullam habet in eum actionem nisi quam à creditore ipso acceperit. Quod si dicas mandatori huic id ipsum imputari posse quod nos in superioribus & fideiussori & correo imputari posse diximus, cur sibi melius non prospexerit? Respondebo imputari etiam posse creditori cur suam aduersus reum actionem factio suo amisit aut inefficacem fecerit cum sciret aut scire deberet æquum fore ut quodcumque soluenti mandatori, cui alio remedio consultum non esset, ea cedere cogatur.

*Quantum intersit an correi debendi aut stipulandi socij sint necne: Ad l. in lege 62. D. ad leg. falcid.*

## CAP. XVI.



VANTVM referat an correi debendi aut stipulandi socij sint necne, ex eo apparet, quod quoties ferè de correis prudentes disputant hac vna passim vtuntur distinctione: ut puta, cum queritur an cõuentio facta cū vno ex correis debendi proficit alteri. Nā si socij sint, prodest: si minus non prodest, *l. idem in in duob. 25. D. de pact. l. eandē 9. §. vlt. & l. seq. D. de duob. reis.* Itē cum disputat An creditor qui vni ex correis debendi heres extitit in solidū agere contra alterū possit. Si enim socij fuerint: nō potest, si nō fuerint, potest, *l. Granus 71. vers. cum altero autē desideriuss.* Denique ne singula recenseamus, cum querūt in vtrius reorū debendi aut stipulandi bonis cõputari oporteat id quod debetur, aut ex cuius bonis detrahi. Nēpe si socij fuerūt in vtriusque bonis id cõputatur, aut ex vtriusque bonis, detrahitur p partib. societatis, si socij non fuerunt cõputatur in bonis aut detrahitur ex bonis duntaxat eius cui soluitur: aut qui soluit *l. in lege 62. D. ad leg. falc.* Ratio est quia cum societas inter correos ut inter cæteros bonorū omnium cõmunicationē inducat, *l. 1. §. 1. pro socio.* quicquid correat præstat licet ex propria obligatione dumodò nō ex culpa propria id socio reputat iudicio societatis, *l. 3. §. sed quid si socij de lib. legat.*

*iunct. l. si communis 9. & l. si ex duobus 17. D. de noxal. action.* Et vicissim quid correus credendi consecutus est cogitur communicare correo socio etiam incapaci, *l. si is qui duos 29. de liber. legat.* Vnde nostrorum illud brocat dicum vulgare desumptum est, incapacem fieri capace per capacem. Quod si correi socij non sint, & alteruter sit incapax liberationis, puta si duos habeam reos debendi Titium & mulierem quam postea vxorem duxerim, & velim Titium per acceptilationem liberare donandi animo, non ideo tamen liberabitur mulier quæ Titij socia non est sed solus Titius si ipsi non mulieri accepto tulerim. Neuter verò si in persona mulieris concepta sit acceptilatio, quoniam ab initio non tenuit, *l. si sponsus 5. §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor.* Non enim commixta Titij extranei persona facere potest ut pro parte mulieris donatio valeat, cum non idcirco causa vtriusque sit commixta sit quin separari possit, ut ibidem Vlpianus subiicit in §. generaliter, quod utique secus esset si socij proponerentur, & Titio non mulieri acceptum fecissem. Eadem igitur ratione si vtrique dummodò non mulieri socij, *d. l. si is qui duos.* Quæ me ratio omnium maximè mouet ut sentiam, Correo qui socius non est & totum soluit nullam prorsus contra correum actione competere. Quid enim obsecro interesset an pro socio an qua alia actione correus in correum ageret vel à correo conueniretur, si vtriusque actionis idem foret effectus? Et consequenter quò pertineret illa distinctio, An correi socij essent an non? Tanti autem momenti est hæc ratiocinatio ut Molineus qui correo in correum actionem omni casu dandam putauit, quemadmodum à nobis in superioribus tractatum & disputatum est, coactus fuerit eò vsque progredi amentia ut dixerit nihil hac parte referre an correi socij sint necne. Quod quoniam pugnat apertissimè cum d. l. in lege, comminiscitur ille, subtiliter si Diis placet, verba illa Vlpiani, *in pendentis esse, & c.* non respicere electionem soluendi aut petendi in qualitate ut ille loquitur, hereditaria aut propria quomodo cæteri omnes interpretes rectissime intelligunt, sed respicere ius ipsum obligationis, hoc est eò pertinere ut quærat pro qua parte in heredis bonis computari aut ex ipsis detrahi oporteat id quod debetur. Quasi nihil intersit An correi socij sint vel non: Sed tantum An ex societate appareat pro qua parte socij sint, Ut societatem requirat Vlpianus exempli loco potius quam quòd in correis non sociis aliter respondendum existimet. Quo sanè stultius nihil dici potest, cum in hoc vno totam vim distinctionis consistere Vlpianus moneat An inter correos societas aliqua fuerit necne: quod & aliis omnibus locis supra citatis mirificè cõgruit. Sed & verba illa *in vtriusq. bonis computari*, nullomodo hanc admittunt interpretationem, ut perinde sit ac si scriptum esset quomodo ille explicat *pro qua parte in vtriusq. bonis computari oporteat.* Id enim proculdubio Vlpianus sibi vult in alterutrius duntaxat bonis computandum esse, aut ex alterutrius bonis detrahendum id quod debetur, prout ex propria vel hereditaria persona soluetur id aut exigetur: nec fieri posse ut in vtriusque bonis computetur aut ex vtriusque bonis detrahatur. Nisi cù partim ex propria, partim ex hereditaria persona solutio fiet aut exactio. Neque verò ut æquè insubtiliter idem Molineus putat, in arbitrio heredis correi debendi positum est, ex qua causa soluat. Si enim ex propria persona conueniatur, utique soluere non poterit tanquam heres correi: sin ex hereditaria, non poterit soluere ex propria. Erit ergo id in arbitrio creditoris

*l. reos*

*l. reos 11. de duob. reis. l. inter eos 51. §. duo rei. D. de fideiuss.* Et ex contrario si correus stipulandi correo heres fuerit, potest esse in arbitrio debitoris vtrum ei soluat tanquam correo stipulandi, an potius tanquam heredi alterius correi *l. 2. l. 3. §. ubi duo de duob. reis.* Rectè igitur Vlpianus concludit in pendentis esse in vtrius bonis computari oporteat id quod debetur, aut ex vtrius bonis detrahi, hoc est quousque appareat ex qua causa solutum sit, si modò correi non fuerint socij. Nam si socij fuerint nihil est in pendentis, sed pro istdem portionibus diuisio debiti facienda est ex quibus fuerunt socij, ac proinde ex æqualibus & virilibus si alia non appareant, *l. si non fuerint 29. D. pro socio.* Valeat ergo Molineus cum suis istis inspidis & que subtilitatibus. Sed valeant etiam Bartoli cæterorumque interpretum non minus futiles & commeticia illa distinctiones, an correi per stipulationem facti sint, an alio quouis contractus genere: Item an ex causa lucratiua an ex onerosa. Nunquam enim Iureconsultos ita distinxisse reperias, sed ad id tantum respexisse, an correi siue debendi, siue credendi socij aut non socij proponerentur. Itaque in quæstione illa quæ nobis hoc loco breuiter tractanda est, an quod vnus ex correis stipulandi à debitore consecutus est, cogatur communicare cæteris, etsi scio improbatam vulgo optimaque ratione sententiam Accursij qui ad *l. si Titio & Seio 16. de legat. 2.* scripsit communicationi locum esse. Indistinctè inter eos quoque qui sunt correi credendi ex causa lucratiua, non possum tamè persuaderi ut distingui oporteat quomodo Bartolus distinguit, *ad l. ex duob. de duob. reis*, an obligationis causa lucratiua fuerit an onerosa, ut posteriore casu fiat communicatio, *ex l. si in re communi 19. D. de noxal. action. l. si & me & Titium 32. de reb. credit.* Priore non item *ex d. l. in lege 62. D. ad leg. falcid.* præterquam inter socios. *l. Granus 71. de fideiuss. l. eandem 9. §. penult. de duob. reis.* Mihi enim probabilius semper visum est meliorem esse debere condicionem occupantis, *ex l. 2. l. 3. §. ubi duo, D. eod. l. si rem aliquam 31. §. 1. D. de nouat.* nec aliter cogendum exactorem communicare quod accepit quam si correi stipulandi socij proponantur, *d. l. in lege, l. item in duobus 25. de pact. l. 3. §. nunc de effectu de liber. legat.* Neque enim correus stipulandi qui occupauit rectè comparatur ei qui ex persona serui communis quid perceperit, de quo agitur in *d. l. si in re communi.* Cùm hic iure dominij quod commune est, ille verò iure proprio egerit & obtinuerit, *arg. l. licet 17. D. de pos.* Sicut & refert multum, An pecunia tua ad me peruenit sine causa, quæ res locum facere solet conditioni, *d. l. si & me & Titium 22. de reb. credit.* an verò pecunia eius cui tu credideras, & à quo passus fueris me tecum & totum stipulari. Ferè namque est ut mihi donasse videaris sub ea condicione si prior exigere. *arg. l. item si 7. alias, l. sed Iulianus §. nan solum D. ad S. C. Macedon.* Id enim est quod dici solet, donatum videri quod nullo iure cogente concessum est. *l. donari 19. D. de donat. l. donari de regnl. iuris.* Neque contrarium est quod nonnulli pro Bartolo obiciunt, *ex d. l. 3. §. ubi duo de duob. reis. & ex l. qui hominem 34. §. 1. de solut.* Eum qui hominem duobus correis stipulandi debeat liberare si partem eiusdem hominis vni, partem alteri soluerit. Non enim ex eo sequitur quod illi inferunt, Ad vnumquemque ergo ex stipulatoribus partem hominis peruenire debere: cùm imò verò ideo receptum id esse Papinianus dicat, quia vni solutum videtur quod pluribus correis stipulandi solutum est. Porrò nihil commune habet facultas soluendi aut ius ipsum liberationis quæ ex solutione

E

acquiritur cum iure obligationis aut acquisitionis quæ fit ex accepta solutione. Nam et si separatim correi singuli ita stipulati essent, *si illi non dederit mibi dare spondes*, nemo dubitauerit quin si vni soluerit debitor ab altero quoque liberetur. Id enim facit condicio stipulationis, *l. si Titius 9. de verb. obligat.* Neque tamen ideò quisquam dixerit quod vni solutum est alteri quoque quæsitum esse. Sic etiam dicimus adiecta solutionis causa perinde ac stipulatori ipsi vtiliter solui posse, adeòq. inuito stipulatore *l. si quis stipulatus 57. §. 1. de solut.* Et tamen constat eum qui non nisi solutionis causa obligationi adiectus est nullum omnino ius habere in obligatione multò minus in acquisitione quæ fit ex causa illius obligationis. Ob idq. nec petere potest nec nouare, sed tantum solutionem quæ offeratur accipere. *l. cuius est 10. D. de nouat.* Et si autem non ignoro, minus rectam esse comparationem correi stipulandi & adiecti solutionis causa quoniam vterq; correat stipulandi ad obligationem ponitur, non ad solutionem, & quod correat stipulandi soluitur, non alterius nomine ei soluitur, sed suæ obligationis causa, adeò ut nec valeat solutio si in ipsius persona obligatio non constiterit quemadmodum eleganter Paulus tractat, *in l. si duo 128. de verb. oblig.* Hac tamen valere potest comparatio ut intelligamus, Non si quod vni ex correat soluitur alteri solutum videtur ad acquirendam soluenti liberationem, ideò statim consequens esse, ut quod is cui soluitur sibi acquirit, correat quoque non socio acquirere existimetur. Eadem quippe ratione inferri posset, quod adiecto soluitur ipsi acquiri quandoquidè parit ea solutio liberationem. An igitur remedium nullum supererit correat credendi ad quæ negotium aut in totum aut pro parte pertinebat ut à correat cui totum solutum est, indemnitatem consequatur? Nullum penitus. Nam remedio cessionis quod inter correat debendi necessarium esse diximus supra cap. 13. utique locus esse non potest, ut facile quisque intelligit. Restat ut imputare sibi debeat qui cum rem suam siue in solidum siue pro parte ageret, correat adhibuit ad stipulandum nec sibi cauit diligentius. Planè cum totum negotium ad eum solum spectat ex correat credendi qui totum exegit, nec Bartolus ipse negat correat nullam actionem competere ut quod alteri solutum est sibi communi. etur. Qua enim fronte id desideraret? Cæterum ille semper casus excipiendus est nisi correi sint socij. Tunc enim haud dubiè societatis iudicio nuicem sibi tenentur: nec quisquam dubitat quin hoc casu pro socio actionem correat debendi, siue credendi locum habeat.

*Nullam prorsus actionem correat debendi qui totum soluit competere aduersus correat non socium. Et obseruata imperij interpretis aut Tribonianij manus in l. i. qua aliàs 2. C. de duob. reis.*

## CAP. XVII.



**V**æ hucusque toto ferè libro disputauimus eò pertinent ut appareat, quod nos hoc capite concludimus, Nullam prorsus actionem correat debendi qui totum soluit competere aduersus correat non socium pro soluti repetitione. Nam si neque mandati agere potest, neque negotiorum gestorum, neque

neque de in rem verso, neque conditione vlla, neque directa aut vtili creditoris a cessione citra cessionem, an non omnino consequens est, ut nullam prorsus habeat? Neque puto quisquam ex nostris interpretibus de eo dubitasset nisi tenebras omnibus offudisset, quod in l. i. qua aliàs 2. C. de duob. reis apertissimè contra scriptum est his verbis, *Ei ideò si probaueris te conuenit in solidum exsoluisse, rector prouincia iuuare te aduersus eum, cum quo communiter pecuniam accepisti, non cunctabitur.* Fatebor ingenuè. Locus mihi suspectissimus est, neque dubito quin totus hic versiculus sit irreptitius, siue Tribonianij, siue quod fortasse probabilius fuerit, scioli cuiusdam interpretis esse velis. Nam ut ea taceam quæ in superioribus ex vera rectaque iuris ratione discernimus, & illud præsertim quod correat qui totum soluit id ipsum soluit quod proprio debebat nomine, tametsi correat quoque liberet. Item quod soluenti correat remedium cessionis necessarium esse dicitur, *in l. cum apparebit 47. D. locat. & in l. rem hereditariam 65. D. de emet.* Me illud non parùm mouet quod iam video totam legem primam illius tituli quæ Accursio & veteribus glossatoribus ignota fuit subdititiam esse, nec nisi interpreti adscribi posse, eique non minus imperito quàm audaci, cum rectam sententiam nullam habeat, ut nouissimè docuit Iacob Cuiac. Obseruat. 5. cap. 35. Sed illud magis vrget quod versiculus hic de quo disputamus nullomodo conuenit priori legis sententiæ. Nam ex eo quod primùm lex ait, creditorem prohiberi non posse quominus debitum exigat à quo velit, cum duo sunt eiusdem pecuniæ rei promittendi, non video qua ratiocinatione inferre possis quod sequitur, *& ideò si conuenit vnus solidum soluerit succurrendum ei aduersus correat.* Quid enim hoc cum illo commune habet? Aut quid veter solidum exigere posse creditore à correat debendi, nec tamen vllam soluenti actionem saluam esse in correat? Finge ex correat eum qui non soluit obligari ab initio vtiliter non potuisse, *ut in l. duos 6. l. ex duobus 12. in princip. & §. 1. D. eod. de duob. reis.* Vel cum ab initio vterq; correat vtiliter acceptus esset, alterius tamen personam obligatione exemptam, aut per deportationem *ut in l. vlt. eod.* aut per confusionem, *ut in l. Granium 71. D. de fideiuss.* aut per sententiã iudicis, *ut in l. 1. §. si apud duos 43. D. deposit.* Quis dixerit alterum correat idcirco liberari? Id enim negant Iureconsulti supradictis locis. Atqui si recta est illatio ista *& ideò & c.* id utique, prorsus consequens esset, quandoquidem omnibus illis casibus euenit ut correat qui totum soluit nullo remedio succurri possit aduersus correat qui solutionis tempore iam erat liberatus, ex ratione posita, *in l. & ancillarum 27. in fin. D. de pecul. quia nec liberare ullomodo are alieno eum intelligitur, l. idem erit 14. vers. ceriè ubicunque D. de instit. action.* Sed & obseruandum est Authenticum. Hoc itaque statim sequitur, non posse ad posteriorem hanc legis partem accommodari, sed tantum ad priorem, ut non temerè suspicari liceat posteriorem quam non irreptitiam esse contendimus in Irnerij libro defuisse. Nam verba illa *hoc iua* demonstrant satis, voluisse Irnerium accommodare suo more Nouellam Iustiniani ad id quod proximè & immediatè præcedebat. Postremò me illud omnium maximè mouet quod quisquis versiculum hunc supposuit cum nec sciret nec scire posset quænam actio correat aduersus correat competere deberet, non ausus est, neque verò potuit exprimere quamnam competere putaret, sed simpliciter & obscure ita loqui maluit, *rector prouincia iuuare te non cunctabitur.* An

verò rector prouinciæ ex officio suo condemnabit correum nulla in illum proposita actione. Minimè. Neque enim potest quisquam cõdemnari quin conueniatur, nec rursus conueniri sine actione. *l. si pupilli 6. §. videamus de negot. gest.* An autem ex officio suo & ex æquitate dabit vtilem actionem? Fateor non esse id nouum, eo demum casu quo ordinaria actio non competit, vt in specie *l. nam & Seruius 21. eod. l. quadam 9. in princip. D. de edend.* Sed & scio proposita actione competenti multa venire officio iudicis quæ iure actionis peti non possunt, *l. qui per collusionem 49. §. 1. de action. empt. l. centum 8. de eo quod cert. loc.* At si actio nulla sit aut ordinaria aut extraordinaria vel subsidiaria, nego posse locum esse officio iudicis mercenario, vt nostri vocant, id est quod subseruit actioni. Nobili fortasse locus esse possit, & ex eo interdum sequi condemnatio nulla quoque proposita actione, vt aliquid nostris largiamur: At non eo casu quo ius resistit & actionem nasci prohibet, *arg. l. obligationes 27. de oblig. & action.* Id verò contingit cum quis suum reuera gessit negotium nec sibi alium obligare voluit. Tunc enim nec iuris nec æquitatis ratio patitur vt ex eo actu alius obligetur, ne videatur actus operari vltra intentionem agentis, quod ex vulgari nostrorum brocardico fiti numquam potest, *l. non omnis 19. D. de reb. credit. l. 1. §. eum qui D. de const. pecun.* Nec rursus ignoro interdum contingere vt si quis suo tempore non petierit actiones sibi exhiberi, quarum exhibitionem petere poterat, id ei per iurisdictionem præsidis prouinciæ ex interuallo quoque præstetur, vt *in l. si res obligata 57. de legat. 1.* Sed iam supra docui cap. 10. longè aliam rationem esse fideicommissarij de quo agitur in d. l. si res obligata, & correi debendi, quod pertinet ad impetrandam ex interuallo siue actionis iure siue officio iudicis actionum quæ cedi debuerunt exhibitionem. Verum, inquires, An non iniquissimum sit totum onus debiti quod ob pecuniam mutuatam communiter acceptam contractum est ad alterum solum pertinere? Ita sanè rudi & imperito cuique videatur. Nam & ob hanc causam Iustinianus Nouell. 99. De duob. reis beneficium diuisionis inter correos exemplo fideiussorum introduxit, vt constat ex illis verbis, *& non commune debitum proprium cuiuspiam fieri onus.* Quæ res suadere forsitan possit vt versiculum quem tollimus ex l. 1. C. de duob. reis. non tam interpreti adscribendum quis putet, quàm Triboniano, ad Iustiniani constitutionem vt facere solet respiciendi: Sed si ita est, nihil dici potest Triboniano imperitius. Nam quod Iustinianus æquitate ista motus correis beneficium diuisionis concedendum putauit, ostendit manifestè ita ius esse, vt correo qui totum soluit nulla prorsus in correum actio dari debeat. Alioqui quid erat necesse beneficium diuisionis inducere ad hoc ne, vt ait constitutio, commune debitum proprium cuiuspiam onus fieret si iam antè ad indemnitate consequendam actio aliqua aut etiam si voles officium iudicis competeat? Neque verò in fideiussoribus quoque aliam ob causam inductum esse credendum est vt habeant exceptionem diuisionis, quàm vt ei occurreretur iniquitati quæ singulos confideiussores ad totius debiti exsolutionem nulla indemnitate spe relicta obligabat. Ceterum quemadmodum non possis ex eo inferre confideiussorem qui totum soluerit siue diuisionis beneficium vltro omiserit siue qua ratione amiserit, indemnitate à confideiussore consequi debere. [*obstat enim l. vt fideiussori 39. D. de fideiuss.*] Ita neque potest æquitas illa facere vt correus debendi qui totum soluit aliquam aduersus correum

correum habere debeat actionem. Nam ante Iustinianum iuris ratio prohibebat ne correi fideiussoribus comparari possent quod pertinebat ad beneficium diuisionis, quoniam non alieno, sicuti fideiussores, ac proprio nomine singuli obligantur. Post Nouellam verò Iustiniani absurdum sanè fuerit hoc ipso meliorem facere conditionem correorum quàm fideiussorum quod parem eam Iustinianus fecerit. Nam vel inuito Iustiniano ea semper mansit iuris veteris ratio quæ suaderet succurrendum magis esse fideiussoribus quàm correis, quod remedio & auxilio digniores sint qui alieno nomine sunt obligati, quàm qui suo. Illud sanè vtrisque commune fuit iure veteri, ac etiamnum est vt nullam inuicem actionem habeant nisi quæ cessa sit vtiliter & suo tempore, quoniam & actiones & obligationes omnes pendunt ex negotio contracto, *l. 5. §. conuentionales de verb. obligat.* negotium autem inter correos & confideiussores nullum geritur, cum non inuicem contrahant, sed correi quidem debendi cum solo creditore, confideiussores verò etiam cum debitore si mandatum interuenit, alioqui quasi contractus est, qui inducit actionem negotiorum gestorum, *l. ex mandato 20. §. 1. D. mandar.* Nulla igitur inter correos & confideiussores ipsos dandæ inuicem actionis ratio aut æquitas subest. Nisi proponas ex ea causa factos correos aut confideiussores quæ ipsa facere possit vt alter alteri præstare indemnitate debeat. Illud nam que semper inspiciendum est quænam sit causa debiti, *arg. l. tutor 69. D. de fideiuss.* Sed si aliud nihil sit quod correo in correum aut fideiussori in confideiussorem dari actionem suadeat nisi quod correi aut confideiussores fuerunt, imputet sibi qui ab initio cautius negotiatus non sit, indemnitateque à correo vel confideiussore non fuit stipulatus, quique ex post facto cum solidum solueret non petierit vt mandarentur sibi aduersus obligationis socium actiones, quod suo iure & postremi remedij loco facere poterat, *d. l. cum apparebit 47. locat d. l. rem hereditariam 65. de euct.* Quibus iuris & æquitatis rationibus illa etiam addi potest, quod qui ex correis debendi prior conuentus & solidum soluere coactus fuit, poterat non conueniri si alterum correum creditor elegisset, ab eoque solidum exigere malisset. Quod si euenisset, damnum vtiq. solus ille alius sentiret, quod nunc sentit is à quo exactum fuit. Est itaq. quod de se potius singuli conqueri debeant qui mutuum hoc exactionis periculum quod effugere poterant vltro incurrerint. Nec eorum quisquam audiendus est si petat id quod in contrarium euentum non erat postulaturus *l. penult. C. de solut.* Præcipua illa ratio offertur quæ actionis æquitatem soluenti correo indulgere videatur, quod verum sit eius pecunia correum liberatum esse. sed iam sapius in hoc tractatu monuimus non ex eo fieri vt qui totum soluit pro correo soluissè videri debeat, quia cum esset ipse in solidum obligatus, proprio nomine soluere debuit, perinde ac si solus debuisset neque correum habuisset. Quod autem correus qui æquè solidum debebat æquè liberetur, sit per consequentias quoniam vna tantum numero fuit correorum omnium obligatio, *d. l. 2. §. vbi duo de duob. reis.* quam proinde solutione ab vno facta totam extinguere necesse est, *l. si ex pluribus 16. de accepulat.* Quod etiam pertinet quod scriptum est *in l. nihil interest 12. §. vlt. de inoff. testam.* filium testatoris qui cum Titio eiusdem pecuniæ reus fuerat, liberatione Titio legata per acceptilationem Titij liberatum ab inofficiosa actione non submoueri. Id enim aliam rationem non habet, quàm quod acceptilatio facta Titio non



videatur facta filio correo, tametsi liberationis, & acceptilationis commo- dum perinde filius consequatur ac si sibi ipsi facta esset, aut Titius totum debitum soluisset. Alioqui si acceptilatio Titio facta filio quoque facta vi- deretur summouendus utique esset filius à querela in officio testamenti quasi qui lucrum ex testamento sensisset. *d. l. nihil interest l. si pars 10. §. vlt. & pass. eod. tit. de inoff. testam.* Quæ cum ita sint non puto dubitandum quin au- daciori & imperitissimo interpreti tribuendum sit quod in d. l. i. C. de duob. reis. scriptum legitimus. Eum ex correis qui conuentus in solidum ex- soluerit à rectore provinciæ iuuandum esse aduersus eum cum quo mu- tuam pecuniam communiter acceperat. Idque luce meridiana clarius ex superioribus liquere arbitror.

*An pactum vnus ex correis credendi aut debendi proficiat ut alteri. Ea de emendatione l. si vnus 27. D. de pact. & l. si duo 34. D. de recept. qui arbitur.*

## CAP. XVIII.

**R**VRIBVS constitutis correis debendi aut credendi eleganter quæri solet an pactum factum vnius alteri prodesse de- beat vel nocere. Et quod ad correos quidem debendi pertinet, constat sanè eatenus prodesse debere quatenus interest paciscentis. Idem in duobus 25. cum præce sentibus D. de pact. Interesse verò tum maximè videri si socij proponantur, *l. Granium 7. de fideiuss. l. eadem 9. §. penult. de duob. reis.* cum l. seq. cum quod ab vno exigetur, sit ille societatis iudicio pro parte à socio repetiturus. *l. 3. §. nunc de effectu D. de liber. legat. l. in lege 62. D. ad leg. faluid.* Ideoque correo locio. prodesse pactum correi necesse est, non pro ea duntaxat parte quam à socio correo repetere possit, verum etiam in totum nequicquam repetat: Alioqui euenire vt quantulumcumque esset quod exigeretur à correo qui pactus non fuisset, id ille pro parte à correo esset repetiturus d. §. nunc de effectu. Proinde partis consideratio facit vt pactum correi prodesse correo debeat in totum. Adhibita tamen semper distinctione illa an pactum in personam conceptum sit an in rem. Nam cum merè in personam conceptum est, non magis prodesse debet correo quantumuis socio, quam si societas nulla interueniret. Etsi enim hoc etiam casu paciscentis maximè interest propterea quod correus non eò minùs regressum aduersus eum habiturus sit iudicio societatis. Tamen non tam utilitas debitoris hac parte intuenda est quam vtriusque paciscentium voluntas. Quemadmodum si cum debitore pactum personale factum sit de non petendo non potest ea res prodesse fideiussoribus, tametsi actionem habituri sint & repetitionem aduersus debitorem qui pactus fuit, *l. nisi hoc actum 22. cum seqq. D. de pact.* Semper enim & in omni conuentionum genere sequimur id quod actum est. Factum sanè vnus ex correis debendi nocet cæteris etiam non sociis, *l. penult. D. de duob. reis. l. vlt. C. eod.* præterquam si agatur de mora per dolum vel culpam alterutrius contracta, suam enim vnicuique culpam & multò magis dolum nocere æquum est, non etiam alteri, *l. mora 32. §. sed si duo D. de usur. l. in condemnatione*

173. §. vni-

173. §. vnicuique de regul. iur. nec distinguemus an correi socij sint necne, *l. eandemque §. pen. de duob. reis.* Nam societas vniuersalis bonorum quidem omnium communicationem inducit, *l. 2. D. pro socio.* sed culpam quæ sit vnus ex sociis non idcirco communem facit *l. 1. §. si apud duos 43. D. de positi. & d. l. eadem §. pen. in illis verbis, si communis culpa inter sit. de duob. reis.* Quod si quis miretur, quamobrem pactum vnus ex correis difficilius proficit correo non socio quam noceat: Respondebo id fieri quia per liberam personam nihil nobis acquiri potest nisi quatenus interest paciscentis, *l. & licet 15. D. de constit. pecun. l. si quis solutioni 24. §. vlt. de usur. l. 3. in princip. quod vi aut clam. l. stipulatio ist. 38. §. aliter de verbor. obligat.* Dices nec in potestate alterius esse debere conditionem meam deteriore facere, *l. 1. §. vlt. & l. 2. D. quod vi aut clam. l. soluendo 39. de negot. gest. l. ne in potestate 26. de recept. qui arbitur. l. de pupillo 5. §. si plurimum de oper. noui nunciat.* Sed hæc non sunt similia. Imputari namque potest correo qui nihil fecit cur hoc ipsum saltem fecerit quod cum alio imprudentiore se obligauit: siquidem sciuit aut scire debuit, ex iuris ratione illam obligationis condicionem futuram vt sibi nocere possit factum correi, vt proinde quod ex facto correi damnum sentit, ex propria culpa sentire videatur, *§. penult. Instit. quib. mod. re cont. obligat. §. vlt. Instit. de societ. facit l. si Titius 48. D. de fideiuss.* In reis verò stipulandi sic comparatum est vt scientia vnus alteri noceat, *litem si 7. alias l. sed Iulianus §. non solum D. ad S. C. Maced. meliorque sit condicio occupantis, hoc est eius qui prior in iudicium rem deduxerit, l. 2. D. de duob. reis l. si rem aliquam 31. §. 1. de nouat. aut solutionem acceperit adeoque debitum acceptum tulerit. d. l. si rem §. 1. de nouat. l. & per iusurandum 13. §. vlt. l. si ex pluribus 16. de acceptilat. [Acc. prælatio siquidem solutioni comparatur, *l. in diem §. eod. tit. l. non solum 7. §. 1. de liber. legat.*] Idque adeò verum est vt si ex pluribus correis stipulandi vnus agere cœperit, ne quidem soluere aliis debitor possit, *l. ex duobus 16. de duob. reis.* ac si separatim singuli stipulati essent, *Si illi non dederis mihi dare spondes. l. si Titius 9. de verbor. obligat.* vt ac si correus stipulandi solutionis tantum causa adiectus fuisset, *l. si quis stipulatus 57. §. 1. de solut. licet in cæteris rebus non sit correi & adiecti comparatio, vt diximus capit. 16. ex l. si duo 128. de verbor. obligatione.* De illo certè dubitatum fuit inter iuris autores, an communem obligationem nouare vnus ex correis in scio altero possit. Nam Venuleius, *in dict. leg. si rem aliquam 31. §. 1. de nouat.* generaliter scribit, vnumquemque ex correis stipulandi perinde sibi adquisisse ac si solus stipulatus esset. Excepto eo, inquit, quod etiam facto eius cum quo commune est ius stipulationis, amittere debitorem potest. Ex quo infert ille, si vnus ab aliquo stipuletur, nouatione quoque liberare eum ab altero posse, cum id specialiter agitur vt fiat nouatio. Præsertim quod eam stipulationem quæ nouationis causa fit solutioni similem esse existimemus. *l. 1. l. nouatione 18. eod.* Alioquin, ait, quid dicemus si vnus delegauerit creditori suo comunem debitorem, isque à debitore stipulatus fuerit? Aut mulier fundum iusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi eum doti promiserit? His omnibus casibus putat ille debitorem ab utroque liberari. Pro qua sententia facit etiã iuris regula quæ habet eum cui rectè soluitur etiã nouare posse, præterquam si quis solutionis causa adiectus proponatur, *l. cui rectè 10. eo. tit. l. rescriptum 10. §. vlt. cum l. seqq. D. de pact.* Sed tamen aliud visum est Neratio Attiliano, Proculo & Labeoni, quos vt in quæstione dubia fieri so-*

E iij

let, Paulus refert, & sequitur, *in l. si unus 27. in princip. eod. tit.* Vt pactum vnius ex argentariis etiam sociis, itémque ex correis stipulandi, aliis non noceat, nec si in rem pactus sit, adeoque nec nouari alius possit, quamuis ei rectè solvatur: Quibus verbis potissimam Venuleij rationem destruit, non enim cuiusq. solui potest ei & nouare licet. Nam & his, inquit, qui in nostra potestate sunt rectè solvitur quod crediderunt, nec tamen nouare obligationem possunt, *l. non idè 25. D. de nouat.* sicut nec is qui non nisi solutionis causa adiectus est, *d. l. cui rectè.* Denique placet Paulo, illud tantum stipulandi permittendum esse vt solus possit solidum petere, itém vt ei soli totum debitum solui possit. Itaque frustra laborant nostri in istis conciliandis quos vltro dissentisse apertissimum est. Ridendusque nescio an culpandus magis Ioannes Robertus qui lib. 1. Sentent. cap. 25. Paulo manus infert vt duobus locis reponat *donare* pro *nouare*. Nec felicior Iacob. Cuiacius qui Paulum intelligit de nouatione facta donandi animo, vel per pactum de non petendo: quod, inquit, pactum non sit legitimus modus tollendæ obligationis, *d. l. si unus §. petus ne peteret.* Quasi verò possit aut potuerit vnquam fieri nouatio per pactum, quam vti que constat non nisi per stipulationem fieri posse vnquam potuisse, *d. §. pactus l. i. & pass. de nouat. D. & C.* Aut quasi quicquam inter sit correorum stipulandi, vtrum nouationem correus fecerit donandi animo, an verò in rem suam propriam vt in iis exemplis quæ Venuleius proponit. Quod autem distinctio hæc adhibetur in filio cui administratio peculij permessa est, *l. vlt. D. de nouat.* aliam rationem habet, quia plus iuris habet filius in peculio cuius liberam nactus est à patre administrationem, quam habeat correus in communi obligatione. Omnia siquidem filio videntur permessa, nisi vt donet, quoniam donare perdere est, *l. filius familias 7. D. de donat. l. contra 28. §. si filius D. de pact. l. i. §. i. D. quæ res pignor. oblig. poss.* vbi scriptum est nec pignori dari pro alio posse à filio familias rem peculiarem, licet administrationem peculij liberam habeat, quod ea sit species quædam donationis licet pro se aut pro parte obligare eam possit adeoque alienare, *l. si conuenerit 18. §. vlt. cum l. seq. D. de pign. act.* Illud verò tam stipulandi aut potius credendi quam debendi correis commune est, quod ab vno ex iis factum compromissum non aliter nocet cæteris quam si sint socij, *l. si duo 34. D. de recept. qui arbitr.* Ideo fortasse quod proximè agcedat ea res ad culpam, ob id que nec procuratori constituto ad eum petendâ permissum est de lite cõpromittere, sicut nec transigere, nisi aut speciale mandatû habeat aut generale cum libera administrandi potestate *l. procurator 62. D. de procurat.* Cæterum obseruandum est quod meo iudicio apertissimum videtur, in d. l. si duo, erratum esse legendumq. *nec à te petitur quod ego peto.* vt recta sit & accommodata ratio ad id quod Paulus tractat. Apparet etiam ex eo loco mendum aliud subesse, *in d. l. si unus 27. in princip. de pact.* falsumq. esse quod ibi ex eodem Paulo traditur de argentariis sociis. Nam proculdubio vnius ex argentariis sociis pactum nocet cæteris d. l. si duo. itémq. prodest, quomodo idem Paulus prædixerat *in idem in duobus 25. eod. tit. de pact.* Quare nec dubito quin dictio illa *Sociis* in textum irreplevit ex glossa imperiti alicuius interpretis non animaduertentis, posse plurium argentariorum nomina simul ire, & consequenter vni ex iis exactionem in solidum competere, licet non sint socij d. l. si duo. Idque euidentius ex eo intelligitur, quod ibidem Paulus subiiciens idem in duobus reis stipulandi ob-

di obtinere quod de argentariis dixerat, non loquitur de correis stipulandi sociis, nec ea dictio *sociis*, quam nos in legis principio tollimus, ibi repetita est.

*De correis testamento factis, itémque de sententia & emendatione l. eandem 9. l. si id quod is in fin. de duob. reis. & veterum iuris auctorum obseruata dissensio.*

## CAP. XIX.

**D**VORVM pluriumve correorum debendi credendive constitutio an hodie post Iustiniani Nouell. 99. eodem modo fiat quo fiebat olim, iam satis superque disputauimus in superioribus cap. 4. Illud tantum hic repetendum est non aliter fieri plures correos siue debendi siue credendi quam si hoc agatur, *l. 2. l. 3. §. vbi duo l. duos reos 6. l. his verbis 8. & pass. D. de duob. reis.* Agi verò toties intelligendum est, quoties aut ex conuentionis verbis, aut ex habito tractatu aliisue rerum argumentis constat creditorem plurium debitorum fidem in solidum secutum esse, vel debitorem pluribus creditoribus in solidum, fidem suam obstrinxisse, *l. eandem 9. in princip. D. ne duob. reis l. i. §. si apud duos 43. D. de positi. l. creditor 60. §. duobus mandat. l. si ut certus 5. §. vltim. cum seqq. D. commod. l. cum apparebit 47. D. locat. l. si ex duobus 13. de tutel. & rat. distrah.* Alioqui non ex eo solo quod vel vnus pluribus vel vni plures nominatim promiserint correi constituti videbuntur, sed in viriles portiones obligationis executio diuidetur, *l. reos 12. §. cum tabulis de duob. reis.* Sed & illud præterea requiritur ad correorum constitutionem, vt ne personarum aut rerum quæ in obligationem deducuntur, qualitas aut condicio repugnet, *l. si id quod 15. eod. tit. vbi tria huiusmodi repugnantia exempla* Caius ponit si vsusfructus nomine qui vni relictus fuerat, plures stipulentur: si dos promittatur marito & alteri qui maritus non sit, si denique Titius & Seius stipulentur decem vel rem quæ sit Titij. His enim casibus ideò non fiunt plures correi stipulandi quod in vtriusq. persona subsistere non possit obligatio propter naturam & qualitatem rei quæ deducitur in stipulationem. Nam & vsusfructus & dotis ius personale est, & rem suam stipulari nemo potest vulgat. iurib. Quod cum ita sit non abs re quis miretur, cur vltima legis sententia corrigatur finalibus iis verbis, *Sed dicendum est, vt si decem alteri soluantur ab altero liberentur.* Et hinc quoque videor mihi non obscure Triboniani manum, & cerebrinam æquitatè agnoscere, cum & parum eleganter contexta sit additio [debuerat enim scribere, *Sed dicendum est liberari*, non quomodo scriptum est, *vt liberetur*] & omnino repugnet germanæ iuris rationi: Nam si in illa specie, cum Titius & Seius stipulati sunt decem aut fundum qui sit Titij, non sunt Titius & Seius duo correi stipulandi [non esse verò fatendum est neque Tribonianus ipse negaret] fieri sanè non potest vt solutio vni facta liberet ab alio debitorem præsertim ipso iure. Saltémque debuerat potius subiici tuendum debitorem exceptione doli si post solutionem vni factam ab alio vrgeatur, vt in *l. si stipulatus 15. §. i. de fideius.* & aliis similib. Alioqui nec illud admittendum erit quod Papinianus scribit *in d. l. eandem 9. §. i.* Non fieri duos reos depositi si

ex duobus penes quos res deposita sit vni remittatur culpa, non etiam alteri. Quod enim id, obsecro, pertinet, nisi vt sciamus vno ex ipsis liberato alio nihilominus in obligatione remanere? Nam quis alius effectus esse potest illius quaestio, an sint duo correi debendi, necne? At neque iuris ratio patitur vt diuidatur stipulatio ac in specie proposita Titius & Seius correi sint stipulandi quod ad decem attinet, non etiam quod ad eam rem quae iam sit Titij, vt propter adiectam Titij personam idem sit ac si sola decem in stipulatum deducta essent. Cur enim auferatur promissori electio quam sibi saluam esse voluit soluendi rem Titij, id est eius aestimationem si id mallet? In correis testamento constituendis idem iuris obtinet. Nam si vel à pluribus heredibus, vel pluribus bene meritis personis legatum aut fideicommissum relictum fuerit, constat non fieri plures reos debendi credendive nisi hoc ipsum testator voluerit, suamque voluntatem aut expresserit aut non obscuris argumentis infirmauerit. Quae sententia est d.l. eadem in princip. vbi Papinianus scribit testamento si ri duos reos debendi si testator ita dixerit, *Titius & Mauius Sempronio decem dato*. Nam verbum illud *dato* cum sit singularis numeri, vtrumque singulariter, hoc est singulos in solidum obligat: nec admittit contrariam interpretationem de legato debito in viriles diuidendo. Cui vtiq. locus fieret si ita scriptum proponeretur, *Titius & Mauius Sempronio decem dato*. Tunc enim singuli partes dare iussi viderentur. Quod minus diligenter obseruatum fuit ab iis qui apud Papinianum legendum putant, *Titius aut Mauius Sempronio decem dato*. Certum enim est correos debendi hoc modo fieri testamento non posse, quemadmodum nec duos reos collegatarios si ita scriptum sit, *ille aut ille fundum habeo, l. si Titio aut Seio 16. l. cum quidam 24. de legat. 2*. His enim speciebus non solum vnum legatum est, sicut & cum illud aut illud legatum est, *l. si illud aut illud 27. eod.* [quod vtrique pluribus etiam constitutis correis similiter contingeret *l. 3. vbi de duob. reis.*] sed etiam ab alterutro duntaxat non ab vtroque herede, aut alterutri tantum, non item vtrique legatario relictum vidari debet. Siquidem in alternatiuis debitoribus non vterque debet sed alteruter, & in alternatiuis creditoribus non vtrique debetur, sed alterutri, quemadmodum & in debitis alternatiuis non vtrumque est in obligatione, sed alterutrum duntaxat *l. plerumque 11. §. vltim. de iur. dot. cum similib.* Id verò à constituendorum correorum ratione profus alienum est, quorum ea condicio est vt vterque in solidum obligationem in se suscipiat, aut sibi acquirat, *d. l. 2. 3. & pass. de duobus reis. l. si duo 128. de verb. obligat.* Ideoque in *l. si ex toto 8. §. si ita scriptum de legat. 1.* ita scriptum est, *quasi si duo rei promittendi &c.* vt appareat in ea specie correos proprie non esse. Neque leuior error est Caroli Molinei qui *ad l. in lege 62. D. ad leg. falcid.* scripsit difficilius fieri correos testamento quam contractu, nec in dubio praesumendum testatorem voluisse correos facere. Id enim absurdissime dicitur & contra Papiniani sententiam in d.l. eandem. Leges autem quibus ille nititur vt probet in dubio viriles partes deberi aut hereditarias, nec à singulis heredibus posse in solidum exigi [sunt verò penè innumera] ad eos casus pertinent quibus plures heredes generaliter onerati sint, non ad eum quem Papinianus tractat, cum vnusquisque in solidum oneratus est: Nimirum cum testator ita dixit, *Titius & Mauius Sempronio decem dato*. Planè eo casu quo correi testamento facti non sunt, elegans quaestio

quaestio est Pro qua parte singulos heredes conueniri oporteat, id est, an in viriles, an in hereditarias. Papinianus enim magis probat deberi viriles in nonnunquam 24. D. ad Senatusconsultum Trebell. quod & iam ante Papinianum Neratius senerat *in l. si heredes 124. de legat. 1.* Ea fortassis ratione quod cum heredum personae siue omnes siue non omnes nominatae & enumeratae sunt, videantur heredes onerati non tam quasi haeredes [quae res induceret diuisionem in partes hereditarias] quam quod nominati sint, proindeque viriliu portionum rationem haberi voluisse testator credendus sit. Paulus contra post Attilicinum Sabinum & Cassium magis esse putat vt inducantur hereditariae portiones omni casu, propterea quod hereditas ea sit quae heredes obligat, *l. siue à certis 17. D. de duob. reis.* At Pomponio *in l. turpia 54. §. vlt. de legat. 1.* media quaedam sententia placuit, vt si non omnes heredum personae nominatae sint, viriles partes debeant qui nominati sunt, sin omnes, hereditarias: Itaque ridiculi sunt nostri qui tantopere laborant in istis malè conciliandis, quos vltro dissentisse manifestissimum est, Pomponij tamen sententia vt media ita probabilior fortasse videri potest.

*Omissam exceptionem cedendarum actionum non magis quam exceptionem ordinis aut diuisionis locum facere conditioni. & de differentia correorum, fideiussorum & mandatorum. Ac emendatio l. 2. C. de fideiuss. tutor. l. pen. D. eod. l. vlt. C. de constit. pecun.*

## CAP. XX.



Is cui cedendarum actionum exceptio competebat ommissa ea per errorem iuris [vix enim est vt error facti in hanc speciem cadere possit] simpliciter soluerit, putant nostri perinde locum esse conditioni, ac si quod solutum est fuisset indebitum. Sic enim Molineus, *ad l. Modestinus 76. num. 18. D. de sol. tut. post gloss. magnam à Bart. & cæteris probatam, ad l. cum is D. de fideiuss. ex l. sed et si me putem 22. §. 1. & l. qui exceptionem 40. §. si pars. D. de condit. indeb. l. haeres 21. D. ad Senatusconsultum Trebel.* quibus locis datur conditio ei qui seruum praedium tradidit sine seruitute, aut domum sine deductione impensarum itemque heredi qui non deducta falcidia totam hereditatem ex fideicommissio restituit quasi plus debito hi omnes soluerint. *arg. l. si is cui 45. de condit. indeb.* Mihi contra videtur. Neque enim dici potest ommissam exceptionem facere vt indebitum sit quod re vera fuit debitum, cum exceptio talis est quae ius personae tantum respiciat non etiam ius ipsum debiti *l. quod nomine 8. cum trib. seqq. e. t.* in quo sanè differt exceptio cedendarum actionum, de qua disputamus, ab illa quae competit ad impensas deductiones aut retinendam seruitutem, siquidè praedium quod tradi debuit seruitute retenta, si sine seruitute traditum sit indebitum fuisse videri potest. Aded vis seruitutis rem ipsam afficit. Quid enim aliud sunt iura praediorum quam ipsa praedia qualiter se habentia? vt ait, *l. quid aliud de verb. sign.* Quemadmodum & impensae in rem alienam factae si tales sint quas deduci aequum sit, rem ipsam ita afficiunt vt ob eas retineri res quodammodo

pignoris iure possit, licet reuera pignus nullum eo nomine contrahatur. Proinde nec mirum est conditioni locum esse si sine vlla impensarum deductione fundus traditus sit qui ex ea causa poterat retineri, quandoquidem exceptione doli tutus esse poterat is à quo fundus sine impensarum deductione petebatur, *l. planè 38. D. de hered. petiti.* Quæ exceptio doli perpetua est, *l. purè 5. §. vlt. D. de dol. excepti.* qui autem exceptione perpetua tutus soluit, habet proculdubio indebiti conditionem *d. l. qui exceptionem.* Nec rursus simile est quod nostri obiiciunt *ex d. l. heres 21. D. ad S. C. Trebell.* Loquitur enim illa lex de eo qui cum posset falcidiam retinere totam hereditatem restituit per errorem facti, existimans fortè satis sibi pro quarta superfuturum, vt ostendunt verba illa, *nec cauit sibi stipulatione proposita.* Nam stipulatio, si plus quam per leg. falc. de qua textus ille sentit, tunc necessaria esse potest cum in facto incertum est an legi falcidiæ locus futurus sit necne, *l. l. all. tit. Nos* verò de illo loquimur qui omisit exceptionem cedendarum actionum, per errorem non facti, qui in hanc speciem vix cedere potest vt prædiximus, sed iuris. Quem condicere nullomodo posse ex eo apparet euidentiùs, quòd non impedit ea omisso quin ex solutione sequatur liberatio, *d. l. Modestinus 76. de solut. l. 2. C. de contr. iudic. iur. l. cum alter 11. C. de fideiuss.* Nam si locus esset conditioni, vtique impediretur liberatio, quemadmodum ex contrario secuta liberatio impedit conditionem *l. si pœna 19. §. 1. l. si fideiussor 59. de condi. indeb. l. vlt. D. de tribut. act. l. qui hominem 34. §. vlt. l. cum quis 38. §. 1. de solut.* præterquam in singulari casu, *l. Neratius 63. de condi. indeb.* quam nos supra libr. 2. explicauimus. Atque ita fortissimè retorqueri contra Molineum potest argumentum quo ille potissimum nititur, *ad d. l. Modestinus, num. 18.* vt probet ei cui competeat exceptio cedendarum actionum si soluerit cedi etiam ex intervallo actionem posse. Quoniam, inquit, conditioni indebiti locus est si actio non cedatur. Imò verò actio nulla superest quæ cedi possit, cum solutione quaesita sit liberatio, ob idque nec competeat conditio. De exceptione non factæ excussionis, an si omissa sic faciat locum conditioni eadem quaestio esse potest, sed minus dubia. Et si enim non desunt qui putent locum facere post glos. *ad l. si rem 20. D. de condi. indeb. & Castrens. in d. l. si pœna 19. §. vltim. eod.* Bartolus tamen negat in *l. Iulianus* eodem titulo. Et rectè. Neque enim exceptio illa ius ipsum debiti respicit, sed personam eius qui conuenitur quam huius beneficij fauore dignam esse visum est. Idemque sed multò apertius obtinet si de exceptione diuisionis quaeratur. Nam cum non ipso iure competeat, sed beneficio epistolæ Hadriani vt sæpiùs monuimus, & ita si opponatur, consequens est, vt si vnus ex confideiussoribus totum soluerit licet confideiussor fuerit soluendo, repetere tamen non possit, vt eleganter Papinianus tractat, *in l. si testamento 49. §. prim. D. de fideiuss.* vbi addit quod magis mirum videri queat, idem quoque admittendum esse in vno ex pluribus fideiussoris vnus heredibus totum soluente. et si enim constat ipso iure & ex lege duodecim tabularum diuidi obligationem inter coheredes, ea tamen diuisio quæ ex multiplicatis heredum personis inducitur facere non potest vt indebitum videri debeat quod in persona defuncti reuera fuit debitum *l. 2. §. ex his de verbor. obligation. nec* quæ ratio æquitatem diuisionis inducit inter confideiussores aliaque similes personas vt ei succurratur qui pro alio soluere cogitur, potest etiam indu-

inducere conditionem indebiti. Fateor diuersam speciem actionis nõ excludere diuisionis æquitatem *l. penul. D. de fideiuss. tutor.* Sic namque eo loco legendum videtur, *si enim quod datur pro alio soluitur, cur diuersa species actionis æquitatem diuisionis excludat?* Quod etiam etiam pertinet *l. vlt. C. de const. pecun.* in qua nec dubito quin legendum sit *ex d. l. pen. æquitatis enim rationem diuersa species actionis excludere nullomodo debet.* Sed non possis similiter dicere, æquitatem diuisionis, species actionum diuersas admittere debere, aut vt meliùs loquar conditionem inducere, quandoquidem conditio indebiti prorsus distat ab exceptione diuisionis, neq. cù ea quicquam commune habet. Et licet vtraque summanitatur æquitate, alia tamen æquitas est quæ diuisionem inducit alia quæ conditionem. Qui obiicit exceptionem diuisionis, aut vt Papiniani verbis vtatur, *in l. si plures 38. de admin. tutor.* qui periculi societatem excipit, fatetur se etiamnum debitorem: Qui condicit, negat se vnquam debuisse. Inde fit vt si fideiussores beneficio diuisionis renunciauerint, quod hodie passim fieri assolet, plures simul in solidum conueniri possint, exemplo correorum qui Iustinianæ Nouell. 99. beneficium abiecerunt. itèmq; mandatorum de quibus *in l. creditor 60. §. duobus D. mand.* Scilicet dummodò protestetur creditor nolle se plus debito consequi, sed vnica solutione contentum fore, *arg. l. 1. §. quia autem D. quod legat.* Aded verum est à singulis debitum esse quod ab omnibus in solidum exigì potest. Quin et si ea protestatio omissa sit, non ed minus sequi poterit condemnatio, sed ita tamen vt vno soluente cæteri quoque liberentur. Idipsum enim officio iudicis continetur, & actionitacitè inest, *l. & hæc distinctio 35. §. vlt. D. locat. l. in omnibus 43. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Tametsi pluribus simpliciter condemnatis qui in solidum singuli conueni fuerant non nisi pro virilibus ex iudicato conueniri quisque possit *l. 1. & 2. C. si plur. vna sentent. condemn. fuer. l. si mandatu Titij 59. §. Paulus respondit vnum D. mandat.* Observandum tamè est in eo disparem esse conditionem correorum, confideiussorum & mandatorum vt hoc corollarij loco subiiciamus, quòd conuento in solidum vno ex correis debendi cæteri interea non sunt inquietandi, sed quæ in illos actio creditori competit, in id tantum superest quod à conuento seruari non potuerit: neque enim vnus electione alij liberantur, sed solutione duntaxat, *l. 1. §. si apud duos 47. de posit. l. si quis alicui 27. §. vlt. mandat. l. si mandatu 13. D. de fideiuss. l. si ex tota 8. §. 1. de leg. 1. l. reos 23. C. de fideiuss.* Eaque sententia est, *l. si per imprudenciam. §. fin. de emet. l. quous 47. §. si creditor de pecul. nec* hac parte quicquam differt ius nouum à vetere. Sanè nemo dubitat, quin liberum sit creditori actionem quam in plures correos habet ita diuidere vt aduersus vnumquemque pro virili experiat, *l. reos 11. D. de duob. reis l. inter eos 51. §. duo rei D. de fideiuss.* quod si fecerit, subinde poenitere, & contra vnum ex iis in solidum agere postea non potest. In fideiussoribus equidem nouo iure idem obinet postquam Iustiniano placuit, *in l. vlt. C. de fideiuss.* vt vno ex fideiussoribus electo cæteri nõ liberentur. Sed iure vetere aliter obseruabatur, sola namque vnus ex fideiussoribus electione cæteri liberabantur, adeoque ipse debitor multo magis debitoris ipsius electione, fideiussores, *l. si mandatu 45. §. vlt. D. mand. Paulus lib. 2. Sentent. tit. 17. §. vlt.* quod nos pluribus tractauimus lib. 1. cap. 17. *ad l. heres 21. §. quòd si stipulator D. de fideiuss.* vbi ob hanc causam legendum esse diximus, *quæ distendum est fideiussorem non manere obligatum.* Nisi quis

vulgatæ lectionis tuendæ gratia magis probet vt electio bonorum debito-  
 ris non liberauerit personam fideiussoris, aut cõtra, sed tantum electio per-  
 sonæ, quod nec obscure innuere Papinianus videtur in l. 3. de separat. itē-  
 que quod scriptum est in l. cum quis 38. §. de peculio l. epist. 84. de solut. Eodem  
 pertinet, l. 2. C. de fideiuss. iuror. in cuius principio verba illa & soluente, pro-  
 culdubio sunt irreptitia, siue à Triboniano addita putes, siue ab imperito  
 aliquo interprete respiciente ad Iustiniani constitutionem, in d. l. vlt. C. de  
 fideiuss. potius quàm ad ius illud quod Alexandri, cuius ea lex est, tempori-  
 bus obtinebat. Inanem enim faciunt & ridiculam illius loci sententiam:  
 Quæ certè illa est, sola rei electione liberari fideiussorem. Quantò magis igi-  
 tur solutione per reum facta? Prius ita si simpliciter acceptus sit fideiussor.  
 Nam si vel indemnitate nomine fideiusserit, vel quod idem est, rem pupilli  
 saluam fore promiserit, vtique poterit etiam post condemnatum & exactum  
 reum conueniri, in id nimirum quod à reo seruari non potuerit. Certè ex-  
 ceptio illa quæ ponitur in versic. planè non potest accommodari ad regulam  
 conceptam de reo electo & soluente, sed ad regulam de reo electo nec sol-  
 uente. Et tamen dici solet exceptionem de regula esse debere. Hinc etiam  
 illud est quod placebat olim, non esse permittendum creditori vt reum &  
 fideiussorem simul in solidum conueniret, l. 1. eod. tit. Nèpe quoniam ita ius  
 erat vt alterutro in solidum electo alter liberaretur, nisi fideiussor fuisset in-  
 demnitatis vt diximus, aut iudicio fisci. Nam & hic lata duntaxat sententia  
 non etiam electione liberabatur, l. 1. vbi Accurs. D. si ex noxal. caus. agat. con-  
 stat sanè fideiussionem huiusmodi non durare in executione sententiæ, l.  
 gracè 8. §. & post litem D. de fideiuss. vbi distinguit Vlp. an iudicati actionis no-  
 mine fideiussor acceptus sit, an litis exercitationis vt hoc casu post senten-  
 tiam iuuandus sit exceptione, illo non item. Exceptione inquam, quia libe-  
 ratio non contingit ipso iure, cum non ad eum finem feratur sententia vt  
 condemnati fideiussor liberetur. Multò minus durabit fideiussio in causa  
 appellationis, arg. l. cum apud Sempronium vbi Bart. iudic. solui: Sed etsi non  
 sit lata sententia, at perempta duntaxat instantia vt nouam incohari neces-  
 se sit, non tenebitur fideiussor quoniam alia instantia est Glof. in l. pen. C. de  
 fideiuss. Mandatoris longè alia ratio est. Nam si eum creditor ex mandato cõ-  
 uenerit, siue nondum condemnatio secuta sit, siue condemnatus ille pro-  
 uocauerit, ipse etiam debitor conueniri & olim poterat & hodie potest, d.  
 l. Stichum §. si mandatu de solut. d. l. creditor 60. in princip. D. mandat. quia nec  
 soluente mandatore debitor tamen ipso iure liberatur, l. Papinianus 28. eo.  
 vbi ratio illa redditur, quia quod mandator soluit, proprio nomine soluere  
 intelligitur, ac propter mandatum suum, potius quàm debitoris liberandi  
 causa. Est autem generale & perpetuum, quod nos in superioribus monui-  
 mus sæpius, vt quod quis suo proprio non debitoris nomine soluit  
 non liberet debitorem. l. si quid possessor 31. de hered. petit. l. si pæ-  
 na. 9. §. 1. de condit. indeb. l. cum quis 38. §. de pe-  
 culio in fin. l. Paulus respondit  
 101. de solut.

FINIS.



NOBILISSIMO ET CLARISS.

VIRO FRATRIQUE SVAVISSIMO  
FRANCISCO DE SALES

Antonius Faber S. D. P.

**A**MAVI te, mi Saleſi, & pro eo ſanè ac debui colui plu-  
rimùm, priùs etiã quàm vel tu mihi de facie notus eſſes,  
vel ego tibi. Inuitatus nimirum, permotùſque ſola perce-  
lebris tui nominis fama, & admiratione virtutis, qua  
nihil eſt, vt ego quidem exiſtimo, ad ſociandas conſtringendãſque  
hominum vel diſiunctiſſimorum mentes efficacius. Poſtea verò quàm  
per humanitatem tuam aditus mihi ad amicitie tue ſacra, & fa-  
miliaritatis penetrabilia liber patuit, tantam ſenſi voluntatis erga te  
mea factam acceſſionem, vt mirarer, puderètque non ita me iam  
antè affectum fuiſſe, nullus vt acceſſioni locus relinqueretur. Sic enim  
quafi ea quæ oculis cernuntur, mihi viſus ſum intueri, non ſolum  
quàm me amares, ſed etiam quàm amari deberes ab iis quoque  
quos nulla tibi neque neceſſitudinis, neque officiorum magnitudine  
deuinxiſſes. Nam quis obſecro, niſi planè inſulſus, & à uſuſque, tam  
multa, tamque præclara ingenij tui decora & ornamenta non ſuſpi-  
ciat, amet, veneretur? Illud verò quàm mirabile, nouùmque in-  
iſta etate, quæ in integrum reſtitutionis auxilium implorare ad-  
huc poſſet, ſi quid forte ſuperioribus annis per inconfultam facili-  
tatem peccaſſes, eam te ſapientia, eruditionis, & eloquentia laudem  
aſſecutum, coniunctis Theologia ac Iuriſprudentiæ grauiſſimis diſi-  
milimĩſque ſtudiis, vt cum in vtraque ſcientia excellere te omnes vi-  
deant, in vtra tamen excellas diſcernere nemo poſſit. Sed ſunt iſte  
fecundi exculti que ingenij, potiùs quàm recti animi dotes, quas li-  
cet non niſi per paucis datas,

-quos æquus amavit Iuppiter,  
 facilius tamen admirari, fortassis invidere tibi etiam amici possent,  
 quam ob eas amare te ceteri, qui aliam amandi rationem non ha-  
 berent. Amo ego magis tuam illam probitatem, prudentiam, tempe-  
 rantiam, æquanimi-  
 tatem, ceteraque id genus beati, optimæque à na-  
 tura & philosophia subornati animi bona, quæ in aliis non nisi ra-  
 rissimè singula, in te vno sic elucet vniuersa, vt neque maleuolorum  
 inuidiorum e calumniis obscurari queant, neque non amari & co-  
 li ab omnibus, præterquam si qui essent tam male nati, vt virtutem  
 ipsam odisse, summæ virtutis opus esse arbitrarentur: et si hoc quo-  
 quæ ad felicitatem tuam accedit, quod tuis laudibus omnes, vt æquum  
 est, fauent. Hinc illa singularis erga te propensio Serenissimi Ducis  
 nostri, qui Senatoriam dignitatem quam plerique alij ambire tam  
 anxie solent, tibi nuper nihil minus cogitanti vltro iam destinavit, con-  
 festim haud dubie collaturus, si plus apud te prudentissimi Principis  
 iudicium, totiusque amplissimi ordinis nostri expectatio, ipsa denique  
 ratio, quam modestia tua valuisset. Inde etiã aspernatus es hucusque ve-  
 recundiore, quam par esset, cunctatione, ac nescio quo atatis prætextu  
 [quasi atatis vitium, aut delictum illud sit, quod ante atatem perfe-  
 ete sapere didiceris] eximia ista virtutis insignia, ideo fortasse, quod  
 eiusmodi, pleraque non pauci etiam sine virtute sunt, affecturi: Hoc v-  
 num tibi ad veram gloriam satis esse ducens, quod tanti Principis,  
 optimorum etiam etiam & eruditissimorum omnium qui te norunt  
 conspirantia studia iudiciaque merueris, quæ sanè virtus sola &  
 assequi potuit, & promereri. Ego verò qui semper pluris faciendum  
 credidi, si virtutum ac scientiarum præmia quis mereretur, quam si  
 possideret, sic te amo & obseruo tanquam is quoque plenum hono-  
 ribus, à quibus temperasti: nec quicquid est quod te malim esse quam  
 Salesium, vt ea te prosequar obseruantia, quæ & sanctissimo episcopo  
 debetur, & grauissimo Senatori. Taceo, quam multas habeã pro-  
 prias, planèque meas colendi tui causas, quas innumeris tuis in me  
 beneficiis publicè priuatimque testatas vellem ego maxime, si per in-  
 gemoli mei tenuitatem liceret, publico etiam aliqua testimonio inge-  
 nne

81  
 nne profiteri, & iusta constantique gratiarum actione sic complecti,  
 vt non minus gratum me ac memorem, quam tibi deuinctum posses  
 agnoscere. Neque rursum ignoro, quantum amor tuo vel ob id ma-  
 xime debeam, quod dulcissimum fratris nomen inter nos commune  
 ac familiare esse voluisti, vt quod vnum honestissimo vtriusque desi-  
 derio negabatur, quoniam à natura impetrari non poterat, validio-  
 ribus amicitia artibus extorqueremus: nec dubitare quisquam posset,  
 quin verè fraternus esset amor, qui & abs te in me proficisceretur, &  
 à me vicissim tibi redderetur. En igitur leuidense tibi in eam rem mu-  
 nusculum ex promptuario Coniecturarum mearum, in quibus etsi  
 scio nihil esse quod vel tuis meritis, vel cupiditati meæ, vel denique  
 mutua necessitudinis nostræ dignitati respondeat, omnia tamen con-  
 secutum me putabo, si efficere potero vt hoc quantulocumque monu-  
 mento arctissima coniunctionis nostræ memoria feliciter ad posteros  
 perferatur: Non quod vsque ad eum mihi blandiar vt ista sperem, vel  
 coniciam aut æterna fore, aut longiores annos ferre posse, sed quia  
 nihil est quod tam in optatis habeam, quam vt si quod nominis mei  
 post cineres vestigium extabit, neminem tibi me amicio-rem fuisse, aut  
 amicitiam tuam pluris vnquam fecisse omnes intelligant. Id pro in-  
 credibili tua erga me beneuolentia æquè tibi optatissimum & in-  
 cundissimum vt esse cupio, ita fore spero & confido. Bene vale,  
 frater suavissime, & me, vt facis, ama. Ex vrbe Camber. 12. Cal.  
 Decemb. 1595.



ANTONII FABRI SEB-  
SIANI SABAUDI SENATORIS  
CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS  
LIBER DVODECIMVS.

*Diuisio debiti an & quando ex partis petitione inducatur, & observata  
Triboniani additio in l. inter eos §. 1. §. 1.  
D. de fideiuss.*

C A P. I.



**V**ERUM solet ab interpretibus, An qui ab vno ex pluribus correis debendi aut confideiussoribus partem debiti extra iudicium solutam accepit, aut per iudicem vt solueretur petiit, actionem suam quam in solidum contra singulos partem ratam habebat, diuisisse credendus sit. Et vulgo magis probata est illa distinctio quam tradunt nostri, ad l. si credyores 18. C. de pact. An pro parte tantum vnus ex pluribus iudicio conuentus fuerit, an vero singuli pro partibus. Hoc enim posteriore casu non etiam prior factam videri diuisionem ex l. liberum 17. l. reos 23. C. de fideiuss. iunct. l. inter eos §. 1. §. 1. D. eod. Solutione vero extra iudicium facta si quidem beneficio diuisionis locus esse non poterat propter renunciationem aliamue causam, puta quod ita concepta esset stipulatio, *solidum aut partem virilem dari*, vt in d. l. inter eos in princip. diuisam intelligi actionem, d. l. si creditores, præterquam si ex testamento debitum proponatur, l. si ex toto §. 1. de leg. 7. l. ille aut ille 25. de leg. 3. Sin autem diuisionis exceptio obiici poterat, elegisse potius quam diuisisse creditorem existimandum, d. §. 1. l. inter eos. Mihi contra probabilius semper visum est, vt numquam actionis diuisio præsumatur ex partis solutione vel petitione, nec si suo nomine se soluere correus aut confideiussor dixerit, nisi solutio vel petitio ad partem eius qui soluit vel conuenitur, non tantum tacite fortassis ex soluta vel petita quantitate cum virili comparatione, sed expressim disertisque verbis referatur. Mouet in primum quod Pomponius ait, in d. l. si ex toto §. 1. si ita scriptum sit, *Lucius Titius heres meus aut Manius heres meus decem Seio dato*, cum vtro velit Seium acturum, sed ita tamen vt si cum vno actum sit & solutum alter liberetur, Quasi, inquit, duo rei promittendi in solidum obligati fuissent: Sed et si ab altero partem petierit, liberum ei esse ab alterutro reliquum petere: idemque fore et si alter partem soluisset. Qui locus cum de legato loquatur, & quid in illo iuris sit constituat, ex comparatione obligationis correorum promittendi.

mittendi, an non apertissime subuertit nostrorum distinctionem, ex qua parte separant hæc in re vltimas voluntates à contractibus? Mouet me rursum quod in dict. l. inter eos §. 1. Papinianus disertè scribit eum ex confideiussoribus qui soluit partem pecuniæ debitæ non liberari quin possit de residuo conueniri, & quidem in solidum si cæteri confideiussores non sint soluendo, pro parte vero si sint soluendo. Subditque rationem perelegantem his verbis, *eam enim quantitatem inter eos qui soluendo sunt diuidi conuenit quam liti tempore singuli debent*. Quod si ita est, vt est, Triboniani certe potius quam Papiniani erunt sequentia illa, quæ interpretes nostros fefellerunt, *Sed humanum est & si alter sit soluendo liti contestationis tempore per exceptionem ei qui soluit succurri*. Nam non solum præcedentem sententiam destruunt optima iuris ratione subnixam, verum etiam ei repugnant euidentissime. Sunt enim hæc prorsus contraria, Eum fideiussorem qui partem pecuniæ soluerit non debere solutionem residui recusare, aut in solidum aut pro parte secundum supradictam distinctionem, & posse eum vti exceptione. Poterat quidem ita scribi, Actionem pro residuo superesse contra eum qui partem soluerit, sed iuuandum eum exceptione [illud enim ad ius strictum, hoc ad æquitatem ipsam referretur.] At vt recusare ille non debeat residui solutionem, quomodo Papinian. loquitur, & vt exceptione iuari debeat, contraria omnino & repugnancia sunt: in quo Papinianum prudentum omnium prudentissimum impegisse quis vnquam sibi persuadeat? Accedit quod vsurpat verbum illud satis sibi familiare *conuenit*, quo significare solet non quod inter omnes, constat vt imperitè quidam existimant, sed quod ille non minus æquitati quam iuri congruum arbitretur. Tribonianus contra humanitatis verbo passim abutitur quoties inhumanas & impias illas suas manus veterum prudentum scriptis infert. Cæterum quamuis ea additio Triboniana perinde legis vim habeat ac si esset Papiniana, non tamen inde possis colligere quod interpretes volunt, soluta parte debiti ab vno ex confideiussoribus inducendam idcirco debiti diuisionem. Aliud enim est competere fideiussori qui partem soluit beneficium diuisionis, quod Tribonianus voluit, aliud vero sola partis solutione diuidi actionem, quod illi affirmant, nos negamus. Siquidem beneficium diuisionis hæc nunc tantum nocet creditori vt residuum cogatur ab aliis petere qui nihil soluerunt, sed ita tamen si sint soluendo tempore litis contestatæ non etiam si sint egeni & inopes. At diuisio actionis cum sit vsque aded nocet creditori, vt quamuis cæteri soluendo non sint, nequear tamen de residuo aduersus eum agere à quo partem debiti vel petiit vel accepit dict. l. liberum, in illis verbis *petitionem diuisam redintegrari iuris ratio non patitur*. Quod tamen ita videtur intelligendum si litem contestatus sit creditor. Nam vsque ad litem contestationem posse eum pœnitere qui actionem diuiserit probant non malè eiusdem contextus verba illa *ansequam lis aduersus omnes fideiussores contestaretur*, item sequentia, *at nunc post litem contestationem*. Mouet me denique textus apertissimus dicta l. si creditores 18. C. de pact. cuius tota ratio pendet ex iis verbis *pro sua persona soluente*, vt illa ostendunt *si probaueritis*, ne quis dubitare posset quin ita demum diuisisse debitum creditor videretur si partem peteret pro parte & persona debitoris conueni, aut partem acciperet pro parte &



persona debitoris solventis. Plus enim est confideiussorem aut coreum pro sua parte & persona soluere vel conueniri, quam suo nomine soluere, vt constat, ex dicta leg inter eos §. prim. vbi agitur de fideiussore qui soluit siue suo siue rei promittendi nomine, & tamen negat Papinianus, idem diuisam videri actionem, quæ sanè diuisa esset si pro sua parte aut persona fideiussor soluisset, dicta leg. si creditores. l. un. d. d. l. si ex toto §. primo, de leg. 1. Et iuris huius ratio aperta illa est quæ mouere interpretes debuit, quod factæ diuisionis interpretatio non ex iure sumitur, sed ex coniectura voluntatis creditoris, qui sicut cogi non poterat vt actionem diuideret, ita nec diuidere voluisse facile credendus est, sed eo demum casu quo voluntatem suam aut expresserit, aut non obscuris indicis declarauerit, quod tum contingit cum partem petiit vel accepit pro parte & persona conuenti vel solventis condebitoris. Illo enim casu diuisionis factæ interpretationem ea ratio inducit, quod si pro residuo vrgeretur qui iam pro parte & persona sua soluisset vel conuentus esset, ne alter pro altero exigatur. Nec ad hunc casum pertinet Iustiniani constitutio in leg. vltim. C. de fideiuss. vbi cautum est, vt non sola electione aut contestatione sicut antea fideiussor liberetur. Aliud enim est litem contestari, vel vnum ex fideiussoribus eligere, aliud verò actionem diuidere. Non igitur per solam contestationem fiet diuisio siue singuli in solidum, siue nulla solidi aut partium mentione facta conueniantur: qui sensus est illorum verborum, *actione diuisa quidam post litem contestatam, &c.* apud Papinianum, in dicta leg. inter §. cum inter. Quamuis enim dici solet in iudicio quasi contrahi l. 3. §. idem scribit. De pecul. non solet tamen qui petit litemque contestatur, suam condicionem ex eo facere deteriorem. l. aliam 29. D. de nouat. Planè si ante litis contestationem facta sit diuisio, vt in dict. §. cum inter. hæc tunc nocebit secuta contestatio vt redintegrari petitio non possit, ratione illa optima, quod in iudiciis quasi contrahatur. Eaque sententia est, d. l. liberum. & d. §. cum inter. Illud vtique non improbo quod pragmatici suadent, vt protestetur creditor qui partem petit aut accipit nolle se actionem diuidere, vel ob hoc ipsum ne locus dubitationi relinquatur. Protestationis nimirum potestate quæ pristinum ius protestantis saluum tuetur. l. Nefennius 34. de negot. gest. l. 1. §. sciendum D. de tribut. act. l. pro herede 20. D. de acquir. hered. Id enim est quod

dici solet, ea quæ dubitationis tollendæ gratia ex abundantia adiiciuntur ius commune non lædere. l. quæ dubitationis 81. de regul. iur. l. qui mutuum. §. 6. D. mandat.

An confessio pactumue cedentis noceat cessionario ad l. 1. C. de oblig. & action. & l. cum maritus 29. §. vlt. D. de pact. dotal.

## CAP. II.



ES S I O N E citra delegationem facta certum est non liberari debitorem quominus à cedente creditore conueniri possit, l. pupilli 96. §. soror de solut. l. si cum emptore 16. D. de pact. l. 3. C. de nouat. Directis nimirum actionibus, quæ penes cedentem vel inuitum remanent, nec in cessionarium transferri vllomodo possunt. Ad eò nostris adhærent ossibus vt interpretes loquuntur. d. l. 3. l. si heres 70. D. ad S. C. Trebell. Inde fit vt cessus debitor cedenti soluere non prohibeatur si modò cessionem ignorauerit, l. nomen 4. C. qua res pign. oblig. poss. Ergo & de debito pacisci vel transigere cum cedente poterit vt agenti quocumque cessionario pacti exceptionem queat obicere. l. vlt. D. de transact. Sed si cessionem debitor scierit priusquam solueret aut pacisceretur, multiplici distinctione opus est. Primum enim refert valde, An datum sit nomen in solutum ex eaque causa cessæ actiones fuerint, An verò creditor creditori suo actiones quas aduersus proprium debitorem habebat solutionis tantum gratia mandauerit. Priore casu competunt cessionario actiones non solùm directæ ex persona cedentis, sed etiam vtilis ex propria. l. vltim. C. quand. fisc. vel priuat. debitor sui debitor conuen. poss. sicut & ei cui nomen venditum est, dicta leg. si cum emptore 16. D. de pact. l. emptor 5. C. de hered. vel action. vendit. aut legatum l. ex legato 18. C. de legat. ane pignori datum, l. si conuenierit 18. D. de pignor. act. l. nomen 4. C. qua res pignor. oblig. poss. Cui etiam is comparatur cui pignus nominis venditum est. Perinde namque vtilis actiones emptori huic competunt atque ipsi creditori cui nomen pignori datum fuerat, l. postquam 7. l. ex nominis 8. C. de hered. vel action. vendit. Idem est si debitoris nomen alicui in dotem datum sit, l. 2. C. de oblig. & act. Aut si cui pro alio soluenti mandata sint actiones in debitorem, ac postea mandator sine herede decesserit, de quo agitur, in l. 1. C. eod. Non tam quod emptoris loco hic habendus sit [ita enim fieret vt superstite quoque mandatore aut eius herede vtilis actiones habere deberet, quod tamen lex negat iis verbis, *qua si ita sunt*] quàm quia æquum non sit postextinctam sola iuris potestate directam actionem omni auxilio & remedio destitui eum qui non aliter soluturus fuerat, quàm si mandatas haberet actiones quicquid diligenter sibi prospexerat, arg. l. 3. D. de separat. In quo turpiter sanè lapsus est Cuiacius qui lib. 2. Obser. cap. 31. legem illam accipit de actione mandati competente aduersus mandatorem, Quasi sensus sit, mandatum quod in rem mandatarij factum est non finiri morte mandatoris ex leg. illa 33. C. de donat. tamen, inquit, mandator sine herede decesserit. Rogo enim, mortuo mandatore sine herede, contra quem potest competere vtilis illa quam lex dat, mandati actio? Est igitur omnino ea lex intelligenda de actione vtili contra debitorem ipsum danda pro quo soluerat mulier creditori, & in quem creditor ipse actiones mandauerat mulieri non vt essent precij loco, quemadmodum Cuiacius existimat,

sed ut lex ait, in vicem debiti, quod eo casu mulier quæ nomen emere poterat si voluisset, atque ita vtilis quoque actiones sibi comparare, maluerat directarum actionum cessione contenta esse quas habebat creditor, sine qua cessione nullam ei solutio actionem ex persona creditoris dedisset, *l. nullas. C. de solut.* Porro cum ex solo mandato directarum actionum non transferantur vtilis, fieri certè nequeat, ut ex ea cessione vtilis vlla actio mulieri competat, sed directa tantum siue agat viuo mandatore, siue post eum mortuum relicto herede. Nam ex persona heredis mandatoris perinde competere potest directa actio atque ex persona ipsius mandatoris, cum directæ quoque actiones sicut cætera defuncti iura omnia in heredem transeant. At si mandator sine herede decesserit eodem casu directa actio deficit & euanescit, nulla nimirum superest persona in qua possit consistere, *l. Stichum aut Pamphilum 95. ff. in princip. de solut. l. postquam 5. in princip. D. ut legat. nomin. caueat.* Ob idque nimirum ex æquitate danda necessarium est vtilis, quæ & alias competere solet quoties iuris ratio deficit quæ directam dare possit, vrgèturque æquitas quæ aliquam dari suadeat. Neque enim potest mandatarius directam exercere ex persona propria, sed agere illum necesse est ex persona alterius, qui potest nullus superest cum mandator sine herede decessit. Quare nec illud probabo quod ad eam legem Baldus tradidit, non aliud iuris fore si mandator eius heres aliquis in rerum quidem natura sit, sed absens ita ut cedere facile non possit, *ex l. penult. D. ad S. C. Trebell.* Tractamus enim casum illum quo mandata sit soluenti directa in debitorem actio, & quidem in ipso actu solutionis aut incontinenti, ne alioqui post solutionem nulla superfit actio quæ mandari queat, ut superiore libro disputauimus. Cum vero id factum est superuacua sit de cessione quæstio, nec quicquam causæ est cur creditoris præsentiam requiras. Nisi proponas fortasse factam solutionem nullis mandatis actionibus, sed tantum præcedente tractatu & pacto de iis mandandis [quod sufficit ut mandari quodcumque possint, *l. Modestinus 76. de solut.*] Subinde verò abiisse creditorem priusquam vllas mandaret, & ab eo tempore ita abuisse ut mandare nullas possit. Eo sanè casu Baldi sententiam non illibenter admitterem. Sed ad rem. Alia superioris distinctionis pars est, si quas actiones creditor aduersus debitorem habebat, eas alij suo creditori solutionis tantum gratia mandauerit. In qua specie dico nullas cessionario competere actiones vtilis, neque ex persona cedentis qui scilicet directas tantum habuit, cum quibus non possunt vtilis in eadem persona concurrere, *dist. l. i. C. de oblig. & act. dist. l. 3. C. de nouat. dist. l. vltim. §. quand. si sc. vel priuat.* [directæ siquidem cum sint pleniores & principales tollunt vtilis tanquam accessorias & minores, *argum. l. si reus 13. D. de duobus reis. l. si duo 93. D. de solut.*] Neque ex persona propria, quoniam actiones tantum mandare non etiam nomen ipsum in alium transferre cedens voluit, *dist. l. prim. iunct. l. secund. C. de oblig. & action.* Illud igitur superest ut directas solummodò, & quidem ex persona cedentis exercere possit. Ex superioribus autem infero, iis omnibus casibus quibus diximus vtilis actionem cessionario ex contractu competere, non esse permittendum debitori ut cum cedente paciscatur vel transigat, si cessionem sciuit, vnde cum tandem sciuerit, *dist. l. vlt. D. de transact.* Ne alioqui actionem alteri contra se com-

peten-

petentem facto suo perimere illi liceat, aut alterius conditionem facere deteriorem contra receptissimas iuris regulas, *l. si seruum su. §. nunc viderimus. de verbor. obligat. l. si par. em 19. §. 1. que in seruit. amitt. l. facta 63. §. si heres D. ad Senatusconsultum Trebell. l. Tuo centum 71. §. vltim. de condic. & demonstr. aliisque vulgaribus.* Vnus tantum casus excipiendus est si cessio facta sit in solius commodum cedentis. Tunc enim quodlibet cedentis factam nocere cessionario æquum est, quia nec quicquam cessionarij interest, ut Paulus Castrensis tractat ad dictum §. si heres. Non idem erit si cessio facta sit ad commodum cessionarij licet periculo cedentis. Aliquatenus enim cessionarij interest, tan et si soluendo sit qui cessit, ne alieno facto suum amittat debitorem. Obseruandum autem est, longè hæc diuersa esse, fieri cessionem ad alicuius commodum, & fieri eius periculo. Euenit enim plerumque ut cessio fiat commodo cedentis & periculo tamen cessionarij, & contra. Caue etiam ne te decipiat quod plerique iactitant ex Baldo, *ad rubr. C. de reuoc. sis qua in fraud. credit.* Non posse cedentem, in præiudicium debitoris cessi facere ne possit eum gratis liberare. Id enim omnino falsum est, ut constat *ex dicta l. 3. C. de nouat. & dicta leg. si cum empio 16. de pact. nisi ad eum casum restringatur, quo facta sit cessio non solum periculo cedentis, sed etiam ad eius solius vtilitatem.* Quod tamen nonnulli ut Baldum refellant, obiciunt, §. vltimo, l. cum maritus 29. De pact. dotal. vereor ne parum subtiliter faciant. Nam quod eo loco respondetur, maritum qui vxoris suæ fratri dotem stipulanti in casum illum si in matrimonio soror decederet, sponderat, non eò minùs teneri quòd ipsi marito quædam res mulier legauerat, non illam rationem habet quòd in illa specie donatum fuisset fratri inter viuos, ut putat Accursi. [Stipulatus enim fuerat frater in casum mortis] nec rursus, quòd non licuisset vxori ius fratris qui stipulatus fuerat ledere; sed quia vxor marito legauerat, atque ita non fratrem à quo nihil legare potuerat, sed heredem suum onerauerat. Certum enim est iure vetere, nec à legatario, nec à donatario mortis causa, nec ab ipso debitore, nec ab alio denique quàm ab herede legari potuisse, sed tantum fideicommissi, *leg. secund. in fin. Cod. commun. de legat. Tit. de singul. reb. per fideicommiss. relict. in princip.* Idque est quod ait dicto §. vltimo. *cum etiam heredes defunctæ tam legatariis quàm libertatibus obnoxie sint.* Ideoque si fideicommissi verbis vlti fuisset testatrix quæ fratrem stipulari donandi animo permiserat, valerent utique fideicommissum, quod à mortis causa donatario relictum esset, *l. Scia 11. De dot. preleg.* Quòd si mandante sorore frater stipulatus esset non quod ei donatum soror vellet, dicendum esset mandati actione sororis heredibus eum teneri & idcirco exceptione repellendum esse dicta leg. Scia. Et si enim dici solet non esse repellendum exceptione illum qui petit quod non ei à quo petit, sed alij restitutus est. *leg. si focer 44. §. Lucius D. solut. matrimon. cum tamen frater sit debitor mulieris ex causa mandati, potest à marito vltro etiam conueniri ex fideicommissio post epistolam Diui Pij, de qua in leg. si pecunia 77. de legat. prim. leg. cum quis 37. §. nuptura in fin. de legat. 3.* Illud sanè verum est quod notat Baldus, *ad leg. secund. C. de hered. action.* nec de dote mulierem testari posse quando alij applicata est dos vigore contractus, quem non reuocari eius interest cuius lucro cedere dos debeat. Enimvero ut ad distin-

tionem nostram reuertamur, si cessionario utilis actio ex contractu nulla competat, sed tantum directa quæ mandata fuit solutionis causa, magis est ut tam pactum quam confessio cedentis noceat cessionario, tamen si cessionem debitor sciuerit adeoque ab ipso cessionario. Nam cum non nisi ex cedentis persona possit cessionarius hoc casu experiri, consequens est, ut ex qua persona agit, eius factum præstet, *l. ex qua persona 149. de regul. iur.* Probatque hæc sententia manifestè ex dicta leg. 3. C. de nouat. quæ ait posse cedentem agere & debitum exigere quoad is cui solutionis gratia mandata sunt actiones, nec litem contestatus est, nec debitori denunciauit, nec debiti partem accepit. Quomodo enim perueniri potest ad litem contestationem, quin saltem per libelli oblationem & editionem aliâque præparatoria contestationis, debitor cessionem sciat à cessionario? Non igitur quælibet cessionis scientia, quamuis ab ipso cessionario causam habeat nocet cedenti, aut debitori cum cedente contrahere volenti, sed ea demum quæ per litem contestationem superuenit. Nempe quoniam contestationis effectus ille est, non solum ut scientiam inducat cessionis, sed etiam ut eo tempore cessionarius cum debitore contrahere videatur, *l. 3. §. idem scribit D. de pecul.* Idem erit effectus denunciationis, si cessionarius debitori denunciauerat ne creditori solueret. An et si partem debiti acceperit. Ita vulgò nostri sentiunt, idque innuere videtur textus d. l. 3. Sed aliud tamen probandum est, ut nos ad eam legem infra docerimus cap. 6. ne hic simus longiores.

*Solutionem factam cedenti etiam postquam debitor cessionem rescieuit, dummodo non ab ipso cessionario, prodesse indistinctè debitori ne à cessionario conueniri possit.*

## CAP. V.



Væ à nobis superiori capite allata probatâque est distinctio, An ex qua iusta causa cessum sit nomen debitoris ut cessionarius ex sua quoque persona utiles actiones habeat, an verò solutionis tantum gratia mandata sint actiones, ad eam quæstionem pertinet quam tractauimus. An confessio pactumve cedentis noceat cessionario. Sed hæc alia quæstio est, utrum solutio facta cedenti per debitorem postquam rescieuit cessionem, liberet debitorem faciâque ne à cessionario conueniri possit. Adde postquam rescieuit cessionem. Nam si ignorauerit, non habet res dubitationem quin ex solutione bona fide facta proprio creditori, consecutus sit plenam, securamque liberationem. Idque omnino consequens est ei quod diximus proximè, Possè fieri ut debitor sciuerit mandatas contra se à creditore suo actiones, adeoque id ipsum à mandatario sciuerit, neque tamen eò minus cum mandante pacisci possit aut transigere, sicut & ab eo conueniri, nisi quid aliud interuenerit ex iis quæ requiruntur, *in leg. 3. C. de nouat.* Multò igitur magis admittendum sit posse eum creditori suo soluere atque ita consequi liberationem, si manda-

tas ignorans actiones, aut nominis sui cessionem factam esse, bona fide soluerit. At cum rescieuit priusquam solueret, plena disputationis est quæstio, an debeat liberari: præsertim eo casu quo ex nominis cessione utilis actio quæ sita sit cessionario. Illa enim ratio contra debitorem urget maximè, quod ei imputari possit cur cessionem factam sciens alteri soluerit quam cessionario: Item quod neque cedentis cui soluitur, neque debitoris soluentis facto ius quæ situm cessionario auferri æquum sit, ut nos capite superiore disputauimus, hæc vna ratione defendentes nec pactum nec confessionem cedentis nocere debere cessionario, qui utilem ex cessione habuit actionem. Verius tamen esse putò ut siue nomen venditum vel in solutum datum, aut aliter translatum sit, siue mandata actiones, solutionis causa liberetur debitor, qui cedenti soluit etiam si cessionem sciuerit dummodo non ab ipso cessionario: idque esse quod scriptum est, *in l. nomen 4. C. quæ res pignori oblig. poss.* Si verba illa bene perpendas, nondum certior à te factus. Ratio duplex est, vna iuris, altera æquitatis. Iuris illa est, quod negari non possit quin etiam post cessionem remaneat creditor is qui cessit, scilicet penes quem directa subsistat actio, ex qua conuenire debitorum adhuc potest si cessio citra delegationem facta sit *l. pupilli 96. §. soror de solut. leg. si cum emptore 16. D. de pact. leg. si heres 70. D. ad Senatusconsultum Trebellian.* Cur non ergo solutio vero creditori facta liberabit debitorem? Aut quomodo fieri potest ut solutione tollatur directa actio, de quo nemo dubitat, quin utilis quoque perimatur? Tritum enim est solutione omnem omnino tolli obligationem. *Tit. quib. mod. tollit. oblig. Inst. l. in numerationibus 44. §. pass. de solut.* Aequitatis etiam ratio illa subest, quod quoad debitor cessionem nesciit ab ipso cessionario, licet aliunde sciuerit, ignorare probabiliter potest an futurum sit ut cessione uti cessionarius quandoque velit, qui necdum utitur. Neque verò hoc casu potest obiici quod nouatione aut confessione aut transactione facta euenire diximus, fieri iniuriam cessionario ex facto cedentis. Nam licet factum ipsius interueniat cum solutionem accipit, tamen factum tale est, quod etiam si non interueniret nihilominus acquiri posset debitori liberatio: cum ipso etiam cedente solutionem recusante perinde ob signatione ac solutione debitor liberaretur. *l. ob signatione 9. C. eod. de solut. l. acceptam 19. C. de sur. l. qui mutuam 56. §. fideiussor D. mandat.* Neque enim potest lex interdicerè debitori ne soluat ei qui directa actione manet obligatus, ob idque denunciatione aut alio hominis facto opus est ad elidendam hæc parte legis potestatem, *dist. l. 3. C. de nouat. l. heres 21. ad Senatusconsultum Trebell. l. aliud est 106. D. de solut.* ut in dolo constituatur debitor si ei, postea soluat quem potuit opposita doli exceptione summouere. *argum. l. si procurator 28. D. de procurat. l. si pecunia 77. de legat. 1.* Ex quo apparet quam facillè responderi possit si quis obiiciat, Etiam cum facta est denunciatio, adeoque secularis contestatio, manere tamen penes cedentem directas actiones, æque ac si nec denunciatio nec contestatio vlla facta esset. Quamquam enim ita est, fiunt tamen directæ illæ actiones inutiles & inefficaces propter acquisitâ debitori exceptionem doli aduersus cedentem, qui etiam post certioratâ à se debitorem de facta cessione nihilominus pergat debitum ab eo petere. Et dedè nec æquum est liberari debitorem qui cedenti mala fide soluit, ut cessionario noceret, cui si soluisset perinde liberationem consequi po-

tuisset. Feréque est ut nec vero creditori soluisse dicendus sit. Non enim verus creditor videri potest, qui si debitum petat, exceptione sum-  
moneri queat. Vnde illud quoque fit ut si solutionem acceperit non mi-  
nus indebiti conditione teneatur, quam si ipso iure indebitum fuisset  
quod solutum est. *l. qui exceptionem 40. D. de condit. indeb. cum similib.* Igi-  
tur melior est condicio debitoris cedentis soluenti, quam cum cedente  
transigentis. Vel in hoc saltem quod transigenti nocet si cessionem sciue-  
rit, vnde eumque tandem sciuerit quoties nomen venditum aut datum in  
solutum, aut aliter translatum est. *l. vlt. D. de transact.* Soluenti verò non no-  
cet quod cessionem sciuerit nisi ab ipso cessionario de ea certior factus sit.  
*d. l. nomen C. que res pignor. oblig. poss.* Simille quiddam est, in *l. Titio centum  
71. §. vlt. de condic. & demonst.* vbi imputatur mulieri dotis solutio facta viro,  
licet iure non sit soluendo cum ei quoque legata dos esset, non tamen im-  
putatur factum viri si is vitio suo causa ceciderit, sicut nec imputaretur  
meo iudicio si vir de dote transégisset. Distinctiones hinc nostri plerasque  
adferunt, sed omnes futes & inanes, ut ex sequentibus intelligitur.

*An & quibus casibus etiam post cessionem agere cedens possit, aut exce-  
ptione repellendus sit. Ex emendatio §. vlt. l. 27.*

*D. de procurat.*

CAP. III.



**V**LGARIIS est Bartoli distinctio ab interpretibus nostris  
crebriore, calculo comprobata ad *l. facta 63. §. si heres scriptus D.  
ad S. C. Trebell.* Vtrum cessio facta sit ad commodum periculo-  
que solius cedentis, an verò commo & periculo solius ces-  
sionarij. Ut priore casu solui etiam post cessionem cedenti  
possit, noceatque cessionario factum quodlibet cedentis, Posteriore non i-  
tem. Baldus verò ad *l. i. C. de obligat. & action.* hanc eandem quæstionem  
tractans rectè notat maneam esse & imperfectam Bartoli distinctionem,  
propterea quòd fieri possit cessio non tantum gratia & periculo cedentis, ut  
in *l. item si res §. Pedius, aliàs l. non solum D. de alienat. iudic. mut. caus. fact. aut so-  
lius cessionarij ut in d. §. si heres scriptus.* sed etiam interdum gratia vtriusque,  
puta, si conuenerit ut quod exiget creditor meus à meo debitore sibi in  
solutum imputet, ex qua causa constat huiusmodi cessiones ut plurimum  
fieri solere, *l. si conuenerit 20. D. de pign. act.* aut ut in dotem habeat, *l. si pater si-  
lia 44. §. que debitorum D. de iur. dot.* Quo casu quid sentiendum sit Bartolus  
non aperit: quamquam non obscure conici potest sic eum existimasse,  
ut quoties cessionarij commodum aut periculum versatur nihil in eius  
præiudicium facere cedens possit. Idem verò Baldus, distinguendos esse  
ait tres casus, quorum duo, inquit, sunt indubitabiles, tertius solus dubita-  
bilis. Indubitabilem illum esse si debitor cedenti soluerit, ignorans cessionem.  
Tunc enim omnimodo liberari, *l. vlt. D. de transact.* Item illum si solue-  
rit sciens cessionem, & iura directa quæ penes cedentem manserant sint e-  
lisa. Eo si quidem casu non liberari *arg. d. l. vlt. à contrario sensu.* Tertium dubi-  
tabilè hunc esse, si cum elisa non essent iura directa debitor soluerit  
sunt

sunt enim qui hoc casu existiment liberationem non contingere, post *glos.  
in d. l. vlt.* Alij contra, secuti *gloss. in l. nomen 4. C. que res pignor. oblig. poss.* quæ  
vult non aliter impediri liberationem, quàm si aut litis contestatio aut ces-  
sionarij denunciatio, aut debiti siue in totum siue pro parte perceptio se-  
cuta sit, *ex l. 3. C. de nouat.* Vtra autem opinio verior sit Baldus non aperit.  
Adeò sibi visus est parùm hoc scire, qui dicitur nihil ignorasse. Ego verò ut  
Bartoli distinctione probare non possim ex eo moueor, quòd etià cum facta  
est cessio ad commodum solius cessionarij eiusque periculo, directæ tamen  
actiones non eò minùs remanent penes cedentem, *d. l. vlt. D. de transact. l. si  
cum emptore 16. de pact. l. vlt. C. quand. fisc. vel priuat. l. pupilli 96. §. vxor de solut.  
ob idque ex cedentis quoque persona agere cessionarius potest, d. l. vltim. l.  
postquam l. emptor C. de hered. vel act. vendit.* Quidni ergo ei solui poterit, nisi  
ab ipso cessionario debitor sciuerit factam esse cessionem? ut proximo capi-  
te disputauimus. Nec enim repelli potest cedens quasi sine actione experi-  
riatur, *l. si pupilli 6. §. videamus de negot. gest.* quando quidem, ut prædixi, dire-  
ctam habet, eamque talem quæ non solum stricto iure competat, sed ita etiam  
ut nulla exceptione possit excludi: præterquam vno ille casu si cum  
cessionario pactus sit debitor priu' quàm cedens directam exerceret. Tunc  
enim submouendus est cedens exceptione doli si debitorem priuare velit  
commodo pacti cum eo initi, cui ab ipso cedente ius paciscendi, adeoque  
debiti exigendi datum est, *d. l. si cum emptore.* Quæ cum ait posse venditorem  
repelli exceptione doli, ob pactum per debitorem conuentum cum empto-  
re hereditatis, hoc ipso probat euidenter. Nullo igitur pacto intercedente  
non ex eo solo repelli posse venditorem si agat quòd iura sua in emptorem  
transulerit, quamuis emptor habeat ex propria persona vtilem actionem.  
Alioqui & citra pactum doli exceptio prodesset aut actio denegaretur, *arg.  
l. sed si tantum 13. D. de pact. l. sicut 8. §. si procurator D. quib. mod. pign. vel hypoth.  
soluit.* Nec dici potest quod quidam tentant ea ratione id fieri quòd vendi-  
tæ hereditatis periculum aliquo modo spectet ad venditorem, ideò, in-  
quunt, quòd teneatur docere se heredem, adeoque interdum de euictione  
rerum singularum, secundum Accurs. in *l. i. verb. in singulis C. de euict. & in l.  
2. in princip. in verb. de euictione D. de hered. vel act. vendit.* Nam imò verò si  
qua alienatio vsquam sit periculo & commo incommo dōne acquirentis,  
ea sanè est quæ fit per hereditatis venditionem, nisi venditoris dolus ali-  
quis arguatur, *d. l. i. C. de euict. d. l. 2. & pass. de hered. vel act. vendit. D. & c.* In  
eoque iam olim Baldus errauit, ad *d. l. i. C. de oblig. & action.* à Castrensi ine-  
ritò notatus ad *d. §. si heres scriptus d. l. facta 63. D. ad S. C. Trebell.* vbi paulò  
ante finem scribit ille, Vendita hereditate cessisque ex ea causa actionibus  
censeri factam cessionem in commodum, non vtriusque ut Baldus putabat,  
sed solius emptoris, ut pote penes quem res ipsa vendita remaneat, quam-  
uis & precium ad venditorem perueniat & mutua ex contractu obligatio  
nascatur. Minùs verò ad rem facit: *l. in cause 27. §. vlt. & l. seq. D. de procurat.*  
quibus locis mouetur Bartolus, & quotquot Bartoli distinctionem sequun-  
tur. Tractant enim de actione directa ab initio quæ sita procuratori tan-  
quam procuratori, hoc est alienum negotium gerenti: Quam vel hoc ipso  
minùs efficacem esse necesse est, quòd procurator ea cedere cogitur iudi-  
cio mandati, *l. possessio 49. §. vlt. D. de acquir. poss.* Item quòd & citra cessionem  
competit interdum domino ex facto procuratoris vtilis actio, ut puta

si fuerit præsens, *l. si procuratori* 79. *de verb. oblig.* & si ex re domini stipulatus sit procurator mandato non refragante, *l. quod procurator* 68. *D. de procurat.* Vtrumque enim coniunctim requirit Cuiacius ad d. l. 79. [verène an non alio loco videbimus. Rursum in omnibus Prætoriiis stipulationibus, causa tamen cognita, *l. in omnibus* 5. *de prætor. stipulat.* de quibus nimirum tractatur in d. §. vlt. l. 27. & l. 28. *de procur.* Ac proinde minùs incauti sunt, ne dicam ridiculi, qui scribunt competere iis locis vtilem actionem domino ex cessione, *arg. d. l. 49. §. vlt. de acquir. poss.* Quasi vero fieri possit vt vtilis actio cedatur à procuratore qui non nisi directam habet. Quinimo supradictis locis scriptum est dandam domino vtilem actionem etiam inuito procuratore, adeòq; quod magis mirandum sit, directam quæ ipsi procuratori competit penitus tollendam. Quamquam si quis dixerit Triboniani esse non tu reconulti verba illa *directa penitus tollenda*, adeòq; penitus tollenda, is meo iudicio, id quod est dixerit. Nam vt taceam quod aliàs à me obseruatù me mini istorum ablatiuorum absolutorù vsum Triboniano magis quam prudentibus nostris familiarem esse, quæro quomodo fieri possit vt directa illa actio quæ procuratori haud dubiè fuit quæ sita tollatur penitus, si verù est quod ait, *d. l. 49. §. vlt. de acquir. poss.* cedi eam à procuratore debere? An cedi poterit quæ aut sublata iam sit, aut tollenda? Deinde an non illud quoque omnino repugnat quod scriptum est in d. l. 28. posse procuratorem agere inuito domino summo iure, ob idque necessariam esse ad eum repellendum doli exceptionem: Qua enim ratione liceat procuratori agere qui directam taxat actionem habuit, si directa illa penitus tollenda est? aut cur necessaria sit exceptio ad elidendam actionem quæ iam sit sublata? Aliud si quidem est actionem elidi, aliud tolli. Eliditur enim illa demùm, quæ competit & subsistit. Denique nec fieri potest vt semel nata actio vnquam tollatur, nisi iis modis quibus obligationes iure tolli posse placuit, cù dicatur velut infixa ossibus, vt nostri loquuntur, *ex l. quis ergo* 16 *D. de pecul. l. 3. D. pro socio.* Sed quoniam directæ illius actionis quæ procuratori competit totum commodum peruenire ad dominum necesse est, vt effectu ipso solius domini actio esse videatur, parùm fuit Triboniano iniuriam Iureconsulto iurisq; rationi facere, dummodò non faceret procuratori, vt vt sit non probat textus, *d. l. 28. de procurat.* eum qui post cessionem agat repelli posse exceptione cessionis à se factæ. Ibi enim procurator repellitur etiam citra cessionem. Repellitur autem non solùm si agat inuito domino vt malè quidam suppleunt, sed etsi eo ignorante, omni denique casu præterquam si domino consentiente: Nempe quòd nec in rem suam datus, nec ad eam rem procurator factus sit, sed tantùm ad stipulandum. Quod Vlpianus probat eius quoque procuratoris exemplo qui agit iudicati. Nam & hic exceptione repellendus est. At longè alia ratio creditoris cedentis actionem directam quam sibi ab initio quæ sitam habuit. Hic enim eandem sibi nihilominùs actionem retinet, cùm ex eius quoque persona possit cessionarius ipse agere, eamque proponere potest vel inuito cessionario: dummodò nondum cessionarius ipse debitorem de facta cessione fecerit certtorem. Sufficit namque scientia illa ad cedentem summouendum, *d. l. nomen*, tametsi nec litis contestatio, nec denunciatio non soluendi, nec denique partis debiti perceptio subsecuta sit vt infra docebimus, cùm nouam interpretationem

l. 3. C.

l. 3. C. de nouat. quæ ob stare videtur adferemus. Non idem erit si ab alio quam ab ipso cessionario scientiam cessionis habuerit debitor. Nec enim idcirco prohibebitur cedenti soluere, pacisci tamen aut transigere, vt supra diximus, prohibebitur, *d. l. si cum emptore* 16. *de pact. l. uncl. d. l. vlt. de transact.* Ita fiet vt in debitoris arbitrio futurum sit vtri velit soluere, cedenti ne an cessionario, non etiam cum vtro pacisci velit aut transigere. Planè si cum cedente in agendo concurrat cessionarius non est dubitandum quin cessionarius præferatur. Et hoc nimirum est quod Paulus scribit in *l. si conuenerit* 18. *de pignor. act.* Si conuenerit vt nomen debitoris mei tibi sit pignori, ita tuendam esse à Prætorè conventionem vt & te in exigenda pecunia, & debitorem aduersus me tueatur si cum eo experiar, eodem scilicet tempore quo tu ab eo pecuniam exigis. Alioqui constat nomine pignori dato posse creditorem qui dedit & exigere solutionem, & multò magis accipere quandiu debitor, cuius nomen pignori datum fuit, certior factus non est à creditore sui creditoris de huiusmodi pignoris obligatione, *d. l. nomen* 4. C. *quæ res pignor. oblig. poss.* Quò etiam pertinet quod Vlpian. scribit, in *d. l. 28. & l. procuratores* 55. *de procurat.* Procuratori in rem suam dato præferendum non esse dominum in litem mouendam, vel pecuniam accipiendam. Qui enim, inquit, suo nomine vtilis actiones habet ritè eas intendit, nec propria lite carere debet, *l. quæ omnia* 25. *versicul. planè si dicat eod. l. si se non obtulit* 4. *de re iudic. l. 1. §. in propria causa D. quand. appell. sit.* Quin et si is qui directas tantùm actiones habebat egerit & obtinuerit, tùm in executione iudicati concurrat is qui habet vtilis, hic præferetur, vt nostri tractant *ad d. l. 3. C. de nouat.* Sic & olim concurrentibus dominis bonitatio, vt veteres dicebant, & Quiritiario, potior erat bonitarij quam Quiritarij domini causa, vt Vlpian. docet in fragm. Instit. Obiicitur postremo loco pro Bartoli sententia quòd scriptum est, *in l. iura tamen* 27. §. *qui ex Trebelliano D. ad Senatusconsultum Trebellianum.* repelli posse heredem exceptione restitutæ hereditatis, si post restitutionem à te ex Trebelliano factam agat contra debitorem hereditarium. Sed respondendum est aliam rationem esse venditæ hereditatis, aliam restitutæ: quoniam quòd ad fideicommissariæ hereditatis restitutionem attinet, Senatusconsulti autoritate specialiter prouisum est & heredis indemnitati ne adeundæ hereditatis periculo deterritus adire recusaret, & fideicommissarij utilitati, vt cuius periculo adiretur hereditas solus is actiones hereditarias vtiliter exercere possit, *l. prim. §. primo & §. quamquam* *l. uncl. l. 4. eodem titulo.* At hereditate vendita aliterue facta cessione licet in commodum solius cessionarij nulla lege prouisum est ne liceat cedenti etiam post cessionem agere contra debitorem, quia nec fuit necesse, cùm iis qui contraxerunt indemnitas ex ipso contractu salua esse possit, aut si minùs, imputare sibi debeant cur meliùs sibi non prospexerint. Indèque illud etiam fieri videtur, vt restitutæ hereditatis exceptio sicut heredi nocet si agat, ita eidem profit si à debitoribus hereditariis conueniatur, *disto §. qui ex Trebelliano.* Exceptio autem venditæ hereditatis non profit venditori si à creditoribus hereditariis vrgeatur, *l. 2. C. de hered. vel action. vendit.* Nò enim nisi volens emptor iis respondere cogitur, tametsi ex natura contractus venditorem indemnè seruare teneatur, *l. 2. C. de pact.* Concludamus igitur contra Bartolù aliã causã esse fideicommissarij, aliã cessionarij cuiuslibet

etiam cuius solius commodo & periculo cessio facta sit, nec vlla exceptione repellere cedentem posse si aduersus debitorem agat, nisi cessionarius aut cum debitore pactus fuerit, *d. l. si cum emptore*, aut debitorem de suo iure certiorauerit, *d. l. 4. C. quæ res pignor.* quo vno casu tres illi continentur de quibus in *d. l. 3. C. de nouat.* Idemque prorsus iuris est si cessio in vtriusque tam cedentis quam cessionarij gratiam facta proponatur. Sed si ad commo dum periculoque solius cedentis facta sit, quod contingit quoties quicquid exigitur in cedentis vertitur vtilitate, *d. l. 1. §. in propria causa D. quando appell. sit.* minor quidem dubitatio est quin cedenti soluere debitor possit, etiam si cessionem sciuerit ab ipso cessionario cuius scilicet nihil interest. Sed quæstionis esse potest si malit soluere cessionario à quo certioratus est, cedentiq. obicere exceptionem doli, an audiendus sit, maximè verò si pactum cum cessionario fecerit. Verius tamen est non posse prohiberi cedentem cuius commodo & periculo cessio facta est quominus iure suo utatur, nec si cessionarius quoque contradicat, cuius etiam nil interest. Sed si pactum inter debitorem & cessionarium interuenerit, quoniam vtriusque iam interesse incipit vt pactum quod bona fide conuentum est seruetur, non putato dubitandum quin vtilis futura sit debitori contra cedentem doli exceptio. Eadem enim hinc militat ratio qua *Vlp. mouetur in d. l. si cum emptore*, illis verbis, *ex quo rescriptum est à Diuo Pio vtilis actiones emptori hereditatis dandas.* Non adfert rationem illam quòd cessio facta per venditionem hereditatis solius emptoris commodo & periculo cederet, sed quòd ex rescripto Diui Pij emptor vtilis actiones haberet. Atqui fieri facile potest, vt actiones vtilis emptor habeat, nec tamen eius periculo facta venditio sit, vt puta si conuenerit vt nominum hereditariorum rerumque singularium periculum spectet ad venditorem. Eiusmodi namque conuentionem valere seruandamque esse certum est, neque tamen minus competituras emptori vtilis actiones. Ergo nocebit omnimodo cedenti pactum in initum cum cessionario, si modò vtilis ex sua persona actiones cessionarius habuerit.

*Reprobantur alia nostrorum distinctiones & interpretationes ad §. si heres scriptus, l. facta 63. D. ad S. C. Trebell. & ad §. quòd si is l. 4. de dol. mal. except.*

## CAP. V.

**S**IC euerfa Bartoli distinctione, illa quoque nobis explodenda est quam Paulus Castrensis tradidit ad *d. §. si heres scriptus*, An sponte cessio facta sit, an ex necessitate, vt si sponte obtineant ea quæ supra diximus: sin ex necessitate nihil prorsus iuris penes cedentem remaneat. Etenim si ex Trebelliano restituatur hereditas habet quidem cessio causam necessariam, *d. l. 1. §. 1. & d. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano ad S. C. Trebell.* Sed nihilominus directæ actiones penes cedentem manent, eæque interdum efficaces, *l. si heres 70. in princip. eod. tit.* vbi Pomponius scribit, si heres institutus rogatus fuerit hereditatem Titio restituere, & rursus heredi Titius post tempus, sufficere heredi directas actiones, nec vlla retrocessione opus esse. Non igitur

igitur absolutè verum est quod Castrensis affirmat, Per cessionem ex necessitate factam elidi prorsus & inutilia fieri iura omnia quæ erant penes cedentem. Idem probatur ex *d. §. qui ex Trebelliano*, vbi scriptum est eum qui ex Trebelliano hereditatem iam restituit, & petere posse & conueniri, sed exceptione restitutæ hereditatis aut adiuuari aut submoueri. Adde quod & contingere potest vt aduersus heredem agentem post restitutam hereditatem, non sit locus exceptioni, veluti si res urgeat, & metuendum sit ne fortè per absentiam fideicommissarij dies actionis exeat, *l. cum hereditas 49. eod.* Directæ ergo actiones durat etiam post restitutionem, eæque ad agendum efficaces, licet non semper ad exigendum. Nec est contrarium quod in *d. §. si heres scriptus*, Caius respondit, restituta per her heredem scriptum hereditate si postea hereditatis controuersiam passus ille motusq. sit aut lite cesserit, durare tamen actiones in fideicommissarium semel translatas. Habet enim id duplicem rationem, vnam quòd post hereditatis restitutionem fideicommissarius in omnibus & per omnia heredis loco habeatur, vt proinde aduersus eum non aduersus heredem ipsam exerceri lis debuerit, *d. l. 1. & pass. eod. tit. §. restituere. Instit. de fideic. heredit.* Alteram, quam nec Castrensis ipse ignorauit, quòd cum ea restitutio fiat ex necessitate, actus voluntarij etiam si præcederent restitutionem, puta confessio aut collusio heredis, non deberent nocere fideicommissario, cui tamen noceant si subsequens illa translatio & alienatio quæ fit per restitutionem esset voluntaria, *l. si superatus 3. §. vlt. D. de pignor. iunct. l. Præses 5. C. eod.* Hinc dicimus quod & ibidem Castrensis tractat sententiam quæ antè restitutionem lata sit aduersus heredem colludentem non nocere fideicommissario: Nocere autem si collusio nulla probetur, *arg. d. l. cum hereditas.* Quoniam collusio heredis actus voluntarius est, sententia verò actus necessarius, cum reddatur etiam in inuitum, *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Sicut & restitutio hereditatis fit ex necessitate propter voluntatem defuncti & auctoritatem Senatusconsulti, cum tamen si cum actore collusisset atque ita succubisset, is qui hereditatem ad se reuera pertinentem postea vendidisset, noceret haud dubiè collusio illa emptori, quoniam & actus esset voluntarius & voluntaria quoque venditio quæ sequeretur. Non igitur iuuat locus ille Castrensis distinctionem. Quam & ex iis refellere licet quæ nos proximè de procuratore diximus. Procurator enim qui actionem sibi alieno nomine madatam cedere cogitur, ac proinde ex mandati necessitate transferre, *l. possessio 49. §. vlt. de acquir. poss.* tamen si postponatur domino cui etiam citra cessionem vtilis actio competit, *l. in causa 27. §. vlt. cum l. seq. de procurat.* directam tamen actionem retinet, adeoque ex ea agere potest vel inuito domino, vt ob eam causam doli exceptio ad eum repellendum necessaria sit, *d. l. 28. eod.* Illud sanè constat si facta cessio sit ab eo qui non nisi vtilis habebat actiones nihil posse cedentem facere in præiudicium cessionarij, quippe cum hoc casu nihil prorsus iuris cedens in re cessa habeat, quod & Bartol tractat, *in l. ex asse 28. D. ad S. C. Trebell. ex l. 1. §. de illo D. eod. l. penult. in fin. C. eod.* Exemplo eius quod dici solet si emphyteuta qui vtile duntaxat dominium habebat alij emphyteusim constituerit, nihil omnino iuris penes eum remanere, notatur in *l. vlt. C. de iur. emphyt.* At nec illa rursus distinctio probabilis est, quam tamen magis communiter probatam esse probandamque ait Molineus ad *Alex. consil. 46. 2. dub. vol. 5.* An aduersus

tori nudo mandata sint actiones ad exigendam à debitore pecuniam creditoris nomine, an verò creditori mandatoris exactam alieno nomine pecuniam sibi ipsi soluat. Vtroque enim casu potest mandatorius directam actionem exercere ex persona mandantis, neutro vtilem ex propria, quia nec habet. Quis namque dicat ob id solum quòd directam actio mandata sit competere vtilem? aut mandari etiam vtilem posse ab eo qui cum directam habeat, hoc ipso vtilem habere non potest? Nam vt alio loco monuimus, non potest vtilis cum directam concurrere in vna eademque persona, vt potest quæ nec sit necessaria, nec paris dignitatis, *l. si reus 13. de duob. reis. l. si duo 93. de solu.* Sed hoc ego contendo, multum interesse an mandata sint actiones solutionis gratia, an verò cessum sit, aut quod idem est, datum nomen in solutum. Hoc enim posteriore casu actiones vtilis ex cessione competunt, *d. l. vlt. C. quand. fisco. vel primat.* idque ipso iure ita vt speciali cessione opus non sit, quæ nec prodesset ad transferendas vtilis actiones quas cedens ipse non haberet, qui directas tantum habet vt diximus, quam ob causam necessarium fuit rescriptum Diui Pij ad inducendum vt haberet cessionarius ex persona propria quod ex persona cedentis habere non poterat, *l. si cum emptore 16. D. de pact.* Priore verò casu fieri nequit, vt ex mandato directarum vtilis competant, sed directæ tantum: quæ cum sint mandata, competunt proculdubio vi & potestate solius mandati, nec nouæ cessioni locus vllus relinquitur, *l. si procuratorem 8. in fin. l. heredem 14. D. mandat. l. emptori 6. l. qui filij familias 14. l. venditor 23. de hered. vel action. vendit.* Quod non satis obseruatum est à Baldo ad *l. i. C. de oblig. & action.* vbi post alios disputat, an vtilis actio transeat sine cessione, an verò specialis cessio necessaria sit: de quo item Castrensis dubitat post Accursium *l. ex legato C. de lega.* In eoque tam imperitè tot tantisque viros errasse tantò magis miror, quod video non ignorasse illos, Aliud esse mandare actionem, longè aliud, nomen cedere. sic enim Cinus, Baldus & alij docent post *glos. ad l. i. in verb. mandata C. de oblig. & action.* Illa igitur Imperatoris Alexandri quæ & nostra sententia est, si creditor actiones suas duntaxat mandauerit procuratori siue nudo, siue in rem suam constituto, nulla tamen nominis cessione facta, non esse prohibendum creditorem eundemque mandatorem quominus easdem actiones quas mandauit exercent: quia cum sint directæ non potuerunt ita transferri ex causa mandati vt non in mandantis persona perpetuò remanserint, *l. quis ergo 16. D. de pecul. l. 3. D. pro socio.* neque vero id actum est à creditore cum eas procuratori mandauit vt illas amitteret, sed potius vt earum fructum & emolumentum facilius consequeretur, procuratore nihil nisi ministerium exhibente, & ex ipsius mandantis persona agente, siue solius mandantis, siue ipsius quoque mandatarij gratia mandata actiones proponantur, id est siue nudus procurator sit is cui mandata fuerunt, siue in rem suam constitutus. Sed hoc ita tamen si neque dum litem contestatus sit procurator, neque denunciauerit debitori ne mandatori solueret, neque debiti partem acceperit. Nam si quid horum factum sit, non est permittendum creditori vt debitorem vrgeat, & ab eo debitum exigat, ne alioqui eueniat vt ex mandatoris facto hæcenus deterior fiat condicio debitoris, vt vel litis, vel pecuniæ iacturam possit incurrere, si qui vnus tantum debitoris debitor fuit duobus aduersariis respondere compellatur. At si debitor non tantum actiones mandauerit, verum etiam nomen ipsum debitoris ven-

toris vendiderit, aut in solutum dederit, difficilius ei permittitur vt debitorem exigat, quamuis necdum cessionarius litem contestatus sit, nec debitori denunciauerit ne solueret, nec debiti partem vllam perceperit, quia licet æquè directas penes se habeat actiones, minus tamen sunt efficaces ad exigendum debitum propterea quòd vtilis habet cessionarius ex sua persona. ob idque ad inhibendam cedentis persecutionem, sufficit vt debitor probet scire se à cessionario factam illi ab actore cessionem: quandoquidem si posteaquàm id rescit solueret proprio creditori quem potest doli exceptione summouere, non liberaretur, vt supra diximus, *cap. 2. C. ex d. l. nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poss.* Quod si nondum sciuerit ab ipso cessionario, licet aliunde sciat, quemadmodum si cedenti solueret liberaretur, ita si à cedente conueniatur nullam habere potest exceptionem ex persona & iure cessionarij, quia ius illud tertij est, nec exclusiuum iuris agentis, vt & Baldus fatetur, *in l. si pater C. mandat.* licet aliis plerisque locis sibi parum constans aliter atque aliter distinguat. Non addo hæc exceptionem illam quam probaui in superioribus nisi debitor pactus sit cum cessionario priusquam à cedente conueniatur. Neque enim fieri potest vt paciscatur cum cessionario quin ab eo ipso resciat cessionem. Itaque exceptio illa sufficit, nisi cessionarius de viore de sibi facta cessione certiorauerit, vt non illi solum casus comprehendantur, de quibus in *d. l. 3.* sed alij quoque omnes in quibus succurrendum sit & debitori & cessionario. Cum aliis plerisque modis possit contingere vt de cessione debitor factus sit certior ab ipso cessionario. Alius nec leuior nostrorum error est quòd putant soluta mandataria parte debiti perinde extinctum esse ius mandatoris vt nihil amplius à debitore possit exigere acti mandataris litem contestatus esset, aut debitori denunciauerit ne mandatori quicquam solueret, quasi hoc ipsum disertè expressum sit in *d. l. 3. C. de nouat.* vbi tamen nihil aliud constituitur quod ad hanc rem pertinet, nisi vt si is cui mandata actio est, partem debiti perceperit, non liceat pristino creditori eique mandatori debitam quantitatem petere scilicet integram. Relato nimirum debiti verbo ad tempus mandati, vt ea quantitas significetur quæ mandati tempore debebatur. Quod ius habet summam æquitatem adeoque rationem, quia per solutionem mandataria factam parta sit debitori liberatio, *l. vero procurator 12. D. de solu.* Cæterum quemadmodum ex ea solutione non nisi pro qua parte solutum est contingere liberatio potuit, ita nec ratio vlla est propter quam creditor qui actiones mandauerat residuum exigere possit, si neque dum litem contestatus sit procurator, neque debitori denunciauerit ne solueret. Idque est quod ait, *l. non abstulit 4. C. de nouat.* Eum cui mandata erat actio ad exigendam pecuniam si partem debiti acceperit, non idcirco posse debitorem pro reliquo liberare aut mandatori auferre facultatem residui exigendi, qui tamen vti que vel inuito mandatore posset reliquum exigere, si litem contestatus esset, aut si debitori denunciauerit ne mandatori solueret *d. l. 3.* Plus igitur potest litis contestatio aut denunciatio quam partis debiti perceptio, quoniam litis contestatio itémque denunciatio sicuti totum ius debiti respiciunt, ita mandatori in totum nocent, Partis debiti perceptio non itè, quia nec totum debitum afficit, sed eam tantum partem quæ soluta est. Planè si non mandata actio, sed nomen ipsum cessum proponatur, admittam facillè sufficere partis debiti solutionem ad hoc vt si residuum petat, cedens repel-

latur exceptione doli. Nempe quoniam eo casu de illo tantum querendum est, an debitor cessionem sciuerit ab ipso cessionario. Fieri autem nequeat ut nesciuerit, qui debiti partem ipsi cessionario persoluit. Non enim quod plus minusue soluerit, facere potest ut cessionem magis minusue sciuerit. Ex his apparet quam ridiculi sint, qui ad illos tres casus quos Alex. Imp. enumerat in d.l.3. quartum addunt, quo cedens nec agere possit nec exigere: si, inquit, in instrumento cessionis apposita sint verba illa quae hodie ex notariorum stylo passim apponuntur, *ponendo & substituendo cessionarium in locum suum*. Nam praeter id quod clausula illa facere non potest quin directae actiones maneant penes cedentem, qua sola ratione mouetur Imp. in d.l.3. frustra de cesso nomine dispuces in interpretatione illius legis quae non nisi de mandata actione loquitur, ut diximus. Sanè cum delegatio interuenit, nemo dubitat quin à pristino creditore debitor liberetur & consequenter directae actiones nullae super sint penes delegantem, ut diserè scriptum est in d.l.3. Restat vnum hoc addendum & obseruandum. Possit fieri ut etiam si vtilem actionem cessionarius habeat ex persona propria post rescriptum Diui Pij, eius tamen intersit directam potius habere, cum aliquando eueniat ut directa alium maioremque effectum habeat in ea sedem patiatur exceptiones, *l. minor 39. §. 1. D. de euid. Castrens. ad l. qui stipendia num. 4. C. de procurat.* Hoc verò cum accidit datur actio cessionario aduersus cedentem ad hoc ut directas illas mandet actiones, neque vlla exceptione repellitur, quasi eius nihil intersit ob id quod vtilis iam habeat. Verum enim est ipsius interesse.

*Cessi nominis periculum an ad cedentem spectet an ad cessionarium, ad §. soror l. pupilli 96. D. de solut.*

## CAP. VII.

**S** T hęc quaestio superioribus consequens, Vtrum cessi nominis periculum ad cedentem spectet an ad cessionarium. In qua vulgò nostri distinguunt periculum praesens ut illi vocant à futuro, id est, an cessus debitor iam tunc cum cedebatur adeò inops esset ut ab eo exigi debitum non posset, an verò post cessionem inopia superuenit. Nam cum inopia superuenit nemo dubitat quin cessionarij sit periculum, *ex l. pupilli 96. §. soror D. de solut.* quem locum ita Bart. ibidem explicat, *& ad l. Mania 49. D. solut. matrim.* Cum verò iam ipso cessionis tempore minus idoneus erat debitor, subdistingunt, An nomen simpliciter cessum sit an aestimatum, ut puta pro legato aut debito certae quantitatis. Si simpliciter cessum sit siue in solutum siue solutionis exigendae gratia, magis probatur ut periculum sit cedentis, hoc est, ut si cessionarius vel nihil vel minus à debitore cesso exegerit: totum id cedentis damno sit *ex l. si conuenerit 18. D. de pignor. act. l. nomen 4. C. quae res pignor. oblig. poss.* Si verò aestimatum, placet periculum non minus praesens quam futurum ad cessionarium pertinere, *ex d. §. soror.* Quem Imola. Alexand. Castrens. & alij plerique non de futuro periculo intelligunt quomodo Bartolus, sed de praesenti, at eo tamen casu quo nomen aestimatum propona-

ponatur, hoc etiam addito, Nihil hac parte interesse an debitorem cessum inopem sciuerit cessionarius, an ignorauerit. Ego contra indistinctè verius arbitror cessi nominis periculum omni casu ad cessionarium pertinere, dummodò cedentis nec doli, nec culpa vlla interuenit: *ex d. §. soror.* qui locus de inope debitore generaliter loquitur, non adhibita ea distinctione an inopia illa post cessionem superuenit necne: nec illa rursus, An simpliciter cessum sit nomen, an aestimatum. Idem probat. *l. si nomen 4. cum l. seq. D. de hered. vel action. vendit.* vbi scriptum est, quod rationis loco esse potest. Eum qui nomen cessit ex causa venditionis [idem verò est si ex alia causa quae libet praeterquam dotis, ut sequenti capite dicemus] ad hoc solum teneri ut praestet verum debitorem & sine exceptione, non etiam ut praestet locupletem. Quod & scriptum est, *in l. si plus vel minus 74. §. ult. D. de euid. l. apud Celsum 4. quod si is. D. de dol. excepti.* Neque verò vlla lex aut iuris ratio est quae repugnet. Nam qui obiciunt, *l. si conuenerit 18. D. de pignor. act. & l. nomen 4. C. quae res pignor.* ut probent, praesens periculum nominis simpliciter cessi ad cedentem spectare, faciunt sane parum subtiliter, cum nihil adferant ex quo possit conici textus illos loqui de inope debitore, & consequenter de periculo nominis. Neque rursus contrarium est quod dici solet, non idem esse actionem cedere & soluere, *ut Accurs. notat ad l. legauit 25. de liber. legat.* Id enim ad pertinet, ut qui nomen cedit non idcirco soluere videatur, ob idque nec liberetur *dict. l. pupilli 96. §. soror de solut.* Nempe quia rem cessam non facit plenè accipientis: Directam siquidem actionem vel inuitis penes se retinet ut superiore capite diximus, *ex leg. si cum emptore 16. D. de pact. l. ultim. D. de transact. l. ultim. C. quand. fise. vel privat. debit. sui debit. conuen. poss.* iuris autem regula est solutione eius quod debetur ita demùm liberationem contingere si id quod soluitur fiat pleno iure accipientis, *leg. Neratium 63. de condict. indebit.* Sed aliud longè est, non liberari cedentem, aliud verò cessi nominis periculo vrgeri: ut apertè Papinianus respondit in dict. §. soror, in cuius specie negat liberatum esse debitorem, quoniam delegatio non interuenit, nec eò minus tamen periculum cessi nominis ad cessionarium pertinere respondet. Sic dicimus rei venditae periculum statim atque nudo consensu perfecta venditio est ad emptorem pertinere, *§. cum autem Instit. de empion. & vendit. leg. prim. C. de peric. & commod. rei vendit.* cum similibus, quamuis non nisi secuta traditio adeòque soluto precio aut habita de eo fide dominium nanciscatur *§. vendita Instit. de rer. diuis. l. quod vendidi 19. de contrahen. empt.* Nimitum quia in ipsius potestate est nancisci dominium rei cum volet, ut contra Cuiacium disputauimus lib. 2. cap. 4. Sicut & in cessionarij potestate est, non solum, ut debitum exigat vel litem contestetur, vel debitori denunciaret ne soluat, sed ut saltem certior debitor de facta sibi cessione: quod vnum sufficere probauimus in superioribus ad hoc ut inutilis & inefficax fiat directa illa actio, quae penes cedentem remanserat. Illa sanè distinctio perpetuò necessaria est quam nostri non obseruarunt, An cessio nominis facta sit, an verò mandatae duntaxat actiones. Hoc enim casu licet in rem cessionarij mandatae proponantur, periculo tamen cedentis esse debent siue nihil omnino siue minus exigatur, dummodò procuratoris in rem suam constituti culpa nulla arguatur: id est dum non fuerit ille negligens in exigendo debito



postquam litem contestatus est, aut debitori denunciauit ne solueret. Alio-  
 qui qua fronte obsecro potest is qui mandauit actionem, imputare man-  
 datorio cur mandatam non exercuerit, cum nec ipse egerit qui proprio iu-  
 re agere poterat si debitorem exigere voluisset? Atqui, inquires, Vendito  
 quoque nomine aut in solutum dato directa actio penes cedentem rema-  
 net, neque tamen idcirco periculum ad eum pertinet. Verum sunt ista lon-  
 gè dissimilia, illi enim qui nec inuito cessionario agere potuit, viles actio-  
 nes ex persona sua habente, neque à debitore, quippe cessionem ab cession-  
 nario sciante solutionem accipere, longè minùs imputari potest cur non e-  
 gerit, quam ei cuius solius propria actio fuit, & ex cuius tantum persona non  
 etiam ex propria mandatarius agere potuisset. Denique cessionarius vtiles  
 suo nomine actiones habet, tatumdemq. iuris ad rem exigendam, quantum  
 si directas quoq. haberet, ob idq. recusare minùs potest quominùs ex actio-  
 nis periculum in se suscipiat: mandatarius proprias nullas habet sed alienas  
 exercet. Cur ergo ad eum spectabit periculum si nihil sit quod illi imputetur?  
 Probatur autem hæc sententia non ineleganter ex d. l. 3. C. de nouat. Nam  
 quod in posteriore eius parte scriptum est periculum non per inere ad ma-  
 datantem, sed ad eum in quem translata fuerant actiones propter factam dele-  
 gationem, an non ostendit manifestè, in priore specie ex contrario pertine-  
 re, quia non erat facta delegatio, sed tantum mandata actiones solutionis  
 gratia? Ex quo apparet euidentius, quam verum sit quod nos superiori ca-  
 pite contra omnium interpretum sententias docuimus, non fuisse in illa spe-  
 cie datum nomen in solutum, multumq. referre, an datum sit nomen in so-  
 lutum aut qua alia ratione cessum, an verò mandata sint solutionis gratia  
 directæ actiones. Nam si de nomine in solutum dato ageremus pertineret  
 periculum ad cessionarium nulla etiã facta delegatione. d. §. foror. In cuius  
 etiam interpretatione errat Castrensis quam maximè, qui liberationem in  
 illa specie idcirco non contingere existimat quod cessum à fratre nomen  
 foror simpliciter accepisset, non in solutum: Quasi si in solutum accepisset  
 aliud respondere Papinianus debuisset. Nam imò verò accepta etiam in so-  
 lutum nominis cessione, non ided liberatur cedens ipso iure quousq. solu-  
 tio secuta sit, sed tantum per exceptionem doli & pacti, vt Papin. loquitur  
 in d. §. foror. si pergat cessionarius debitum ab ipso petere. Ratione illa quã  
 attulimus, quod qui cedit nomen siue in solutum, siue ex causa venditionis  
 aut alia qualibet, non faciat plenè accipientis. Directam siquidem penes se  
 retinet actionem, quam vt amittat, ne quid plenam impediatur liberationem  
 delegationis vsus omnino necessarius est. In eo sanè Castrensi assentior  
 quod ille fatetur cessi nominis periculum ad cessionarium pertinere, non  
 solum si in solutum facta sit cessio, sed etiam si simpliciter. At non in eo  
 quod cum cessio simpliciter facta est non quodlibet periculum ad cessiona-  
 rium pertinere vult, sed futurum duntaxat, id est inopie superuenientis. E-  
 go enim eandem præsentis quam futuri periculi rationem hæc parte con-  
 stituo, etiam cum simpliciter cessio facta est. Nam si in solutum facta sit, nec  
 Castrensis dubitat quin præsens quoq. periculum spectet ad cessionarium.  
 Si enim liberationem hoc casu ipso iure contingere voluit, An non prorsus  
 consequens est vt periculum quodlibet cessi nominis ad cessionarium spe-  
 ctare multò magis crediderit? arg. d. l. 3. in fin. C. de nouat. Quamquam illud  
 male, vt diximus, hoc benè, & longè rectius quam qui volunt non aliter  
 præsens

præsens periculum nominis ad cessionarium pertinere quam si nomen  
 cessum fuerit æstimatum.

In quo dispar sit condicio mariti cui dotis causa nomen cessum est, & alterius cui  
 insubet cessionarij. Ad §. si à debitore l. promittendo  
 41. D. de iur. dot.

## CAP. VIII.



**T**SI maritus cui mulier debitoris nomen in dotem dedit  
 comparari solet emptori nominis hætenus vt vtilem quoq.  
 actionem suo nomine habeat, & exercere possit, l. 2. C. de oblig.  
 & action. non tamen in cæteris omnibus eiusdem est condi-  
 tionis, maximè cum de nominis cessi periculo ad quem per-  
 tineat disputatur: iniquum enim fuerit mariti periculo esse nomen quod in  
 dotem datum est, si fortè aut iam tum cum cedebatur idoneum non erat,  
 aut postea circa ipsius culpam soluendo esse desierit, l. Menia 49. vbi Bart.  
 Castr. & ceteri D. solut. matrum. Eiusque dissimilitudinis ratio illa videtur af-  
 ferri posse, quod cum dos datur, id agi intelligitur vt soluto quancumq.  
 matrimonio si ita casus feret dos restituatur, nec quicquam ex dote com-  
 modi præter fructus penes maritum, aut nec incommodi remaneat. l. quo-  
 ties 16. de iur. dot. vbi propter hanc causam eleganter Vlpianus ait, multum  
 referre an venditio simplex fiat, an dotis causa. Hoc enim casu si quid for-  
 tè vir ab vxore propter euictionem rei dotalis consecutus sit, debere id eum  
 soluto matrimonio vxori reddere, Quoniam, inquit, non debet maritus lu-  
 crari ex dano mulieris, sufficitq. indemnem illum præstari vt neq. damnum  
 neq. lucrum sentiat, l. iure successum 6. §. vlt. l. si res æstimata 12. §. si mulier & l.  
 non solum 52. eod. tit. Tametsi dici soleat eo animo votòq. dotem dari, vt per-  
 petuo sit penes maritum, l. 1. eod. Non idem est si quis proponat facta dele-  
 gatione aut expromissione promissam fuisse viro dotem ab eo, qui mulieris  
 debitor erat, aut alterius pro muliere dotem dantis. Tunc enim siue quan-  
 dam nominis æstimationem factam dicas, siue delegationem aut expromis-  
 sionem, est quod imputare sibi vir debeat, qui sciens & prudens debitoris  
 nomen vtrò secutus sit, l. promittendo 41. §. si à debitore D. eod. tit. vbi Paulus  
 docet periculum esse viri, si à debitore mulieris sub condicione dos pro-  
 mittatur, & iam tum debitor cum sub condicione promitteret soluendo uò  
 fuit: Ita demum autem pertinere ad mulierem, si cum initio obligationis  
 esset soluendo, postea pendente condicione soluendo esse desierit. Nec enim  
 videri maritum nomen secutum eo tempore quo exigere non poterit, sed  
 tale duntaxat quale initio obligationis fuit. Quò etiam pertinet textus ele-  
 gans & subtilis, l. cum vir 53. eod. Et si verò non ait Paulus factam delegatio-  
 nem, hoc ipsum tamen satis exprimit cum loquitur de mulieris debitore pro  
 ipsa muliere dotem promittente. Quid enim aliud est delegare quam vice  
 sua alium reu dare? l. delegare 11. D. de nouat. Nisi malis quod & puto verius  
 debitorem hunc pro expromissore haberi potius quam pro delegato, vt &  
 in l. debitor 36. de iur. dot. Neque enim ponimus fuisse mulierem prius obli-  
 gatam marito dotis nomine. Expromissor porro is proprie dicitur qui pro  
 non obligato se obligat, l. & eleganter 7. §. seruus D. de dolo. l. si quis accepto 4.

de condict. caus. dat. l. aliquando 13. in princip. ad S. C. Velleian. l. si verò 64. §. sed et si reum D. solut. matrim. l. qui libertinus 33. §. vlt. de oper. libert. Sed quod ad hanc rem pertinet non differt expromissor à delegato, utroque enim casu creditor cui fit expromissio aut delegatio, sequitur nomen debitoris siue expromissoris, siue delegati, perindeque per expromissionem fit atque per delegationem ut obligatus non sit is pro quo fit aut expromissio aut delegatio neque distinguendum arbitrator quomodo Bart. Castr. & ceteri ad d. l. Mævia. solent distinguere an maritus cui mulieris debitor dotem promisit sciuerit eum iam ipso promissionis tempore inopem fuisse, an ignorauerit ut eo duntaxat casu quo sciuit præsentis inopiæ periculum ad eum spectet, nõ etiam si ignoravit, quasi id sibi velit Paulus in d. §. si à debitore, iis verbis quòd sciens tale nomen secutus videtur. Est enim illius loci longè alia sententia. Illa nimirum, Imputari semper posse ei qui prudens & sciens secutus est nomen debitoris tale quale ab initio obligationis fuerit. Tamen si namque debitorem inopem esse ignorauerit, hoc ipsum tamen sciens & prudens fecit ut quale nomen esset eius qui delegaretur aut expromitteret, tale illud sequeretur. Nam & in cæteris omnibus personis id iuris admittunt nostri, ex l. si nomen 4. cum seq. D. de hered. vel action. vendit. Cur non ergo idem & in marito? An quia, ut illi putant, speciale ius est dotis ut neuter coniugum ab alio decipi debeat? d. l. iure succursum 6. §. vltim. & d. l. si res æstimata 12. §. 1. de iur. dot. quod in cæteris licet bonæ fidei contractibus secus est, l. in causa 16. §. idem Pomponius de minor. l. item si pretio 12. §. vltim. D. locat. Atqui non potest videri deceptus qui iure communi usus est, l. inter eos 51. §. cum inter D. de fideiuss. l. nihil consensui 116. §. 1. de reg. iur. l. vltim. C. de in interg. resti. minor. Porro ius commune illud est ut quisquis expromissorem accipit aut delegatum, tale nomen quale est secutus videatur, idque sciens & prudens, hoc est ultro, cum prius inquirere noluerit quod facere poterat si voluisset, an soluendo esset debitor necne, d. §. si à debitore. Nisi in hoc ipso quod delegatio aut expromissio facta est dolus interuenit, ut in l. si cum dotem 22. §. si mulier D. solut. matrim. Sequi enim debitoris nomen nihil aliud est quam proprio suo periculo ab eo stipulari, leg. si mandatu 25. §. penultim. D. mandat. Sed & facit contra Bartolum quod fatetur ille ad d. leg. Mævia, nominis in dotem dati periculum ad virum pertinere si ipse nomen æstimatum acceperit, non adhibita ea distinctione an idoneum sciuerit necne, propterea quòd ut ille ait & verum est, æstimatio faciat emptionem, l. plerumque 10. de iur. dot. leg. prim. §. æstimatio D. de æstimat. action. Quidni igitur & facta delegatione idem admittetur? Nam si hac parte priuilegium aliquod dotis esset, utique subsisteret, etiam contracta per æstimationem nominis emptione. Illa enim non simplex venditio esset sed dotis causa ut iam diximus ex dicta l. quoties 16. de iur. dot. In eoque rectè meo iudicio Castrensis reprehendit Bartolum quòd aliud iuris ipse constituit in nomine æstimato, aliud in delegato. Sed malè, in eo quod vult utroque casu distinguendum esse an debitoris inopiam vir sciuerit, an ignorauerit, cum ex contrario dicere debuerit neutro casu distinctioni huic locum esse. Nullus sanè iuris locus est quo probare illam possis. Ratio verò iuris prorsus repugnat, siquidem bonum nomen facit creditor quisquis admittit debitorem delegatum aut expromissorem, l. inter causas 26. §. abesse D. mandat. Nec alia quoque fideiussoris causa est. Nam cum quis fideiussorem

forem minùs idoneum accepit, comprobasse videtur tanquam idoneum l. si ab arbitro 10. §. 1. qui satis d. cogant. l. 3. D. de fideiuss. ob idque sibi imputet. l. 1. §. item queritur D. de separat. Neque actio vlla superesse potest aduersus eum qui fideiussorem idoneum dare debuit siue ad hoc ut det alium, quod & Bart. ipse fatetur, siue ad id quod interest, nisi dolus interuenit debitoris affirmantis idoneum fideiussorem, qui non est idoneus, ut benè Castrensis disputat ad d. l. 3. in fin. contra Bart. ibidem aliter sentientem post Accurs. in l. si quis stipulatus 112. §. vltim. de verborum obligation. Ad eò autem verum est admissione fideiussoris non idonei liberari eum qui idoneum dare debuit, ut etsi idoneus ab initio datus soluendo esse desierit, non idcirco tamen alium dari oporteat, ut supradicto loco defendit Bartol. ex dict. leg. si nomen 4. de hered. vel act. vendit. l. pupilli 96. §. soror de solut. Nisi cum ex officio iudicis præstandæ fideiussionis necessitas proficiscitur, inquit ille ex d. l. si ab arbitro §. 1. l. si is à quo 3. §. vltim. & leg. seq. ut in possess. legat. l. Prætor ait 20. §. penult. de oper. noui nunciat. Quòd si hæc in fideiussore obtinent, quanto magis obtinebunt in expromissore, aut debitore delegato, ut imputetur creditori si minùs idoneum nomen ultro secutus sit? Itaque in eo dispar erit condicio mariti & alterius cuiuslibet cessionarij, quòd in marito cum de nominis in dotem dati periculo queritur, illa distinctio necessaria est an delegatio aut expromissio interuenit necne, ut si interuenit, periculum spectet ad maritum & quidem tam præsentis quam futuri temporis. sin minùs, utrumque ad mulierem. quoniam qui debitoris nomen simpliciter in dotem accipit, dicendus non est illud sequi aut idoneum facere, sed tale accipere quale est, ipsius scilicet mulieris periculo, in cuius etiam dominio dos remanet licet sit in bonis mariti, ut ait l. quamuis 75. de iur. dot. At in cæteris personis nihil interest inter simplicem cessionem nominis, & delegationem, sicut nec inter cessionem nominis æstimati, & non æstimati. Omni siquidem casu & præsens & futurum cessi nominis periculum pertinet ad cessionarium ut superiore capite probauimus ex d. l. pupilli 96. §. soror de solut. imò d. l. si nomen 4. & seq. de hered. vel act. vendit. nisi aliud conuenierit. Non enim dubitandum est quin conuentione fieri possit ut periculum ad cedentem spectet etiam cum delegatio interuenit. l. si mandatu 25. §. vlt. D. mandat.

An exceptio compensationis, aut alia qua obstat cedenti obstat cessionario.

## CAP. IX.



PPARET ferè ex superioribus quid responderi possit ad quæstionem illam toties in scholis & foro agitatam, Vtrum exceptio quæ obstat cedenti obstat cessionario. Nimirum distingui oportere, An vtilibus actionibus proprio nomine, an mandatis ex cedentis persona cessionarius aut mādatus experiatur. Priore casu obstat tantum ea exceptio quæ sit in rem, ut puta pacti, iurifurandi, simulationis, rei iudicatæ, & similes, de quibus, in leg. apud Celsum 4. §. penultim. D. de dol. mal. except. l. in hoc iudicium 14. §. si inter

*fociis D. commun. diuid. l. idemque 16. §. vlt. D. pro socio. l. si superatus 3. §. per iniuriam D. de pignor. l. fin. de except. rei vendit. l. exceptiones qua persona 7. D. de except. l. inuitus 156. §. plerumq. de regul. iur. l. vlt. §. 1. ad S. C. Velleian. l. doli 19. vbi Bart. D. de nouat. Idem Bart. & ceteri in l. si quis in rem D. de procurat. & in l. eius C. de compensat. Quæ verò in personam competit exceptio qualis est doli mali [ex parte nimirum eius cui obiicitur licet in rem quoque sit ex parte obiicientis, l. 2. §. 1. l. apud Celsum 4. §. pen. de dol. except. l. unct. d. l. exceptiones 7. de except.] ita demùm obstat cessionario si causam habeat lucratiuam, non item si onerosam, d. l. apud Celsum §. si quis autem & §. auctoris l. pure 5. §. pen. in illis verbis, nec enim hic debet exceptione submoueri qui suo nomine agit eod. Nisi onerosa illa in fraudem debitoris cessi captata sit, d. §. auctoris. & d. l. si quis in rem 34. de procurat. & quidem dolum participante cessionario. Hoc enim omnino requiritur, alioqui fraus cedentis non deberet nocere cessionario quoties habuit cesso causam onerosam, d. §. auctoris & §. si cum legitima eius. leg. vbi etiam Bart. & in d. l. si quis in rem, ex l. & eleganter 7. §. penult. D. de dolo. l. quid enim 14. eod. l. si procuratorem 8. §. 1. D. mandat. Posteriore autem casu, id est cum mandatis actionibus, & ex cedentis persona cessionarius experitur, haud dubiè obstat cessionario ea quoque exceptio quæ in personam cedentis obiici posset. Nam qui ex alterius persona agit, eandem pati debet exceptiones, sicut & qui ex alterius persona excipit easdem replicationes, Bal. post Jacob. Bur. in l. qui stipendia C. de procurat. Nisi ratio quæ faciebat vt huiusmodi exceptio cedenti obstatet, non habeat locum in persona cessionarii: Id enim aliquando euenit, l. vltim. in princip. C. de iur. dot. Castrensis ad l. Modestinus 76. num. 1. in fin. D. de solut. Nec distinguemus an cessionarius procurator factus sit in rem suam, an in rem cedentis, nisi hætenus vt si in rem suam ea demùm personalis exceptio ei noceat, quæ ex ipso negotio de quo agitur proficiscitur: si in rem cedentis indistinctè noceat quælibet. Et si enim qui directas actiones exercet tanquam procurator in rem suam, petere potest & debet sibi dari non etiam cedenti vt post Accurs. & Bart. vulgò nostri tradunt, ad d. l. qui stipendia. & d. l. si quis in rem suam. Cogitur tamen in narratione, cedentis personam exprimere, ob idque factum & dolum quoque cedentis ipsi nocere æquum est, argum. d. l. apud Celsum §. de auctoris. vers. si autem accessione D. de dol. mal. except. l. ex qua persona 149. de regul. iur. Eòque pertinet quod tractat Bartol. ad dictū §. si cum legitima. exceptionem banni vt ille loquitur, & excommunicationis, quæ obstatet cedenti, non obstat cessionario tametsi lucratiuam quoque causam habenti. Quoniam, inquit, non respicit actionem sed quid aliud extrinsecum, & merè personale. At cum in rem cedentis agitur, nocet quælibet exceptio personalis, etiamsi ex ipso negotio de quo agitur minimè proficiscatur, Ratione illa, quòd qui ad agendum inhabilis est, non magis per procuratorem agere possit quàm per seipsum. Loquimur enim de illo exule qui per se idè agere non potest quòd sit inhabilis, non de illo qui idcirco tantùm agere nequeat quòd ablit, de quo in l. Papinianus exuli D. de minor. Atque ita Baldus quoque & Castrensis tractant ad dict. l. qui stipendia. De compensationis exceptione dubitatio nonnulla est, an quæ obiici poterat cedenti obiici possit cessionario: Non quòd quisquam neget quin in rem sit non in personam, [ nam & ob*

eam

eam causam cõpetit fideiussori ex persona debitoris, l. 4. & §. D. de compensat. quæ non competeret si personæ non rei cohæreret, d. l. 7. except. ] sed quia, vt Castrensis disputat, ad l. eius C. de compens. post Bart. in l. si cum dos D. rer. i. mot. non tam actionem ipsam afficit, quàm exactionem. Qua ratione defendit ille, non posse cessionario hanc exceptionem obiici si cessa sit actio priusquàm cedenti compensatio obiiceretur, quia nec prius actionem elidat, quàm sit opposita: Item quòd nec sit nouum vt actio quæ inutilis erat penes cedentem, sit tamen utilis penes cessionarium, cessante scilicet ratione inutilitatis, d. l. vlt. C. de iur. dot. Verius tamen est quod magis communiter nostris placet, perinde cessionario ac ipsi cedenti posse obiici compensationem, cum in rem sit non in personam, idè quoque afficiat proculdubio actionem. Quomodo enim afficeret exactionem si non ipsam quoque actionem afficeret ex qua fit exactio? Nam & idcirco dicimus compensationem ipso iure minuere actiones, §. in bona fidei. Inst. de actio. l. vlt. C. de compensat. Fateor etiam post Iustiniani constitutionem in d. l. vlt. quæ ius & potestatem compensationis valde auxit, superesse illud ex iure veteri, vt exceptionem hanc opponi sit necesse. Exceptio namque est proinde opponenda ex natura exceptionum omnium, l. 2. D. eod. l. 2. l. quoniam 10. C. eod. l. 2. l. exceptio 21. D. de except. Sed non facit ea res quominus actionem ipsam afficiat & minuat, ceterosque effectus suos exerat ipso iure, l. si constat 4. C. de compens. l. si ambo 10. l. posteaquam 21. D. eod. Quod etsi non esset, non èd minùs tamen cessionario nocere hæc exceptio deberet, Exemplo cæterarum exceptionum, quas, cum in rem sunt, cessionario quoque obiici posse diximus, licet non prius actionem elidant, quàm sint oppositæ, d. l. 2. & d. l. exceptio 21. de except. Accedit quòd compensatio solutionis vim obtinet, d. l. si constat 4. & l. seq. l. inuicem 12. & pass. C. de compensat. d. l. si ambo 10. D. eod. Vnde illud etiam sit quod in d. l. si ambo §. si quis igitur, scriptum est, exceptio nem hanc si per facti errorem omissa sit, inducere conditionem indebiti. Inqui inuicem 30. l. qui exceptionem 40. §. si pars de condit. indeb. l. quod dicitur 5. §. penult. de impens. in reb. dotal. fact. Quamquam scio nostros vulgò hac in re distinguere post glos. & Bart. ad d. l. qui inuicem, an compensatio fiat ipso iure, an ipso facto: vt si ipso iure, conditionem inducat, sin ipso facto, non inducat. Sed omninò malè, vt ego quidem existimo, non solum quod hodie distinctio illa sublata sit per suprascriptam Iustiniani constitutionem in d. l. vlt. C. de compensat. qua factum est vt in omnibus actionibus compensatio locum habeat ipso iure, sed etiam quia iuris regula est, Eum qui perpetua exceptione fauorabili tutus erat, si soluat, posse repetere d. l. qui exceptionem. atqui exceptio compensationis est perpetua & fauorabilis, cum idè detur, quòd interlit nostra nõ solnere potius quàm solutum repetere, l. 3. D. de compens. l. si stipulatus 15. D. de fideiuss. Cur non igitur conditionem indebiti perpetuò inducet? Nec me mouet quod Bart. ad d. l. qui inuicem scribit, compensationem non esse propriè exceptionem, sed potius actionem cum dicatur petere quisquis compensat. Lamplius 15. D. rat. rem haber. adeò vt neque permittendum sit ex communicato compensare quamuis possit excipere. Sic enim Bald. ad l. quoniam Alexandrum C. ad leg. Iul. de adulter. post Canonistas in cap. cum inter Ext. de except. Nam respondeo, Imò verò si compensatio actio est, multo magis exceptionem dici debere. Non enim aliam ob causam dicitur actio, quàm quòd qui compensat, excipiendo pe-

tat, ac proinde agat. Ceterum prius est ut excipiat, quam ut agere & petere videatur. Idque ex eo apparet, quod si tale sit debitum cuius nulla petitio competat, puta quod naturaliter tantum debeat, nihilominus compensari potest. Etiam quod naturaliter tantum debeat, nihilominus compensari potest. Etiam quod naturaliter tantum debeat, nihilominus compensari potest. Quin & si solutum fuerit, condicetur, ut & Bartol. ipse fateri cogitur. *ad d. l. qui inuicem in fin.* Cur non ergo & condici poterit quod compensari poterat tamen si civiliter quoque debeatur? An non absurdum sit favorabilior iure censere debitum cuius nulla fuit petitio, quam quod peti potuit? Eadem igitur in omnibus ratio esse debet compensationis, & aliarum exceptionum quae in rem sunt, & favorabiles, ut & indebiti conditionem inducat, & quod ad institutam disputationem pertinet, cessionario aequae cedenti obici possit. Vnus sane casus est, quo exceptio quae obstatura erat cedenti, omnino & indistincte obstat etiam cessionario, quamvis vilem suo nomine actionem exercenti, nimirum cum cessionis & exactoris totum commodum reuersurum est ad cedentem. Castrensis in *d. l. qui stipendia 9. C. de procurat. ex notat. in l. fin. eod. & per Bartol. in l. facta §. si heres scriptus D. ad S. C. Trebell.* Nam qui agit suo nomine ad alienum commodum, perinde habendus est ac si alieno nomine ageret, *l. non solum 39. §. sed interdum D. de procurat. Idem Bart. in d. l. si quis in rem 34. eod.*

*An in causa reconventionis cogatur cessionarius cedentem defendere. Emen- data l. si quis in rem 34. & explicata l. pater 70. de procur.*

## CAP. X.

**V**À nobis adhibita distinctio est in quaestione illa, an exceptio quae obstat cedenti obstat etiam cessionario, Eandem ferè nostri adhibent cum quaeritur, an in causa reconventionis cogatur cessionarius cedentem defendere. Nam si cessionarius utili actione experiatur, & proprio nomine placet, non est cogendus cedentem defendere, *l. si quis in rem 34. ubi Bart. & ceteri D. de procurat.* nisi cessio in fraudem facta proponatur, dolum fraudemque participante cessionario. Quis enim patiatur communem cedentis & cessionarii dolum debitori cesso fraudi esse? *l. & eleganter 7. §. penult. l. quid enim 14. D. de dolo. l. si procuratorem 8. §. 1. D. mandat.* At si mandatis actionibus & procuratorio nomine cessionarius experiatur, subdistingendum putant, Causamne habeat lucratiuam cessio an onerosam, ut si lucratiuam, utriusque cogitur defendere *l. apud Celsum 4. §. si cum legitima D. de dol. mal. except. l. seruum 33. §. ult. D. de procurat.* Sic enim locum illum vulgè intelligunt, ut procedat in cessione facta ex causa tantum lucratiua, Ne obstat quod in *l. seq. Caius* scribit [quae altera subdistinctio pars est] Si quis in rem suam procuratorio nomine agat veluti emptor hereditatis, non debet eum defendere venditorem qui actiones mandauit. Cui interpretatio videtur conuenire *l. pater 70. eod. tit. & quod in dict. §. si cum legitima*, Vlpianus aperte distinguit causam lucratiuam ab onerosa. Sed exceptio tamen utriusque subdistinctio parti à nostris subiicitur. Priori quidem

dem illa dummodo cessionarius non ex necessitate factus sit in rem suam procurator, *d. §. ult. l. seruum*. Posteriori verò verò nisi in fraudem gestum negotium proponatur, *d. l. si quis in rem 34.* in illis verbis, *si bona fide, non in fraude eorum qui inuicem agere vellent gestum sit negotium*. Nondum tamen constat inter eos quid sibi Vlpianus velit, in *d. §. ult. l. seruum*, cum ait, *nisi forte ex necessitate fuerit factus*. Fecit illis dubitationem quod, ut proximè dixi, eum locum intelligunt de eo procuratore cui mandatae sint actiones ex causa lucratiua, ne alioqui Vlpianus cum Caio pugnet. At difficile est dare exemplum procuratoris ex necessitate facti interueniente causa lucratiua. Quam ob causam sic plerique verba illa accipiunt, ac si scriptum esset, *nisi ex causa onerosa procurator factus sit*. Atque ita sensisse videtur Accurs. & post eum Bartol. exemplum adferens non inelegans *ex l. 3. D. famul. ercis. c. ubi* agitur de creditorum & debitorum hereditarium diuisione, quam sic faciendam esse lex ait, ut iudex singulis pro solido alia aliis attribuat. Quod cum fecerit, non tamen illud eueniet, ut quis ex heredibus solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur: sed ut siue agendum sit partim suo partim procuratorio nomine agat: siue cum eo agatur partim suo partim procuratorio nomine conueniatur. Castrensis verò ad Vlpianum putat exemplum dari posse in eo cui donatae sint centum, deinde ex necessitate cessum nomen Titij qui donatori centum quoque debebat. Hoc enim casu, inquit, licet donatarius causam habeat lucratiuam initio inspecto, quia tamen in rem suam procurator ex necessitate factus est, non cogitur donatorem eundemque cedentem defendere. Sed hoc ego ridiculum arbitror, & falsum, quoniam initium semper inspiciendum est, *l. si procuratorem 8. in princip. D. mandat. l. 3. §. scio in fin. D. de minor.* Facit tamen contra Bartolum, quod contractus omnes etiam, quos nostri onerosos vocant, inspecto initio sunt voluntatis, nulli necessitatis, praeterquam ex postfacto, *l. siem 4. C. de obligat. & actio.* Nisi forte quis pro Bartolo respondeat videri factum ex necessitate procuratorem in rem suam, eum qui ex causa onerosa contraxit: siue quod vix sit ut alienas mandatasque actiones velit exercere qui alio modo sibi potest consulere, siue quod interueniente causa onerosa necesse sit cessionarium aut agere aut in damno morari. Verum utraque interpretatio durior est quam ut mihi possit satis facere. Diceremque libenter si auderem corruptum videri textum dict. *l. si quis in rem suam*, longèque aliam Vlpiani & Caij sententiam esse quam vulgè existimetur. Illam nimirum, ut distingui oporteat, an qui in rem suam procurator factus est proprio nomine agat, an procuratorio, si quidem fieri potest ut agat proprio etiam nomine, si contractus talis proponatur ex quo vilem quoque habeat actionem ut contingit in emptore hereditatis aliisque similibus personis de quibus supra diximus cap. 5. Cum agit procuratorio nomine, illa semper ratio facit ut mandantem defendere debeat, quod perinde sit ac si ille ipse qui mandauit, experiretur. Quid enim interest, an quis per seipsum agat an per alium? Eaque Praetorij edicti ratio est, quam Vlpianus quoque eleganter exprimit, cum ait aequum Praetori visum esse, eum qui alicuius nomine ut procurator experitur, eiusdem etiam defensionem suscipere. Imputet enim sibi qui mandatis actionibus, & alieno nomine experiri maluit, cum ex propria persona potius agere proprioque nomine si voluisset potuisset. Cui consequens est, ut si ex

necessitate procurator in rem suam factus sit, id est, si coactus fuerit mandatas actiones impetrare & exercere, propterea quod vtilis aliquid fortasse impediabat, quod aliquando euenire diximus supra ad fin. cap. 6. non ei debeat nocere quod alieno nomine experitur. Semper enim succurrendum illi est quem necessitas cogat aliter agere quam vellet. *l. cum reus* 14. D. de fideiuss. l. 3. D. de separat. Præsertim cum in rem suam procurator factus sit, certetque de damno vitando: quod incurreret si eum cuius nomine experiri vel inuitus cogitur etiam defendere cogeretur. At si proprio agat nomine aliud est. Neque enim illi nocere debet quod procurator quoque sit, cum non procuratorio sed proprio nomine agat & ad suum commodum, si modò bona fide nec in fraudem eorum qui inuicem agere vellent gessit sit negotium, ut Caius scribit in d. l. si quis, in qua non dubito quin legendum sit *procurator proprio*, pro eo quod legitur *procuratorio*, nato fortassis errore ex incitia exscriptoris cum ita scriptum esset, *proc. proprio*, & exscriptor ille vnicam dictionem esse putaret, eamque nullius sensus, pro qua scribi deberet *procuratorio*, & sanè si receptam lectionem tueare, numquam facies quin Ulpianus à Caio dissentiat in ea re de qua certum & exploratum ius fuisse nec dubitandum videatur. Nihil enim est apud Ulpianum in §. vlt. legis præcedentis, ex quo possit conici, tractare eum de procuratore in rem suam factum ex causa lucratiua quomodo nostri intelligunt, potius quam ex causa onerosa, cum verba illa *si quis in rem suam procurator interueniat*, sint omnino generalia, & eò magis ad procuratorem ex causa onerosa, coactanda, quod in rem suam procurator constitui ex ea causa soleat frequentius quam ex lucratiua: Item quod secundum nostrorum interpretationem fatendum sit Ulpianum eum casum prætermississe qui præcipue tractandus erat, si procurator in rem suam ex causa onerosa interuenierit. Nec dici potest, ideo suppleendam Ulpiani sententiam ex Caio in l. seq. Apparet enim tam ex præcedentibus quam ex sequentibus id agere Ulpianum, ut ea omnia diligenter explicet quæ pertinent ad interpretationem edicti De procuratore alieno nomine agente: Quis ergo credat fuisse mancum aut tam obscurum in eo quod erat vel maximi momenti? Planè non solum accommodatum fuit sed etiam penè necessarium, Ulpiani contextum interpolare, & ex Caio interserere quod scriptum est in d. l. si quis, non esse verum generaliter quod Ulpianus dixerat, si quis procurator in rem suam factus sit, eum debere defensionem illius suscipere cuius nomine agit. Id enim fallere si non procuratorio sed proprio nomine agat, ut puta emptor hereditatis qui post Diui Pij rescriptum vtilis ex propria persona actiones habet, *l. si cum emptore* 16. de pact. Hoc verò Ulpianus prætermiserat, non quod ad rem non faceret, sed quoniam interpretabatur verba edicti ad eum tantum casum pertinentia, quo procurator alieno nomine experitur. Sic enim habent, *cuius nomine quis actionem sibi dari postulabit*, d. l. seruum §. ait Praetor. Sed me omnium maxime illud mouet, quod in emptore hereditatis Caius exemplum ponit. Quid enim erat necesse potius, quam in simplici nudoque mandatario licet in rem suam constituto, si de illo tantum agebat qui in rem suam procurator esset constitutus? Nam & is cui mandata sunt actiones à debitore suo ad exigenda. in solutionem, æquè dicitur procurator in rem suam constitutus ut agere possit procuratorio nomine ex causa onerosa, tametsi cessio nominis nulla facta sit, ut docuimus supra cap. 6. *ad*

6. ad l. 3. C. de nouat. Et tamen in eo differt ab illo cui nomen cessum & in solutum datum esset, quod ille non tantum procuratorio sed etiam proprio si mallet nomine agere posset. Igitur quod Caius nominatim loquitur de emptore hereditatis, ostendit satis tractare illum de procuratore in rem suam dato qui alio quam procuratorio nomine, id est tuo proprio & agere possit, & agat. Accedit quod etiam in hereditatis emptore distinguendum ait Caius, an negotium gestum sit in fraudem eorum qui inuicem agere vellent, an non. Atqui non esset ea distinctio necessaria si poneres emptorè non nisi procuratorio nomine agere. Hoc ipsum enim sufficit ut cogatur venditorem defendere, tametsi fraus nulla interuenierit, cum agens procuratorio nomine, agat ex persona venditoris, licet in rem suam, ideoque verbis edicti teneatur, d. §. ait Praetor. & §. vlt. Tum demum igitur de fraude querendum est cum stricta iuris ratio emptori fauet ne venditorem defendere cogatur, id est cum proprio nomine agit non procuratorio: quo casu ratio verbaque edicti cessant. Denique nullus alius iuris locus est, quo probari possit eum qui procurator in rem suam factus est, licet ex causa onerosa, si agat procuratorio nomine cogendum non esse ut auctoris sui defensionem suscipiat, sed quotquot leges sunt quæ de huiusmodi procuratore loquuntur, obligant eum ad suscipiendam defensionem, non adhibita ea distinctione, an lucratiua causa interuenierit, an onerosa. Præsertim d. §. vlt. l. seruum, & l. pater 70. eod. quæ licet tractet de mandata actione ex causa legati, aut fideicommissi quæ lucratiua est, non tamen illam habet rationem sed longè aliam quam Scauola suo more in proponenda quæstione iis verbis perstringit, *cum tam tutela actio quam pecunia credita ex hereditate Sempronij descendant*. Ex qua infert non aliter mandatam actionem ei dari debere quam si defendat heredes à quibus mandata sunt. Obserua autè non ita loqui Scauolam ut dicat, non esse permittendum legatario aut fideicommissario nominis ut agat contra debitorem quin defendat heredes, sed non esse ferendum ut agat mandata actione id est procuratorio nomine. Nam si proprio agere vellet, id est vtili actione proposita, quæ hodie post rescriptum Diui Pij competit, d. l. si cum emptore 16. de pact. iunct. l. ex legato 18. C. de legat. posset utique, nec heredes defendere cogeretur, si non in fraudem actionis tutelæ factum esset legatum aut fideicommissum. Hæc enim exceptio addenda esset, *arg. d. l. si quis*. Nisi fortè quis dicat quod ego arbitror probabilius, scilicet à nemine adhuc obseruatum fuisse hac in re differentiam inter legatum & fideicommissum nominis, quod ex legato nominis vtilis actio competere possit legatario, non item fideicommissario ex fideicommissum, quia toto iure vetere fideicommissi natura illa fuit ut accipi deberet per manus heredis, nec quicquam iuris in eo haberet fideicommissarius ante traditionem, ut docuimus lib. 6. cap. 1. Porro in nominibus quæ sunt iura & incorporalia, nihil est quod traditionis loco esse possit præterquam si actio mandetur quæ aduersus debitorem competeat, quemadmodum in seruitutibus constituendis dicimus patientiam pro traditione haberi l. 3. §. si iter D. de act. empr. Ideoque ni fallor Scauola in d. l. pater. de fideicommissum loquitur non de legato. At contra, lex ex legato de legato nominis non de fideicommissum. Nec quod iam olim obtinebat ut per omnia exæquata essent legata fideicommissis singularibus, l. 1. de legat. 1. ad rem pertinet. Id enim longè diuersam habet interpretationem, quam nos attulimus dict. cap. 1. Neq.

rursum pugnat quod Vlpianus in d. §. si cum legitima separat. euidenter cessionem factam ex causa lucratiua ab ea quæ facta sit ex causa onerosa. Separat enim in quæstione illa quam nos proximo capite agitauimus, An exceptio doli aliæve similis quæ obici possit in cedentis personam, obici possit cessionario: non autem in illa, quam nunc tractamus, an in causa reconuentionis cogatur mandatarius actionis in rem suam constitutus mandantem defendere. Quæ quæstio tantum ab illa differt quantum reconuentionis distat ab exceptione. Sed neque separat Vlpianus eo loco causam lucratiuam ab onerosa, in illum casum de quo quærimus, id est cum cessionarius mandatis actionibus, & ex persona cedentis experitur. Iam enim superiori capite diximus, tum cogi cessionariū eisdem omnino pati exceptiones quas cedēs ipse pateretur, siue ex lucratiua causa siue ex onerosa cessione facta sit. Eadem prorsus ratione, qua nos nunc contendimus cogi procuratorem qui mandatas licet in rem suā exercet actiones mandantem defendere, quod non suo sed mandatis agat nomine. Tum igitur locū habet illa distinctio an causa lucratiua interuenerit an onerosa, cum cessionarius suo nomine & utilibus actionibus experitur: Quo tamen casu fatetur nostri omnes, non esse cogendum procuratorem in rem suam, ut auctoris sui defensionem suscipiat, nec si lucratiuam causam habeat, nisi fraus interuenerit, ut initio capitis retulimus. Omnes inquam hoc fatentur, excepto Castrensi. qui ex contrario scripsit nihil interesse directamne actionem cessionarius exerceat an utilem, sed tantum an lucratiua causa fuerit cessionis, an onerosa: quo ineptius dici nihil potuit. Ratio autem diuersitatis meo iudicio illa est, quod facilius sit, ut quoquomodo conuento reo excipiendi, quam reconuentionis facultas detur. Est enim reconuentionis noua actio, licet per reum proponatur: nec ulla sit auctori iniuria cum iisdem exceptionibus repellitur, quibus repelleretur is a quo causam habet, licet suo non auctoris sui nomine agat: fieret uero si eum quoque defendere cogeretur. Quam ob causam factū etiā putem ut nullo Prætoris edicto opus fuerit ad inducendum, ut exceptio quæ contra cedentem competitura erat, cessionario, licet in rem suā & suo nomine agenti, possit obici. At opus fuit, ut illo etiā casu quo nec in rem suam nec suo nomine ageret, sed alieno & procuratorio, mandatorem defendere cogeretur. Quid ergo, inquires, an nullo modo intererit cum agatur procuratorio nomine, utrum lucratiua causa interuenerit an onerosa? Imò intererit, non quod ad regulā, quæ illa est, ut quisquis procuratorio nomine agit, quāuis in rem suam cogatur mandantem defendere: sed quod ad exceptionem illam quam Vlp. ponit in d. §. ult. l. seruum, nisi forte ex necessitate factus fuerit. Nam & qui ex necessitate factus est in rem suam procurator, id est, ut supra interpretati sumus, qui non aliter suum consequi potuit quam si mandatas susciperet & exerceret actiones, si lucratiuam causam. habuit omnimodo cogendus est autorem suum defendere: Nempe quia initio inspecto nec uideri potest procurator in rem suam factus ex necessitate, cum neque in eum conferri liberalitatem, neque collatam ipsum agnoscere fuerit necesse. Eiusque rei argumentum & exemplum apertissimum extat in d. l. pater 70. de procurat. ubi agitur de fideicommissario nominis, cui ad fideicommissum consequendum necesse fuit ab hæredibus creditoris mandari actiones aduersus debitorem, cum utiles ex propria persona nullas haberet.

beret, quemadmodum diximus, nec eò minus tamen placet Scæuolæ cogendum illum heredes creditoris, qui & tutor debitoris fuerat in tutelæ actione defendere. Ex quo magis apparet quàm ineptè nostri faciant, qui regulam ab Vlpiano traditam uerbis illis generalibus, si quis in rem suam procurator interueniat, adhuc erit dicendum debere cum defendere. ad eos solos procuratores coarctant, qui ex causa lucratiua non etiam ex onerosa in rem suam sint constituti: cum tamen subiecta exceptio, nisi forte ex necessitate fuerit factus, quæ de regula esse deberet, non nisi ad eos accommodari possit, qui ex causa onerosa mandatas ab aliis actiones susceperunt. Planè tamen de iis expressim Vlpianus tractasset duntaxat, qui ex causa onerosa alienæ actionis exercendæ mandatum suscepissent, ineptè tamen faceres si ex eo inferres. Aliud ergo illum existimasse in iis procuratoribus qui lucratiuam causam haberent. Nemo enim dubitat, vel tacente Vlpiano, quin longè maiori ratione cogendi sint isti ut eum defendant, cuius nomine experiuntur. Et hæc quidem dixisse sufficiat de quæstione ista in qua nihil nostros uidisse uidebit quisquis eos uidere uolet, deceptos nimirum corrupta lectione unius illius loci quem nos emendamus, nec animaduertentes fieri non posse, quin si locus eo quo diximus modo non emendetur, futurum omnino sit, ut Caius non solum cum iuris ratione uerbisque edicti pugnet, sed etiam cum Vlpiano in dict. §. ultim. l. 33. proximè præcedentis.

*Exceptio quæ obstat auctori deleganti an & quando obstat ei cui facta est delegatio. Et emendatio §. apud Iulianum l. 4. D. de dol. except.*

## CAP. XI.

**H**VCVSQVE diximus de nominis cessione: Nunc de delegatione aliquid subiiciendum est quod ab instituta disputatione non sit alienum, constat autem in eo differre cessionem nominis à delegatione quod delegatio debiti nisi consentiente & stipulanti promittente debitore iure perfici non potest. Nominis autem cessio siue per uenditionem siue qua alia ratione fiat, & ignorante & inuito eo aduersus quem actiones mandantur contrahi solet l. 1. C. de nouat. Quæ ex differentia illa etiam nascitur, ut qui inuitus aut ignorans cessus est, saluas plerumque habeat exceptiones contra cessionarium, quas aduersus cedentem ipsum erat habiturus, non solum si agat cessionarius ex persona cedentis, sed etiam si ex propria utilibusque actionibus sibi post rescriptum Diui Pij competentibus, secundum eam tamen distinctionem, quam nos supra exposuimus capit. 9. Qui uero delegatus est, nulla omnino exceptione uti potest aduersus eum cui facta est delegatio, quamuis aduersus delegantem antea uti potuisset. l. si quis delegauerit 12. D. de nouat. & delegat. ubi rationem Paulus reddit, quod qui se passus est delegari eum sciret competere sibi exceptionem,

videatur similis ei qui donat, quoniam exceptionem remittere intelligitur. Sed & si per ignorantiam promiserit creditori, idem esse ait ut nulla exceptione iuvari debeat aduersus creditorem, quia ille suum recepit, cum delegatio solutionis locum & instar obtineat, perindeque liberet delegantem qui erat debitor, ac si verè soluisset, *l. 3. in fin. C. eod. l. quamuis 8. §. inter dū D. ad S. C. Velleian.* Iuris enim regula est repetitionem nullam esse ab eo qui suum recepit licet alius soluerit quàm qui debebat, *l. repetitio 44. de cond. indeb.* Quid ergo si citra delegationem cessio nominis facta sit sciēte & consentiente debitore? Siquidem fieri potest ut cessioni cōsentiāt debitor, neque tamen delegatus videri debeat, quoniam delegationem non consensus facit, sed stipulatio d. l. nisi si dari delegans non possit, quod cum euenit scripturam nutūmve interuenisse sufficit *l. delegare 17. D. eod.* An eo casu eadem erit causa cessionarij, quæ eius cui facta delegatio est, ut nulla exceptione repellendus sit? Erit utique si exceptionem sibi competere debitor non ignorauit. Eadem enim ratio hīc locum habet quam Paulus probat facta delegatione, quod qui se cedi cōsentiit cum sciret tutum se exceptione, remisisse exceptionem videatur si modò cessionarius talis est qui utilem ex sua persona actionem exercere possit. Videtur enim consensus ille, cum expressus est, id operari debere ut debitori commodum pristinae exceptionis eripiat, quasi quodam contractu inter debitorem cessum & cessionarium interposito. Ne alioqui aut frustra, aut fraudandi cessionarij gratia consensus ille debitoris expressus videatur, cum sit credibile creditoris creditorem eundemque cessionarium operi debitoris cessi cōsensum habere, voluit non aliter fuisse contracturum nominis que cessionem agiturum, verentem fortasse ne qua exceptione repelli posset. Sanè sola cessi nominis sciteia expresso consensu destituta non vsque ad eò debitori nocet ut exceptionis aduersus cedentem si ageret competituræ beneficium ei adimat: quia & regulare est ut plus operetur consensus quàm nuda scientia *l. sicut 8. §. nō videatur D. quib. mod. vel hypoth. soluit.* Præsertim in ea re que fieri potuisset inuito quoque & ignorante eo qui sciuisse proponitur. Id enim est quod dici solet eum qui sciens tacet non videri consentire, si contradicere non potuit quominus etiam inuito se fieret quod fieri sciuit, *l. Caius Seius 39. D. de pignor. act. l. Tuius 8. in fin. D. de rescind. vendit.* quamuis sibi noceat si expressim cōsentiāt, *l. fideiussor 26. §. 1. in fin. D. de pignor. l. apud Celsum 4. §. quæsitum 1. D. de dolo except.* At si exceptionem sibi competentem ignorauit debitor, cum cessioni expressim cōsentiit, non est æquum ut eodem iure censeatur. quo si facta esset delegatio, quia cum per eiusmodi cessionem etiam consentiente debitore cessio factam, non sit liberatus cedens à cessionario qui saluam in cedentem habet pristinam actionem, consequens est ut hīc locum non habeat ratio illa qua mouetur Paulus cum delegatio facta est, *quia ille suum recepit.* Qua ratione cessante, facit pro debitore cessio qui per ignorantiam cessioni cōsentiit, quod eius facilitatem & imprudentiam circumueniri non oporteat. Ad eò ut nec distinguendum sit meo iudicio an probabilis ignorantia fuerit, necne, hoc est an ex proprio an ex alieno facta descendat, cum satis superq. sit iuris rationem facere pro cessio debitore, nec in damno vllor morari creditorem. Quemadmodum ex contrario facta delegatione nec sciētiam ab ignorantia distinguimus, nec ignorantiam probabilem ab improbabili, sed omnimodo tuemur eum cui delega-

tio facta est ut nulla exceptione repelli possit. In quo miri sūt nostri interpretes, distinguentes, ut in cessione, an delegatio facta sit ea causa lucratiua an ex onerosa. Item an delegatus sciuerit exceptionem sibi competere an ignorauerit. Sic enim Dynus distinguebat, quem Bar. refert & probat *ad l. doli 19. D. de nouat. ex l. 2. §. aliud iuris. D. de donat. l. Iulianus 7. primo respons. D. de dol. except.* Qui tamen loci non de vero debitore delegato tractant de quo nos disputamus sed de putatiuo, ut & Bartol. fatetur ad dictam leg. si quis delegauerit. At longè alia putatiui alia veri debitoris delegati ratio est. Facilius enim succurritur delegato qui nullomodo debitor fuit, quàm ei qui reuera fuit licet haberet exceptionem. Item tractant de delegatione facta donandi animo, id est ei cui delegans donare volebat, & consequenter qui nondum erat creditor ne quidem ex causa lucratiua cum necdum vlla esset donatio. In quo non potest locum habere ratio qua Paulus mouetur, *quia suum recepit,* siquidem fieri nequeat ut suum receperit qui creditor non fuit. Nam & sub conditione facta videtur illa donatio si debitor sit qui donandi animo tanquam debitor delegatur, *arg. l. si sic 75. §. 1. de leg. 1. l. legari 25. in fin. de liber. legat.* Addebat Dynus posse exceptionem quæ competeat aduersus delegantem ei quoque nocere cui facta est delegatio si eadem causa sit concedendæ aduersus vtrumque exceptionis, ut puta si mulier quæ pro alio intercesserat iuuarique Velleiano poterat delegari se passa sit. Nam & aduersus creditorem ex delegatione agentem eadem ipsi exceptio proderit, *d. l. doli §. diuersum. & l. quamuis 8. §. si mulier ad S. C. Velleian.* vbi ratio redditur, quoniam in secunda quoque promissione intercessio est. Sed hoc ad rem non pertinet. Nam quemadmodum duplex illo casu intercessio est, ita & consequens fit ut alia sit exceptio quæ compebat aduersus delegantem, alia quæ nunc competit aduersus eum cui facta fuit delegatio: quamuis eadem sit genere, quod nec Bartolus prætermisit. Illa tantum distinctio probari potest, An exactiois quæ ex delegatione fiet commodum ad delegantem reuersurum sit necne, ut si reuersurum sit vno illo casu, nec alio præterea vllor noceat ei cui delegatio facta est, exceptio quæ deleganti erat nocitura. *Ex l. apud Celsum 4. §. apud Iulianum 22. & l. seq. §. penult. D. de dol. mal. except.* Ratione illa, quod qui agit suo nomine ad alienum commodum perinde habendus sit ac si alieno nomine ageret, *l. non solum 39. §. sed interdum de procurat.* Obserua tamen in d. §. apud Iulianum mendum subesse in postremis illis verbis, *licet videatur dos nulla filia, ut ait, quæri.* Non enim nulla legendum est, sed illa ut apertissimum est, & præcedentia omnino probant quæ sic habent, *dos enim quam maritus ab herede soceri petiit, intelligitur, inquit, filia acquiri cum per hoc dotem sit habitura.* Ex quibus verbis ut hoc etiam addamus apparet errare Bartolum, Zasium, & cæteros quotquot Accursium secuti eum locum intelligunt de marito post diuortium dotem exigente. Maritum enim & dotem cum simpliciter dicimus constante matrimonio intelligimus, quippe quo soluto nec maritus amplius nec dos dici debeat. At neque verum esset quod eod. §. subicitur, etiam de dolo mariti excipi posse. Nam cum post diuortium dos petitur cur noceat mulieri dolo mariti, qui nullum amplius in dote ius habet? Atqui, inquit, Apertè iniquum & falsum est si maritus dotem petat constante matrimonio nocere ipsi exceptionem doli ex persona mulieris ut in §. præcedente Vlp. dixerat, rationem adferens *ne mulier indotata*

fiat, id est ne iniuria fiat marito, qui dotem petit, non ducturus uxorem nisi dotem accepisset. Sic enim ratio illa explicanda est ex Paulo in dict. l. i. §. penultim. eod. non quomodo volunt, qui putant cogitasse Vlpianum de damno mulieris quod ipsa incurreret si indotata constitueretur. Cur non enim ei imputari oporteat si ex dolo suo damnum sentiat? Verum respondeo tunc verè id dici cum de solius mulieris dolo contra maritum exciperetur. Quem casum Vlpianus tractat in d. §. præcedenti, & Paulus in d. §. penult. At in §. apud Iulianum, quæstio illa proponitur, si heres fœcerit a quo dos peteretur, exciperet de dolo mariti & mulieris cui pecunia quaereretur an obstatura esset exceptio ex persona mulieris. Tractabat igitur Iulianus eam facti speciem in qua non de solius mulieris sed etiam de mariti dolo excipiebatur, quo casu cessat fauor ille mariti suo nomine dotem exigentis, cum is ipse dolum commiserit, ut nec mirum videri debeat si non tantum ex proprio sed etiam ex mulieris dolo per exceptionem repellatur. Dices superuacuum fore quæstionem illam utrum ex mulieris dolo repelli debeat si ex suo proprio repelli possit. Imo verò, inquam, utilis est & necessaria, non ut magis condemnatur maritus ex dolo mulieris si iam ex proprio fuit condemnandus, sed quia de admittendis aut reiiciendis exceptionibus tum quaerendum est, cum proponuntur, priusquam de facti veritate cognitum sit & ad condemnationem veniatur. Proinde interest mariti cui exceptio doli non tantum ex propria sed etiam ex uxoris persona obicitur, illud primum sciri, an ea exceptio ex persona mulieris admittenda sit, ne inanibus oneretur sumptibus quos ad eiusmodi exceptionem repellendam fieri necesse esset, in illa facti quæstione discutienda dolumne mulier commississet necne. Quod cum ita sit illud quoque mirari subit, quod Vlpianus miretur Iulianum non explicasse an & de dolo mariti excipi possit. Nam si Iulianus eum casum tractabat, ut diximus, quo excipiebat heres fœceri de dolo mariti uxorisque coniunctim, ad eoque non dubitabat quin propter concurrentem mariti dolum de mulieris quoque dolo admittenda exceptio esset, an dubitare poterat, quin de ipsius mariti dolo multò magis excipere liceret? Illa enim dubitandi ratio quod filia dos quaeri videretur, facere non poterat ut eò minùs repelli deberet maritus agens suo nõ uxoris nomine, præsertim cum uxoris quoque dolum interuenisset: sicuti quod maritus constante matrimonio dotem petens agit suo nomine suum que gerit negotium, non facit quin doli exceptione sit repellendus etiam ex persona mulieris cum ipse quoque dolum admisit. Itaque ea additio Vlpiani, *puto autem eum hoc sentire ut etiam de dolo mariti noceat exceptio*, vera quidem est, sed tamen parum subtilis, necessaria verò nullodo. Similisque est plerisque notis Pauli ad Iabolenum & Papinianum quas reprehendendi studio potius quam ratione vlla ut plurimum expressas esse apparet, & nos si meminimus, alio loco monuimus.

Anastasi

Anastasi constitutionem in l. per diuersas 22. C. mandat. non pertinere ad indubitatas obligationes, & quanam illa sint.

## CAP. XII.

**R**ERCELEBREM hanc Anastasij constitutionem quæ de improbandis actionum venditionibus facta est non pertinere ad indubitatas actiones, etsi non est ex interpretibus qui fateatur, tamen ipsa Constitutionis verba non obscure præferunt, exposita enim per Anastasium initio legis ratione propter quam novum ius hac parte constituendum putauerit, nimirum ut multorum non fraudibus sed malitiis occurreret qui alienis rebus fortunisque inhiantes, cessionem aliis competentium actionum ambiunt, eoque modo diuersis vexationibus personas litigatorum afficiunt, subiicit in hæc verba, *cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis quibus antea suppetebant iura sua vindicare quam ad alios ea transferre velle.* Quæ verba sic omnino accipienda existimo, ut sensus sit, dubitandum non esse quin si quis ius obligationis & actionis sibi competens ad eò certum & indubitatum crederet ut nullam eo nomine litem vereretur, magis utique debitum ipse exigere quam alij exigendum mandare vellet: sibi enim quisque magis quam alij fauere & solet, & debet. Quoties igitur quis actionem suam vendit alteri, credendum est, inquit Anastasius, id eum agere ut aduersarij quem velut futurum litigatorem iam oderit, personam grauiori afficiat vexatione. Ergo si proponas obligationem & actionem quæ venditi titulo cessa est, ad eò certam & indubitatum fuisse ut litis periculum nullum fuerit, causa nulla est cur cessante legis Anastasie ratione constitutionem illam locum habere quis putet. Nostri autem eodem illo versiculo mouentur, ut prorsus contraria interpretetatione non nisi de indubitatis actionibus Anastasium sensisse arbitrentur. Quasi sensus sit, eos qui indubitatas vendunt actiones id otius agere ut sua iura per interpositam simulatè emptoris personam vindicent, quam ut ea in alios transferant. Itaque venditiones istas non alio quam simulationis prætextu ab Anastasio improbari existimant, ac si venditionis color in huiusmodi contractibus quaereretur ab iis qui nihil minùs cogitent, quam ut vendant, hoc vnum potius animo agitantes ut per simulationem supposito emptore aduersarium grauius inquietent, & excrucient. Quod tamen quam ridiculè ab iis dicatur, vel ex eo maximè constat, quod non odio venditorum mouetur Anastasius, sed emptorum, quos & alienarum litium redemptores vocat, & alienis rebus fortunisque inhiantes. Item quod in tota lege de simulatione argumentum ne vnum quidem. Nam verba illa quæ nostros, ni fallor, fefellerunt, *licet instrumento cessionis, venditionis nomen insertum sit*, non eo sensu accipi debent ac si scriptura esset venditionis nomen hoc casu simulatè insertum intelligi, sed ita potius ut quamuis vera sit actionis venditio, quæ inspecto iure omnino valere debeat, *Tot. tit. de hered. vel act. vendit. D. & C.* non tamen ex ea licet emptori agere nisi ad concurrentè vsque quantitatè precij reuera soluti eiusque vsurarum. Nepe quod redèptiones istas mala mente & alterius vexandi gratia extortas equè sit ita restringi, nõ ut omnino improbetur, sed ut eatenus tantum probetur quatenus abest emptori, ne ex improba negotiatione quicquam



lucris cōsequatur. Ita enim posito iure vix est vt alienam litem redimere velit, qui nihil ex ea commodi sperare possit. Quamquam abhorret manifestè ius hoc à natura venditionis, quæ illa est vt ius omne quod fuit penes venditorè transferat in emptorem licet multò pluris sit res vendita quàm quantitati conuento precio æstimata est. Id enim est quod dici solet, In emendo & vendendo licere contrahentibus naturaliter se decipere, *l. in cause 16. §. id. Pomponius D. de minor. l. si voluntate 8. C. de rescind. vend.* Sed vt coerceatur istiusmodi redemptorum audacia, puniaturque nõ fraus quæ nulla hinc subest, sed malitia, æquissimum fuit ita ius constitui vt à ceterarum venditionum regulis hac parte recederetur. Ex quo etiam apparet quàm imperitè faciant qui ea constitutione Anastasiana sublatam putant titulū de actione vendit. Neq. enim prohibuit Anastasius vendi actiones, sed prohibuit emi animo redimendarum alienarum litium: quod quoniam non aliter fieri potest quàm si minùs iusto precio empta sit actio, vetuit ne suprà quàm precij nomine solutum est possit emptor exercere actionem. Cæterum quin ad eam vsq. quantitatem exercere possit, & quidem emptoris iure, non prohibuit. Ergo nec fecit quin eatenus valeat venditio, emptioq. quatenus precium reuera numeratum est. At nihil est quod tam absurdum nostrorum errorè magis deregat, quàm quod indubitatas actiones ipsi interpretantur quæ in iudicium nondum sint deductæ, ita existimantes non esse constitutioni locum si vendatur actio quæ in iudicium iam deducta sit, non quòd ea venditio magis valeat, sed quia tractatus ille de litigiosa actione vendita pertineat potius ad titulum de litigiosis. Sunt qui reprehendant, sed ineptiore ratione, quòd, inquiunt, titulus ille de litigiosis ad actiones non pertineat. Omnino malè. Pertinet enim, idque ex Constantini, Gratiani & Iustiniani constitutionibus in l. 2. 3. & 4. C. ill. tit. Multum verò interest an actio quæ venditur litigiosa sit necne. Nam cum litigiosa est nullo titulo alienari potest *l. vlt. C. eod.* cum nondum est litigiosa alienari quocumq. titulo potest, & consequenter vendi, sed ad concurrentem vsq. duntaxat vt diximus cōuenti precij quantitatem. An igitur in omnibus iis actionibus quæ in iudicium adductæ non sunt si venditæ proponantur locus erit legi Anastasianæ vt vulgo creditur? Atqui non eò minùs dubia est actio quòd nondum in iudicium deducta sit, vt puta si ex ambiguo chyrographo competat, de quo in l. 3. C. de litig. Ergo non omnis actio quæ in iudicium deducta non sit, indubitata dici potest. Ac proinde si pertinet ea lex ad indubitatas tantum obligationes & actiones, impunè vendetur quocumque precio illa, quæ competet ex ambiguo chyrographo. Quod tamen quàm ridiculum sit nemo non videt. Si quo enim casu, hoc vno certè quo venditur actio competens ex ambiguo chyrographo, imputari potest emptori cur emerit, quia litem potius redemisse quàmuis nondum in iudicium, quàm actionem comparasse videatur. At rursus prorsus improbabile est quod nostri volunt, improbatas esse generaliter actionum omnium quæ nondum fuerint in iudicium deductæ, venditiones. Alioqui cum necesse sit omnes quæcumque vendi possunt vel in iudicium deductas esse vel non esse, consequens fiet vt nullæ vnquam vendi possint, obstante nimirum vel Anastasiana lege vel iis constitutionibus quas sub tit. C. de litig. diximus collocatas. Porro nimis illud durum est, nec solùm à iuris ratione sed etiam ab Anastasij consilio & mente alienum, vt earum quoque actionum venditio restringatur quæ

sunt.

sunt indubitata, id est, vt ego quidem interpretandum esse arbitror, quæ sunt ad eò certæ & exploratæ vt de iis nulla lis timeri possit. In iis namque cessat ratio illa Anastasij, quòd non possit non suspecta esse venditori obligatio & actio quam ipse malit vendere quàm exercere: Cum indubitata eam intelligamus quæ ne suspecta quidem est, & de qua litis periculum nullum vereri venditor potest. Exemplum esto si debitor confessus sit se debere, nec quicquam alleget propter quod non debeat solvere. Indubitata enim est hæc actio non tantum si extra iudicium talis confessio facta sit, sed etiam & multò magis si in iure & apud iudicem, quia confessus in iure pro iudicato habetur, *l. 1. & 3. l. certum 6. §. vlt. de confess.* Nec existimandum est titulum de litigiosis ad huiusmodi actionis alienationem pertinere posse, quàm per debitoris confessionem lis indubitata facta est, quandoquidem nec lis vlla cum confesso esse intelligitur, sicuti nec cum condemnato. Idem erit si venditio fiat actionis iudicati, cum nulla amplius post iudicatum quæstio superesset. Nam & ea quoque actio ad eò indubitata est vt super ea neque transigi neque iusiurandum deferri possit. Nisi de hoc ipso dubitetur an iudicatum sit aut an à sententia appellatum sit, vel appellari adhuc possit. Quibus casibus sicut metu futuræ litis transigi adhuc potest, *l. & post rem 3. l. post rem 11. D. de transact. l. si causa cognita 32. C. eod. l. eleganter 27. §. 1. D. de condic. indeb.* ita nec putem valituram cessionem venditionemque actionis iudicati, quia non sit indubitata *d. l. eleganter §. 1.* Possit etiam quis non malè meo iudicio dicere indubitata d. l. eleganter §. 1. Possit etiam proinde quocumque precio viliter & impunè vendi posse præsertim nondum mota lite, eam quæ competit ex instrumento obligatorio vt pragmatici vocant garentigato, quoniam sententiæ & condemnationis vim eiusmodi instrumentum obtinet non iure communi sed ex autoritate statuti quo vtimur: Quamuis hoc ita putem accipiendum si debitor qui de venditione conqueritur, nihil alleget quod dubitatum faciat actionem. Nam si vt quotidie fit, aliquid sit quod litis eueniunt dubium constituat, pertinebit hic etiam casus ad legem Anastasianam. Quamquam eius litis quæ per iniuriam aut calumniam potest emergere, verius est rationem haberi non oportere, *leg. in summa 65. §. prim. de condition. indeb. l. eotempore 50. D. de pecul.* Idcirco autem indubitata actionis venditionem valere dicimus, non solùm quòd hoc casu iusta lis nulla metui possit, sed etiam quòd plerumque contingat non esse debitori totius debiti numerationem in expedito ad soluendum creditori qui præsentem fortassis pecunia indigeat, fortè quia vel non sit idoneus debitor vel absit, *argum. leg. si dubiet 10. D. de fideiuss.* quod cum euenit, vtique ignoscendum est creditori, si minore etiam precio indubitata vendat actionem: Emptori verò etiam in consequentias, ne iniuria fiat venditori si ex iusta causa venditurus emptorem inuenire prohibeatur: vel eò magis quòd non potest videri alienam litem redemisse qui eam actionem emit cuius nomine nec vlla lis sit, nec esse possit. Atqui siue prima siue postrema legis Anastasianæ verba inspicias, non nisi alienarum litium redemptoribus nocere Anastasius voluit. Ideòque & eas personas, & eos casus excepit quibus redemptæ litis præsumptio locum habere non debeat: nimirum tum etiam cum lis aliqua est, eaque non indubitata. Quod addo, ne quis hunc casum quo actio indubitata est prætermisum putet, quem

& ipsis verbis legis satis expressum iam probauimus, & si prætermisus esset suppleri tamen ex iuris ratione & Anastasii mente debuisse.

*Emendatio leg. si à te 9. D. de except. rei indic.*

## CAP. XIII.

**S**I à te, inquit Vlpianus, hereditatem petam cum nihil possideres, deinde ubi cœperis aliquid possidere rursus hereditatem petam, quæstionis est an mihi noceat exceptio rei iudicatæ: & putem, inquit, siue iudicatum fuit hereditatem meam esse, siue aduersarius quia nihil possidebat absolutus est, non nocere exceptionem. Ac quidem quod ad eum casum pertinet quo absolutus sis quia nihil possidebas, in promptu ratio est cur exceptioni locus esse non debeat. Nimirum, quoniam licet eandem nunc hereditatem petam quam peti j alio iudicio in quo succubui, aliud tamen ius est aliæque causa vincendi, cum tu non tam viceris quam absolutus sis, quia nihil possidebas, qui utique fuisses condemnatus si quid possidisses. *leg. si rem meam 17. eodem titul.* Idque est quod in *leg. si quis 18. idem Vlpianus* ait, si quis ad exhibendum egerit, deinde absolutus fuerit aduersarius, quia non possidebat, & dominus iterum agat nacto aduersario possessionem non esse locum exceptioni, *quia inquit, alia res est. l. cum quaritur 12. & seqq. ll. cum de hoc 27. eodem.* Sed illud difficilius est quod ad alium casum pertinet, quem Vlpianus tractat, si iudicatum fuerit hereditatem meam esse cum tu nihil ex hereditate possideres. Quenam enim dubitandi ratio excogitari potest, cur hereditatem rursus à te petere non possim, si quid postea cœperis possidere? An eò minùs licere mihi debet hereditatem petere, quòd iam cognitum sit, & pronunciatum hereditatem meam esse? Imò tantò magis mihi permittendum est vt ius meum persequare de quo post sententiam nec dubitari amplius possit. Dicat aliquis potuisse dubitari num post sententiam pro me redditam obiici mihi deberet exceptio rei iudicatæ, quia licet dici soleat, euidenter iniquum esse rei iudicatæ exceptionem ei proficere contra quem iudicatum est. *l. euidenter 16. eod.* ea tamen ratio replicationem inducit aduersus exceptionem, potius quam vt exceptionem impediatur, *vt apparet ex §. 1. huius legis, & ex §. creditor leg. si fundus 15. D. de pignor.* At respondeo Vlpianum hic non ita loqui vt dicat exceptionem rei iudicatæ competere quidem, sed ita tamen vt per replicationem elidi possit: quinimò ait non nocere. Quod ego sic omnino accipiendum existimo vt opposita non noceat, quia nec competit, vt & in *l. si in iudicio 21. hoc tit. in illis verbis, quia enim non competit, nec opposita nocet.* Et sanè fatendum est siue pronunciatum sit hereditatem meam esse, siue absolutus sis cum utroque casu nihil possideres, si postea possidere cœperis, & rursus hereditatem petam planè aliam rem esse, quæ nunc in iudicium deducitur: deòque nec exceptioni locum esse posse. *d. l. si quis.* Eandem enim aut diuersam rem causamve facit origo petitionis potius quam formula sententiæ, *leg. si mater 11. §. eandem eod. tit.* At initio petieram à te hereditatem cum nihil possideres, nunc peto, cum possides: alia ergo petitio est: Nam si qui hereditatem petit ab eo qui nihil ex hereditate possideret, nihil petit:

Qui

Qui verò hereditatem petit ab eo qui aliquid ex hereditate possidet, hoc ipsum petit quod reus possidet. At qui sunt ista prorsus dissimilia & disparata nihil petere, & aliquid petere. Nihil ergo hac parte interesse potest, quod ad exceptionem rei iudicatæ denegandam pertinet, an pronunciatum sit hereditatem meam esse, an absolutus sis, si utroque casu nihil possidebas sententiæ tempore, nunc verò possides cum hereditatem peto. Nisi quòd longè minor, imò nulla prorsus dubitandi ratio est eo casu quo pronunciatum sit hereditatem meam esse: Quam ob causam vetus glossator sic locum hunc intelligebat, vt ponendum esset te cum hereditatem meam esse pronunciatum est, res quasdam ex hereditate possidisse, vt dubitandi ratio illa afferri posset, quòd tu earum rerum nomine quas tunc possidebas condemnatus, in abis omnibus absolutus videreris. Quo quid ineptius? Nam præter id quod Vlpianus aperte contra ponit petisse me abs te hereditatem cum tu nihil possideres, quænam obsecro amentia ista est sic ratiocinari, vt quoniam earum rerum nomine quas possidebas condemnatus fuisti, absolutus videare illarum etiam nomine quas non possidebas? Aut, cur magis tibi prodesse debet quòd pro quibusdam rebus quas possidebas fueris condemnatus, quam si nullomodo cõdemnatus esses, cum nihil omnino possideres? Itaque non dubito quin locus sit corruptus, & ita restituendus, vt addita negatione legamus: *siue iudicatum fuit hereditatem meam non esse.* Nam quemadmodum de illo tantum Vlpianus quærit an mihi noceat rei iudicatæ exceptio, ita fatendum est non aliù ab eo casum tractari quam quo aduersus me iudicatum sit. Potest autem duobus modis fieri vt contra me iudicetur, si hereditatem petam à te qui nihil ex hereditate possides. Aut ita vt absoluaris, quia nihil possides, aut ita vt pronuncietur hereditatem meam non esse: utroque casu placet Vlpiano idem iuris constitui debere, vt si postea hereditarium aliquid possidere cœperis, & rursus petam hereditatem, non submouear exceptione rei iudicatæ. Ratione illa videlicet, quam supra attulimus, quòd alia res sit, quæ nunc in iudicium deducitur. Atqui, inquires, eadem manet causa vincendi: non enim qui rem hereditariam possidet, ob id solum condèmandus est quòd possidet, sed ita demum si hereditas ad actorem pertineat. Alioqui in pari causa melior esse deberet condicio possidentis, hoc ipso quo possideret. *l. vlt. C. de rei vind. l. vlt. D. de acq. poss.* Proinde cum pronunciatum est hereditatem meam non esse, parum referre videtur an quid postea cœperis possidere an nihil, cum prius sit vt hereditas mea sit quam vt hereditatem possim à te petere. Et hoc sanè est quod Accursium fefellit, vt dixerit obstare mihi debere exceptionem rei iudicatæ si pronunciatum sit hereditatem meam non esse. Fefellit etiam cæteros, vt mendum quod nos indicamus & corrigimus, animaduertere non potuerint, sed Castrensem maximè, qui alio etiam casu nocituram mihi ait exceptionem istam, si inquit, absolutus fueris simpliciter non adiecta illa causa, *quia nihil possidebis.* At cogitare omnes debuerunt, nec his quidè casibus nocere posse exceptionem rei iudicatæ, quia cum tu prioris iudicij tempore nihil omnino possideres, tamen si ego hereditatem petierim, nihil tamen in iudiciu deductu videatur, nec tã ego rã aliã ab ea quam nunc peto, quã nullã omnino petiisse. Quid enim possit peti ab eo qui nihil possideat, nec dolo desierit possidere? Itaque sententia contra me lata, qua pronunciatum est hereditatem meam non esse, aut qua tu simpliciter absolutus es,

non magis parere potest exceptionem rei iudicatæ quam si non esset lata, cum eo tempore quo lata est, nihil inter nos esset de quo disceptare possemus. Eum siquidem qui petitione hereditatis sicut & qui vindicatione convenitur, possessorem esse necesse est saltem sententiæ tempore, ut sententia siue pro eo siue contra eum ritè ferri possit. *l. si autem 27. D. de rei vindicat.* Nisi dolo malo & cum sciret se non possidere liti se obtulerit siue interrogatus fuerit an possideret siue non, *l. is qui se obtulit 21. eod.* [ potest enim fieri ut liti se reus offerat licet ab actore non interrogetur, in quo etiam Castrensis erravit. ] Quo casu etiam si nihil possideat, hæreditas tamen ab eo peti potest, quia ut habet iuris regula dolo pro possessione est. *l. nec ullam 13. §. non solum D. de petit. hered.* Quamquam nec ad aliud teneri tunc reus potest quam ut præstet quanti actoris interest deceptum non esse, *l. penultim. D. de dolo.* non etiam ut quid restituere teneatur qui nihil habeat. Cæterum non hunc casum Vlpianus tractat, quo tu qui nihil possideas liti te obtuleris dolo malo ac si possidisses, sed illum potius quo negabas teneri te petitione hereditatis quod nihil possideres. In eo namque differt petitio hereditatis à rei vindicatione, quod vindicatio in rem ipsam proponitur, non in personam, nec alius in iudicio vindicationis reus est si veterem iudiciorum ritum spectes, quam qui revera possidet, aut dolo desit possidere, aut se vltro liti offert ut fundum defendat tanquam possessor. At petitio hereditatis in personam proponitur licet in rem scripta sit, ob idque nec longi temporis præscriptione remouetur, *leg. hereditatis 7. C. de petit. hered.* Ideoque facilius in petitione hereditatis evenit ut is conveniatur, tanquam aliquid possidens hæreditarium, qui neque possidet quicquam, neque dolo desit possidere, neque dicit se possessorem. Potest etiam fieri per iudicis imperitiam, aut ita ferente litis ordine ut non tantum absolvat iudex possessorem qui hereditatis petitione perperam conventus est cum nihil possideret, sed etiam pronunciet, hereditatem petitoris non esse. Quod cum sit, durior quidem est petitori sententia, sed non tamen in eo ut facilius repelli debeat exceptione rei iudicatæ si postea petat hereditatem, um idem aduersarius hereditarium aliquid possidere cœperit. In illo tantum durior videri potest, quod si is qui res hereditarias quasdam possidebat, sed non omnes quæ petebantur, non solum absolutus sit earum nomine quas non possidebat, sed etiam obtinuerit pro iis quas possidebat, pronunciante iudice hereditatem actoris non esse, danda illi erit exceptio si rursus ob alias res quas post sententiam possidere cœperit conveniatur petitione hereditatis. Neque enim alia res in sequens iudicium deducta videri potest ob id duntaxat, quod nunc earum rerum nomine agatur quas reus nunc possidet, antea verò non possidebat. Semper siquidem verum est hereditatem peti, quæ iam fuerat petita, nec posse actorem quicquam iuris habere in ea hereditate, quam pronunciatum sit suam non esse. Aliud erit proculdubio si ponas reum qui plurium rerum nomine conveniebatur petitione hereditatis, absolutum fuisse pro iis quas tunc non possidebat. Nam si easdem postea cœperit possidere, tantum abest ut proficere illi debeat rei iudicatæ exceptio, ut potius perinde nunc condemnari debeat, atque iam fuit condemnatus ob eas res quas prioris sententiæ tempore possidebat: Cum quæ prius absolventi causa fuit, nunc sublata sit, eadem contra manente causa

con-

condemnandi. Planè multum intererit, an pronunciatum sit hereditatem meam non esse, an verò tuam esse, aut quod hac parte idem est, res illas quarum nomine petitionem hereditatis institueram, ad te pertinere. Hoc enim posteriore casu omnimodo nocebit mihi exceptio, adeoque tametsi novum ius superuenerit ex quo possim contendere hereditatem aut res illas iure ad me spectare. Nempe quia non meum tantum sed cæterorum quoque omnium ius in iudicium deductum & per sententiam extinctum intelligitur, hoc ipso quo pronunciatum est hereditatem tuam esse, cum res illa iudicata pro veritate habeatur, fieri autem nequeat ut vllius alterius sit quod tuum est, *l. si inter me 15. vbi est textus elegans D. hoc tit.* Nec simile est quod in *l. si mater 11. eod.* idem Vlpianus noster ait succurrendum esse matri quæ filij successionem ab intestato vindicans aduersus eum qui se dicebat substitutum, victaque, quia patris testamentum ruptum non erat, eandem hereditatem vindicat apertis pupillaribus tabulis ex quibus apparuit victorem non fuisse substitutum. Illa enim ratio, quia *vnam tantum causam equi rupti testamenti*, ideo tantum recta est accommodata, quia etsi mater victa fuerat, non tamen pronunciatum erat hereditatem ad substitutum pertinere, sed tantum testamentum ruptum non esse, quo primum colore filij successionem mater ab intestato vindicabat.

*Explicatio §. 1. d. l. si à te 9. de except. rei iudic.*

## CAP. XIII.



VLPIANI verba hæc sunt, *Si quis fundum quem putabat se possidere defenderit, mox emerit, re secundum petitorum iudicata, an restituere cogatur? Et ait Neratius, si actor iterum petenti obiciatur exceptio rei iudicata replicare eum oportere de re secundum se iudicata.* Nostri post Accursium tres adferunt interpretationes. Primam illam ut qui fuit condemnatus fundi nomine quem non possidebat, si post condemnationem fundum emerit perinde cogatur eum restituere atque si condemnationis tempore possidisset, nec iuuare se possit exceptione rei iudicatæ, cum sit condemnatus. Secundam, ut reus ille tanquam possessor conventus cum non possideret absolutus, postea verò possessor ex causa emptionis factus, tandem condemnatus fuerit. Tertiam, ut iudex eadem sententia & reum absoluerit quia non possidebat & actoris rem esse pronunciauerit. Secundam Bartolus improbat ut falsam, nec immerito. Apertè enim Vlpianus ponit iudicatum fuisse secundum petitorum. Accursius contra, priorem illam nescio quam sententiam comminiscitur pro reo redditam aduersus petitorum: Alias probat. Mihi omnes improbables videntur, sed vltima præcipue, quia non video qua ratione fieri possit ut per eandem sententiam & absoluat, reus tanquam qui non possideat, & nihilominus actoris rem esse pronuncietur. Nam cum in iudicio vindicationis ut in cæteris omnibus reum aliquem esse necesse sit, alius autem esse non possit, quam qui possidet habetque restituendi facultatem, *l. officium 9. & pass. de rei vendic.* an non fatuus sit iudex si nullo existente contradictore velit pro actore pronunciare rem eius esse? Et verò dubitandum

non est, quia quod Ulpianus ponit secundum petitorum iudicatum fuisse, ita omnino accipi debeat, ut eadem sententia reus condemnatus sit, non absolutus. Prima videtur magis placuisse Bartolo, qui textum hunc literis aureis scribendum dixit ad hoc ut probetur, sententiam latam contra non possidentem tanquam possidentem si de nouo coeperit possidere, mandandam aduersus eum executioni. Quod tamen non puto verè dici posse. Sententia enim prorsus nulla est, ideòque nec transire potest in rem iudicatam quæ contra non possessorem tanquam possessorem lata est, præsertim in iudicio vindicationis, cuius effectus ille ut res auctori restituatur d. l. officium, quod fieri non potest si nec possessor sit qui conuenitur nec pro possessore habendus. Ad eò ut etiam si accepti iudicij & contestationis tempore possideret, omnimodo tamen absoluendus sit si eo tempore quo iudicatur amiserit sine dolo malo possessionem d. l. si autem 27. in princip. D. de rei vindic. l. pen. D. de dolo. Tritum autem illud est, Sententiam quæ sit nulla & contra ius reddita numquam transire in rem iudicatam nec executioni mandandam esse, l. si cum nulla 58. D. de re iudic. Error nostrorum in omnibus istis interpretationibus ille est, quod putant tractari ab Ulpiano casum illum quo reus qui petitum fundum defendit, condemnatus sit priusquam emerit, & ex emptionis causa possidere inciperet. Cum tamen contextus ipse verborum qui præcipue attendi debuit ostendat factum eum fuisse emptorem & possessorem antequam condemnaretur. Sic enim Ulpianus, *Si quis fundum quem putabat se possidere defenderit, mox emerit: re secundum petitorum iudicata, &c.* Nam quid obsecro verba illa sibi volunt defenderit mox emerit, nisi quod statim post susceptam defensionem, & consequenter fundum emerit & possidere coeperit is qui antea non possidebat, tametsi possidere se putaret? Alioqui nec secundum petitorum iudicatio pronounciari potuisset reo non possidente tùm cum sententia ferebatur. Vnde illud etiam meo iudicio eueniret ut re secundum petitorum iudicata si auctor post acquisitam condemnatione ex causa emptionis possessionem, iterum peteret, nullus ex ea sententia exceptioni rei iudicatæ, nullus etiam replicationi locus esse deberet, propterea quòd sententia, ut diximus, penitus nulla esset. Errant igitur toto cælo qui putant in ea specie de sola possessione actum fuisse & iudicatum, non etiam de proprietate, moti tantum ex iis verbis, *quem putabat se possidere*. Nec animaduertentes verba illa, *si quis fundum defenderit*, proprietatis non possessionis defensionem significare, sicut nec fundi appellatione possessio sed proprietatis demonstratur. Possessionis tamen fieri mentionem necesse fuit, quia ut superiore capite diximus, aduersus vindicantem fundum is demum potest defendere qui possidet, aut pro possessore habetur, non item qui possidere se putat nec possidet. Nam qui putat se possidere cum reuera non possideat non potest videri dolo malo facere licet se liti offerat, ideòque nec pro possessore habendus est, ut contra eum illa exercentur actio quæ non nisi contra possessorem exercenda est. Nec igitur condemnandus. Sanè superueniens possessio ante condemnationem sicut facit ut contra eum ferri sententia possit auctore probante, aut pro eo si auctor non probet. Ita non impedit quin excipi possit de re iudicata, quamuis nouus emptionis titulus accesserit de quo nec defensionis tempore cogitabatur. Nempe quoniam auctore probante suum esse fundum quem petit, fieri ne-

queat

queat ut eius fuerit qui reo vendidit, non magis quam ipsius rei cum duorum eodem tempore & in solidum esse non possit. Quare nec dubitat Ulpianus quin exceptioni rei iudicatæ locus sit, cui utique locus non esset si propter possessionem quæ ex nouo emptionis titulo superuenerit de iure auctoris iterum quærendum esset, quia & alia res, & aliud ius in iudicium deduci nunc videretur, l. cum queritur 12. & seqq. D. hoc iur. Idem errant qui dubitandi rationem illam adferunt, quòd cõdemnatus reus empti titulum postea quæsiuisset paratúsque esset de ipsa proprietate litigare. Hoc enim iam refutauimus. Sed errant longè grauius cum exceptionis formulam illam adstruunt quæ emptori eidemque condemnato accommodatur, *Secundum re rectè iudicatum est cum non essem verus possessor, nunc empti titulo sum subnixus, ideòque sententia in utilitatem tuam lata ad hanc meam & presentem possessionem non extenditur*. Quid enim commune habet ea exceptio cum exceptione rei iudicatæ de qua nominatim Ulpianus loquitur? Replicatio illa dicenda esset potius aduersus exceptionem rei iudicatæ si emptori res iudicata obiceretur. At contra ponit Ulpianus emptorem ipsum à quo post sententiam iterum fundus petatur obicere exceptionem rei iudicatæ non auctorem, quia nec exceptio auctori accommodatur, sed reo. Alia porrò exceptio nulla reo accommodari poterat, quia sententia super dominio & proprietate pro auctore reddita contra eum qui sententiæ licet non contestationis tempore possidebat, non tantum possessoris rei ius extinxerat, sed etiam venditoris à quo ille post contestatam litem fundum emisset. Errant quoque qui in illis verbis, *si auctori iterum petenti obiciatur exceptio rei iudicatæ*, pro iudicata reponunt vendita, quasi exceptio rei venditæ potius prodesse debeat emptori, qui fuit condemnatus quam rei iudicatæ. Nam exceptio illa rei venditæ & traditæ non nisi aduersus venditorem eiusve heredem aut alium qui ab eo causam habeat competit, l. 1. & tot. tit. de exception. rei vend. non item aduersus verum dominum rem suam vindicantem quæ à non domino sit vendita. Rem enim suam à quocumque possessore vindicare, auferre & euincere dominus potest, l. rem alienam 28. D. de contr. empt. & tot. tit. de emitt. Sed & cum ut diximus emptio illa antè sententiam facta fuisset, & emptoris condemnationi viam aperuisset, absurdum sit post sententiam dari exceptionem rei venditæ illi qui nec aliam ob causam condemnatus fuerit, quam quòd emerit, rei que emptæ possessionem nactus sit: Ergo de exceptione rei iudicatæ Ulpianus omnimodo intelligendus est, quæ haud dubiè reo competit licet condemnato, cum id ipsum in iudicium deducitur de quo iam fuit pronounciatum, ne litium modus multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, ut Paulus loquitur in l. singulis 6. hoc tit. neve inanibus sumptibus vexetur, si iterum condemnetur qui iam condemnatus est. Sed tamen quia euidenter iniquissimum est proficere exceptionem rei iudicatæ illi contra quem iudicatum est l. euidenter 16. eod. æquissimum ex contrario est aduersus huiusmodi exceptionem rei iudicatæ dari replicationem auctori de re secundum se iudicata. Malè etiam nostri omnes ea verba, *auctori iterum petenti* sic accipiunt, ut pristinam actionem auctor in iudicium deduxerit. Id enim falsum esse probant illa præcedentia, *an restituere cogatur*, ostenduntque post redditam super proprietate sententiam nihil aliud egisse victorem nisi ut sibi res sua restitueretur. Quam in rem fundum peti & vindicari necesse

est, non ut de litigatorum iure iterum cognoscatur [Sic enim res abiret in infinitum] sed ut eò citius fundus restituatur quem sciat iam condemnatus ad actorem pertinere, utque si vltro possessor non restituat restituere à iudice iubeatur. Non enim qui in vindicationis iudicio cognoscit, cum pronunciat, ita fert sententiam ut iubeat rem actori restitui, sed illud tantum pronunciat, rem esse petitoris: quo facto petitur restitutio, & quidem per vindicationem potius quam ex iudicato ne sibi victor præiudicet si in personam agere malit, quam in rem. Nec negari potest quin etiam post sententiam pristinum ius vindicandi duret. Quandiu enim dominus manet qui vindicare vult, tamdiu ius habet vindicandi. At sententia quæ rem ipsius esse pronunciauit, etsi non facit eum magis dominum si iam antea dominus fuit, facit tamen ne dubitari amplius possit quin re vera sit dominus, cum pro veritate habeatur, illo etiam casu, quo reuera dominus antea non fuisset. Facit igitur, ut eò magis vindicandi fundi ius victor habeat. Tum verò liberum est condemnato ut vel restitutionem offerat, vel excipiat de re iudicata. Si restitutionem offerat, bene est, nec amplius partes suas iudex interponit. Sin excipiat de re iudicata, quod facere summo iure potest, replicare victorem oportet. *At si non secundum me res iudicata sit.* Atque ita iudex restitutionem fieri iubebit. Sin reus sciens nil sibi profuturam exceptionem rei iudicatæ propter replicationem quæ actori competet cum sit ipse condemnatus, nullam exceptionem obiiciat, nolit tamen restituere, recta iubendus est ut restituat. Quod si restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, tum siue possideat, siue dolo malo, aut citra dolum deserit possidere, ea omnia seruanda sunt quæ idem Vlpianus in hanc rem tractat in l. qui restituere 68. de rei vindicat. Idem ferè iuris est in creditore qui hypothecaria egit aduersus possessorem, & obtinuit. Hic enim cum vindicare fundum non possit tanquam dominus quia nec dominus est, rursus hypothecaria agere cogitur atque ita præbere condemnato possessori facultatem obiiciendæ exceptionis rei iudicatæ, quam tamen elidi æquum est per replicationem cum non secundum possessorem iudicatum sit sed secundum creditorem, *l. si fundus 15. §. creditor D. de pignor.* Si post sententiam pro creditore in hypothecaria redditam posset ille rem vindicare, non noceret ei exceptio rei iudicatæ, quoniam alia esset actio, nec proinde replicationem obiici oporteret. At qui vindicauit fundum & obtinuit, omnimodo repellitur exceptione rei iudicatæ, nisi iuuetur replicatione, quia iterum vindicare cogitur, nec aliam actionem habet quam æquè commodè possit exercere, quia dominus est. Proinde omnino necessaria illi est replicatio de re secundum se iudicata.

Emendatio

Emendatio §. item Iulianus l. si mater eod. tit. De except. rei iudic.  
& l. 4. C. de dot. promiss.

## CAP. XV.

**N**ON est difficile obseruare quod tamen nemo adhuc obseruauit, subesse mendum non vnum, in §. item Iulianus l. si mater 11. de except. rei iudic. in illo versiculo, nam etsi ante eandem partem petissem, & agerem familia erciscunda obstaret exceptio. Quod res iudicata sit inter me & te. Vult enim iis verbis Vlpianus rationem reddere eius quod ex Iuliano dixerat, Si cum ego & tu Titio heredes extitissimus, tu partem fundi quem totum hereditariū dicebas à Sempronio petieris, & victus fueris, mox eandem partem à Sempronio emero, agenti tibi mecum familiæ erciscundæ exceptionem obtare debere, quia res iudicata sit inter te, & venditorem meum. Consequens igitur erat ut in sequentibus ita scriberet, nam etsi à me eandem partem petissem, & ageres familia erciscundæ, obstaret exceptio, quod res iudicata sit inter me & te. Neque dubitari meo iudicio oportet quin ita legendum sit. Quis enim Accursij interpretationem probet ut tam cito tamque ineptè Vlp. personas mutauerit? Natus error est ex eo quod vbi scribendum erat à me facile imperitus librarius lapsus sit ut scriberet ante quomodo & hodie in Pand. Florent. legitur. Tum ex dictione illa ante, factum est æquè facile ut legi cœperit à te quæ vulgatio lectio est. Ea verò admissa necesse fuit pro petissem & ageres, reponere petissem & agerem. Quomodo enim tu à te petisses? Ita ex mendo vno eoque satis leui multa conflata sunt. Coniecturam iuuat quod etiamnum in plerisque libris legitur exceptio mihi obstaret, pro eo quod Florentiæ, obstaret exceptio. Apparet enim ex eo non sibi temperasse interpretem quin ad hunc locum manus admoneret. Ut taceam quod monui sæpius, frequentissimum illud mendum esse & passim occurrere ut pro m scribatur, & contra sensus autem erit apertus, nocere tibi debere exceptionem rei iudicatæ mihi competentem ex persona mei autoris aduersus quem egeras, quia etsi tu à me petissem & nunc ageres, mihi ex persona mea prodesset: nihil autem refert an ex mea an ex autoris mei persona competat, cum æquum sit emptorem hac parte ut in cæteris ferè omnibus uti iure venditoris. Id enim est quod in §. vlt. & l. si à te, eod. tit. idem Vlpianus ex eodem Iuliano dixerat, rei iudicatæ exceptionem à persona autoris ad emptorem transire debere, quamuis retrò ab emptore ad autorem reuerti non debeat. In l. si voluntate 4. C. de dot. promiss. aut multò grauius mendum est, aut longè periculosius fallimur. Nec enim puto vlla iuris aut æquitatis ratione defendi posse quod lex ait, & nostri omnes ex ea lege sentiunt, si voluntate dotantis plura in dotali instrumento sibi tradita esse maritus scripserit quàm susceperit, de his quæ defunt petendis pactum videri consecutum. Nam quomodo pactus videri potest de omnibus quæ defunt petendis qui omnia sibi iam tradita fuisse scripsit? Fateor maritum non plus cogi reddere iudicio de dote quàm acceperit, quia dotem numeratio facit non scriptura, l. 1. C. de dot. caut. non numer. l. 1. C. de donat. ant. nupt. l. maritus dotem 52. D. solut. matrim. Sed posse eum idcirco agere vltro ut quod solutum ipse professus est sibi soluatur, id verò nego & pernego. Nec simile est quod dici solet, non

aliàs contingere liberationem per apocham quàm si pecunia soluta sit, *l. si acceptolatum 19. §. 1. de acceptil.* Id enim eò pertinet, vt per exceptionem vel replicationem non numeratæ pecuniæ elidi possit ius apochæ, sed non vt ex apocha detur actio ad soluendum id quod re vera solutum non est: Alioqui inducta ad liberandum prodesse ad obligandum quod iuris ratio non patitur. Itaque si quid mei iudicij est, puto deesse negationem, legendumque, *de his quæ desunt non petendis.* Pactum namque de non petendo facile & vel ex solis coniecturis inducitur, vt puta si debitori meo reddiderim cautionem, *l. 2. D. de pact. l. creditorem. 7. C. de remiss. pignor.* Atqui pecuniæ solutæ professio collata instrumento maiorem rei gestæ probationem continet, quàm si chyrographum acceptæ pecuniæ fuisset redditum, *l. pecunia. 14. C. de solut.* Ergo si pecunia soluta talis sit quam aliquando restituere oporteat, ea solutionis professio licet non sufficiat ad probandam solutionem vt inducatur obligatio restituendi, proderit tamen ad hoc saltem ne id quod defuit peti vnquam possit. Multò magis quàm si maritus promissæ dotis instrumentum reddidisset: Quæ tamen redditio ad inducendum vt diximus pactum tacitum de non petendo sufficeret, quamuis non ad obligandum maritum vt iudicio de dote conuentus plus redderet quàm accepisset, nam quod lex ait de pacto, hand dubiè de tacito intelligi debet, cum expressum nullum sit de his quæ desunt petendis. De non petendis intercessisse expressum videri potest & reuera intercessit, hoc ipso quo scriptum est omnia tradita. Aut cum tacitum pactum ex eo quod expressum est induci debeat, fatendum est, vtique quod expressum est plura tradita fuisse quàm reuera fuerint, longè facilius inducere debere vt pactum tacitum interuenisse videatur de his quæ desunt non petendis quàm de petendis. Solet enim eiusmodi scripturæ duplex vsus esse, vnus ille vt probetur solutio & quæ sita per solutionem liberatio: Alius superiori consequens vt quod solutum esse creditor professus est petere amplius non possit. Prior nullus est cum reuera non est numerata pecunia præsertim in causa dotis. Nam vt dixi dotem facit numeratio non scriptura, & iure ita comparatum est vt liberatio per solam solutionem acquiratur, aut per id quod sit vice solutionis, non item per solam solutionis confessionem quantumvis scriptam, sicut & vt re obligatio contrahi non possit nisi quatenus res interuenerit, *leg. cum ultra 9. C. de non numer. pecun. l. si tibi 17. D. de pact.* Posteriorem apochæ vsus nihil est quod possit impedire quia non ex iure pendet, sed ex sola creditoris voluntate, quæ porrò iis ipsis verbis declarata quibus declarari posset si numeratio vera interueniret, cur non æquè profit debitori hætenus saltem ne ab eo peti amplius quicquam possit? Tametsi ad liberationem ipso iure acquirendam non sufficiat, multòque minùs ad inducendam restituendi obligationem. Certè quamuis ita esse admitterem vt ex ea scriptura tacitum de non petendo pactum nullum induci posset, illud tamen numquam possim admittere, contrarium pactum de petendo induci facilius debere. Esset alioquin ista omnium accommodatissima ratio debitoris obligandi qui non nisi partem debiti solueret, vt quod deesset eò magis soluere teneretur, fateri creditorem totum se debentem accepisse. Quod tamen quàm ridiculè dicatur, quis non videat? sed & quis vnquam audit agi vlla lege de tacito pacto de petendo? Aut quis eius pacti effectus esse potest, cum ex nudo pacto numquam agatur? At contra pa-

cti de

cti de non petendo vsus est maximus & efficacissimus, quia prodest ad excipiendam elidendamque actionem, *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret. D. de pact.* Nec est quod quis fauorem dotis obtendat. Nam neque fauore dotis agi olim potuit ex nudo pacto etiam expresso, multò minùs autem ex tacito. Primus Theodosius fuit qui in hac exactionem 6. C. eodem tit. constituit, vt ad exactionem dotis, quam semel præstari placuit qualiacumque verba sufficiant, siue scripta fuerint siue non, etiam si stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minimè interuenerit. Sed tamen nec post eam Theodosij constitutionem possis dicere tantum esse fauorem dotis vt ex tacito pacto nudo exigere possis, illud verò multò minùs vt tacitè videatur pactus de tota dote soluenda, qui partem duntaxat soluens apocham totius solutæ à marito extorsit. Denique quod Imperatores ita respondent intelligi & c. ostendit satis apertè meo iudicio aduersus consulentem eos respondere non pro consulente. Consulens autem querebatur quòd cum partem tantum dotis accepisset, totam tamen sibi solutam fuisse professus esset. Consequens igitur est vt Imp. responderint intelligere eum debere hoc ipso pactum videri consecutum, & quidem tale quod expressum potius quàm tacitum dici oporteat de iis quæ deessent non petendis. Neque enim plus petendi animum creditor habet, vt nec debitor plus soluendi, cum vtriusque consensu scriptura sit quæ totius debiti solutionem factam esse præ se ferat. Idè autem lex requirit dotantis voluntatem in ea scriptura conficienda interuenisse, quia neque expressum neque tacitum pactum vllum esse potest nisi quod duorum consensum habeat, nec proinde fieri inter absentes sed inter præsentés duntaxat potest. Sed & obseruandum est quod emendationis nostræ coniecturam omnino confirmat, tractari eo loco de professione totius dotis solutæ scripta in ipso dotali instrumento in quo dos dicta & promissa fuerat. Quid igitur egebat maritus tacito illo pacto de petenda dote cum eo nomine paratam haberet ex contractu actionem? Pactum sanè de petendo tametsi expressum fuisset ad aliud prodesse non poterat quàm ad producendam replicationem, si qua fortè exceptio aut pacti aut alia dotanti prodesse potuisset, d. §. pactus ne peteret. Atqui nihil est in tota ea lege ex quo possit conici exceptionem aliquam dotantis competiisse, propter quam marito necessaria fuerit replicatio. Nisi ex professione ista totius dotis solutæ pactum illud de non petendo inducas quod nos inducendum contendimus. At si hoc admittas iam nihil supererit ex quo possis contrarium pactum de petendo inducere. Neque enim fieri vllomodo potest vt ex vna eadèque numero solutæ dotis professione pacta ista duo tam contraria inducantur de non petendo, & de petendo: Aut quod idem est, vt vnum idèque pactum profit debitori ad excipiendum & creditori ad replicandum. Concludamus igitur deesse negationem quam nos restituimus, nec nisi de pacto de non petendo intelligi legem debere.



VAM sæpe Tribonianus pro arbitrio suo prudentum responsa corruerit immutatis, additis detractisque non verbis tantum sed etiam sententiis integris, apparet ex iis locis quos superioribus libris indicauimus: sed constabit euidentius ex his quos hoc capite subiiciemus. In *l. si debitori 21. D. de iudic.* verba illa cum *competenti cautela*, proculdubio sunt Triboniani, cui video tam esse familiaria quam maximè sunt à iuris ratione in proposito aliena. Nam quoties debitor fatetur se debere paratumque se dicit soluere, diem dumtaxat petens ad explicandam soluendamque pecuniam, cur non audiatur, tamen si cautionem, vel ut Tribonianus barbarè loquitur, cautela nullam offerat? Neque enim ut lex subiicit magnum damnus est in mora modici temporis. Modicum siquidem tempus hic accipiendum est, ut eadem lex ait, quod post condemnationem reis indultum est. Ex quo magis apparet debitorem qui ante acceptum iudicium velit soluere nulla cautione onerandum esse qua nec oneratur qui iam est condemnatus: quem tamen nemo dixerit melioris esse debere conditionis, quam qui nondum condemnatus est. Fateor si ad dictam diem debitor non soluerit cogendum eum captis pignoribus quæ postmodum si pecunia intra duos menses non soluiatur vendi possint, *l. debitoribus 31. D. de re iudic.* Sed ut non aliter dilationem debitori dari oporteat quam si caueat dato fideiussore aut pignore, nusquam scriptum est. In actione in rem aliquando euenit ut possessorem satisficere oporteat de re quæ petitur ubi petitur aut ubi iudicatur restituenda, ut in *l. nisi malis 11. D. de rei vindic. §. et si in rem Instit. de offic. iudic.* At in actionibus in personam euenire id nunquam potest. Et dissimilitudinis ratio illa est, quod in actione in rem restitutio sit arbitrio iudicis, ideòque actiones huiusmodi dicuntur arbitrariæ, sicut & illæ quæ cum sint personales, tamen in rem scriptæ sunt, de quibus in §. præterea. Instit. de action. Arbitrium autem iudicis plerumque ex causa tale esse necesse est, ut satisficere actori oporteat. Contra verò actiones merè personales quæ ex contractu vel quasi contractu descendunt, sicut vim suam ex obligatione accipiunt ita iudicis arbitrium neque requirunt neque admittunt excepta illa sola, quæ dicitur de eo quod certo loco: quam idcirco *imparitius* arbitrariam appellamus, quoniam similem aliam nullam habet, id est quæ sit & merè personalis & arbitraria. Ideò autem arbitraria est, quia contra eum qui certo loco dare promissit fieri non potest ut ex vi & natura obligationis alio loco agatur, unde fieret ut deficiente obligationis potestate debitor qui ad locum solutioni destinatum nunquam accederet nusquam conueniri posset nisi per arbitrium iudicis creditori succurreretur data illi actione ad extorquendam à debitore quocumque loco solutionem, cum condemnatione eius quod creditoris interest solui destinato loco. In aliis igitur actionibus personalibus, quæ cum nunquam sint arbitrariæ, nunquam arbitrio iudicis reguntur, siue bonæ fidei sint siue stricti iuris, fieri non potest ut arbitrio vel officio iudicis satisficendi onus debitori iniungatur, præterquam in specie, *l. in omnibus 41. D. de iudic.* id est, cum antè quam præstandæ pecuniæ dies

nix dies venerit aliquid incidit eiusmodi, propter quod verendum sit, ut ad diem exigi pecunia non possit: quod certè non contingit in eo qui se fatetur debitorem, dicitque paratum soluere. Ergo verba illa dict. *l. si debitori eum competentis cautela*, Triboniani sunt non Vlpiani. sicut & illa *præstata idonea cautela à debitore*, pro indemnitate præstanda, in *l. quamuis 6. D. de pignor. act.* quemadmodum alio loco monuimus. Et in *l. si plures 14. in princip. D. de pos. cautela idonea reddenda*: ubi tamen obserua mendum aliud subesse in illis verbis, si maior pars adierit, legendumque adierit. Nam priora illa si plures heredes extiterint, ostendunt ab omnibus heredibus aditam fuisse hereditatem quia nec testamentarij nec legitimi heredes, nec alij denique quam sui, prius existunt heredes quam adierint. Sequentia verò restituendam rem presentibus demonstrant eum casum tractari quo pars tantum heredum adit peratque depositum. In *l. si pecunia in sacculo 36. cod. tit.* quis non fateatur ab illis verbis, *ueniat repetens*, usque ad finem §. omnia esse Triboniani. Plena scilicet distinctionibus & ablatius absolutis, itémque græcismis, ne dicam solœcismis. Illa namque postrema verba, *et omni actione depositarium liberari*, quam rogo constructionem possunt admittere, cum nihil sit in præcedentibus quod regere debeat infinitiuum? Nam si referre velis ad verbum *debetis* [quod tamen nec commode facere possis] debuerat ergo ita subiici, *res in eade deponi, et omni actione depositarius liberari*. Sed cum Imperatorem ageret Tribonianus, sic ille scripsit ac si adiectum aut supplendum esset verbum *iubemus vel precipimus* taleve aliquid. Quod si legis sententiam iurisque rationem respicias digna sanè est Triboniano magis quam Vlpiano tota illa distinctio. Cum enim plures heredes sunt eius qui pecuniam deposuerat in sacculo signato, indistinctè dici potest quod Caius scribit in *d. l. si plures*, restituendam esse presentibus & petentibus si maior eorum pars adierit, quoniam hoc casu indiuidua sit depositi obligatio, propterea quod resignare sacculum depositarius nec possit nec debeat, nisi presentibus omnibus quorum interest. At si sacculus signatus non esset, diuidi commodè posset depositi obligatio, & sicuti non nisi partem suam hereditariam perere quisque ex heredibus posset, ita eam dumtaxat partem singulis restituere depositarius deberet: neque cautionis remedium necessarium est cum indemnitate depositarij satis consultum sit ex eo, quod maiori parti heredum sacculus signatum restituerit, indemnitati verò coheredes qui totum depositum repetierunt. In *l. si defunctus 15. D. de procur.* nihil video quod non sit Triboniani. Quis enim Iureconsultor um sic vnquam locutus est, *iudicatum solui stipulatione pro suo procuratore data*, pro eo quod Tribonianus docere voluit, *facta promissione de iudicato soluendo*? Illa item quæ sequuntur, *satis inciuile est*, an non Triboniani manum produunt apertissimè? solet enim ille frequenter ita loqui, *satis inciuile, satis absurdum, satis inhumanum*. Deinde quænam obsecro iuris constitutio illa est, ut defuncto ante litem contestatam domino qui pro procuratore presente aut sciente udicatū solui satisfidderat, cogendus sit procurator iudicium accipere? An inon verum est procuratorem non nisi post litem contestatam fieri dominum litis? *l. ab executore 4. §. vltim. D. de appell. l. nulla 23. C. de procurat.* Rursum, morte mandatoris antè litem contestatam re integra nondumque effecto domino procuratore finire mandatum? *l. si præcedente 58. in princip. D.*

*mandat.* Cur ergo cogatur is qui amplius procurator non est procuratorio nomine iudicium accipere? An quia consenserat viuo domino, vt pro se iudicatum solui à domino satisfidaretur? Atqui ponimus satisfidisse dominum pro eo tanquam pro procuratore. Euanescente igitur vim satisfactionis, & necessitatem accipiendi iudicij necesse est finito mandato morte mandatoris. Neque enim satisfidatio iudicatum solui pro sciente & patiente procuratore interposita perpetuum facere potest mandatum, vt ne mandatoris quidem morte re integra finiatur, quicquid nostri sentiant qui in eo sane suaves sunt, quod aiunt textum hunc esse singularem ad probandum, satisfidationis eam esse vim & potestatem vt impediât ne mandatum quasi re integra morte finiatur: licet cogantur fateri non eandem illius satisfidationis vim esse quæ esset contestationis, non nego procuratorem sicut & alium defensorem quemlibet cum satisfidedit domini loco habendum esse, *l. manus 43. §. ultim. l. Titius 76. de procurat.* Sed nego eam satisfidationem facere ne morte mandatoris finitum mandatum videatur, sicut nec impedit quominus reuocari quâdocumque possit. Nego etiam eodem iure ceteri debere procuratorem cuius nomine dominus satisfidedit, tamen si sciuerit ille & passus sit. Hic enim domini loco habendus non est cum non ipse sed dominus satisfidedit. Proinde non potest ea satisfidatio impedire quominus mandatoris morte mandatum finiatur. sed illud quàm ridiculum, & iniquum est quod Tribonianus constituit, si pro absente & ignorante procuratore dominus iudicatum solui satisfidedit, tùm antelitem contestatam defunctus sit, committi ob rem non defensam stipulationis clausulam! Cur enim committatur si rem defendere neque procurator cogitur, quia stipulationi non consentiit, neque dominus quia defunctus est? Neque enim vir bonus arbitrabitur indefensam esse rem de qua Prætor iudicium accipere non cogat, *l. non cogendum 45. §. 1. de procurat. l. vir bonus iudic. solui.* cogere autem Prætor neque procuratorem potest finito iam mandato, neque dominum viua functum. Nam & si mandatum finitum esset reuocatione & prohibitione procuratori facta ne defenderet, non committeretur stipulatio, quia vt committatur non sufficit cum ea persona accepta esse iudicium quæ stipulatione comprehensa est, sed oportet eandem personæ causam esse quæ stipulationis tempore fuit vt Caius scribit in *l. si ante 7. D. eod.* Atqui negari non potest quin & procuratoris causa mutata sit finito mandato, & domini post stipulationem, & ante litem contestatam defuncti. Quam ob causam de illo etiam dubitatum legimus, Si reus postquam iudicatum solui promissit demens factus sit, an stipulatio committatur ob rem non defensam, & quamuis placuerit magis esse vt committatur si nemo eum defendat, *l. 3. §. si rem eod. iur.* alia tamen hac parte demens, alia defuncti ratio est, quia demens per alium defendi nihil prohibet sicut & eum qui in magistratu est nec in ius inuitus vocari potest, de quo in *l. si reus 12. epd.* mortuus verò sicuti iam nullus est, ita defendi amplius nec potest nec debet: Parùmque refert an lis mortua sit, an defunctus is qui litem nondum fuerat contestatus, cum non magis nulla sit lis quæ mortua est aut finita, quàm quæ nunquam fuit contestata, siquidem contestatio sola est quæ litem constituit, *l. sed etsi lege 25. §. si ante de petit. hered. l. vnic. C. de lit. contest.* At cum lite mortua aut finita nulla amplius res sit, constat stipulationem iudicatum solui committi non posse *l. 2. eod. tit.* Ergo nec

nec committeretur mortuo ante contestationem eo, qui si viueret litem contestari cogeretur. Idque est ni fallor quod Vlpianus ait in *l. cum quærebatur 13. eod.* stipulationem iudicatum solui non prius videri commissam quàm lis fuerit contestata. Et quidem ex ipsa stipulatione iudicatum solui, vt nimirum seipsam committat, eaque contestatio faciat ne mora purgari amplius possit, vt & in *l. nuda 5. C. de contr. & committ. stipulat. In ead. leg. si defunctus §. 1. de procurat.* potuit quidem Vlpianus scribere, eum qui in communi diuidendo iudicio procurator datus est ad agendum, ad defendendum quoque datum videri, nempe quoniam iudicium communi diuidendo duplex est in quo scilicet vterque actor est, & reus, *l. iudicium communi diuidendo 10. D. fin. regund. l. actiones 37. §. mixta de obligat. & action.* Sed quod sequitur *duplici cautela interponenda* sine dubio est Triboniani, adeoque ineptum. Etsi enim iudicium communi diuidendo duplex esse dicitur, non idè tamen fit vt qui vnus ex sociis procurator est duplicis cautionis & satisfidationis onere grauari debeat. Nam qua parte procurator est actoris, si de mandato non dubitetur, non cogitur satisfidare datam rem dominum habiturum, *d. l. vnic. C. de satisfid. l. 1. C. de procurat.* Iudicatum verò solui multò minùs. Ea namque cautio à reo præstari solet cuius est rem defendere, non ab actore: vt ex eo intelligi potest quod iudicatum solui stipulatio tres clausulas in vnum collatas habere dicitur, de re iudicata, de re defendenda, & de dolo malo, *l. 6. D. iudic. solui.* Sanè qua parte procurator hic defendere actorem cogitur, licet non nisi ad agendum datus esset, certum est cogi eum satisfidare iudicatum solui stipulatione, quod non contingeret si ad defendendum procurator datus fuisset. Tunc enim stipulatio illa etsi æquè esset necessaria, ab ipso tamen domino non à procuratore interponi deberet, vt Modestinus tractat in *l. si ad defendendum 10. eod. iur.* Sed vna hæc satisfidatio est non duplex. In quo errant nostri, vulgò existimantes duplicem satisfidationem hic necessariam esse, vnam per quam procurator caueat de defendendo in causa reconventionis tanquam actoris procurator. Alteram per quam de iudicato soluendo, tanquam rei procurator. Probabilius dici poterat duplicem cautelam, vt Triboniani verbo vtar, hic interponendam, non ex parte vnus eiusdemque procuratoris, sed vnam ex parte procuratoris, alteram ex parte aduersarij, vtramque autem de iudicato soluendo, vtramque ex parte rei, quia & vterque litigator reus est. Quanquam Triboniani verba præ se ferunt duplicem illam cautelam ab vno eodemque interponendam, cum ipsius interponendæ rationem hanc afferre videatur, quod qui procurator fuerat constitutus ad agendum, idem etiã constitutus esset ad defendendum. In eod. tit. de procur. mihi valdè suspectum est quod scriptum lego in *l. si reus 73. sed hoc constat vt ante litem contestatam Præses iubeat in ade sacra pecuniam deponi: hoc enim fit & in pupillaribus pecuniis: quod si lis contestata est hoc omne iudicis officio dirimendū est.* neq. dubito quin Triboniani verba sint nõ Pauli, qui in præcedētib. satis aperte declarauerat quid de proposita questione setiret. Nimirum si reus paratus sit ante litem contestatâ pecuniâ soluere procuratore agente, iniquum esse cogi eum iudicium accipere: nec ad rem pertinere, quod suspectus videri possit qui presente domino pecuniam nõ obtulerit. Quid enim, inquit, si tunc facultatem pecuniæ non habuit? Quis dicat cogi eum debere iudicium accipere? Quid item si famosa sit actio? Quis æquum putet periclitari famam eius qui sine



iudice paratus est id dare, quo non amplius aduersarius eius per iudicem ab eo sit consecuturus. *ex l. iudicatum solui stipulatione 16. D. iudic. solui.* Tribonianus verò quasi indecisam quæstionem Paulus reliquisset distinctionem illam de suo adiecit an lite contestata necne pecuniam debitor offerat. Quæ distinctio à Pauli verbis prorsus aliena est. Casum enim illum tractabat quo ante contestationem oblata esset pecunia. Nempe quia post litem contestatam & accepto iam iudicio dubitationi locus nullus relinquatur, quin omnimodo condemnari debeat qui fatetur se debere. Cessat enim hic ratio illa æquitatis quæ non patiebatur iudicio distringi aut ad inficiationem compelli eum qui paratus sit soluere, *d. l. 16. iudic. solui l. si debitori 21. de iudic.* Ad eò ut neque officio iudicis locus esse possit, cum post litem contestatam confessus debitor habeatur pro condemnato, nec alia iudicis partes esse possint, nisi ut debitorem condemnet, *l. 3. 6. & penult. & pass. D. de confess.* Nam quod dici solet iudicia omnia esse absolutoria, non eò pertinet ut absolui debeat reus qui se fatetur debere paratùmque dicit soluere quomodo intellexisse Castrensis videtur, sed accipiendum est de reo qui satisfecit, *§. vi. Insti. de perpet. & tempor. act.* Satisfecit porro qui iam soluit, aut quid aliud fecit quod solutionis instar habeat non cui tantùm falsus est se debitorem obtulitque pecuniam, *leg. si rem 9. §. omnis de pignor. act.* Illud quoque an sim dicere, cum fortè Paulus ita scripisset, *si reus paratus sit ante litem contestatam pecuniam soluere procuratore agente, iniquum est.* &c. Tribonianum ut distinctioni suæ viam strueret de suo intexuisse verba illa quid fieri oportet? *nam.* De illo minùs dubito quin eo loco, *propter quod suspectus videri potest,* legendum sit, *propterea quòd,* ut iis verbis dubitandi ratio significetur, propter quam videbatur non esse permittendum debitori qui præsentì creditori pecuniam offerre noluit ut eam offerat procuratori, quasi videri possit in fraudem creditoris & per collusionem cum procuratore habitam dilata oblatio in id usque tempus quo procurator ipse ageret. Eaque res Triboniano ansam præbuit Pauli reprehendendi aut supplendi, necessitate debitori irrogata deponendæ in æde sacra pecuniæ, ne si debitor & creditoris procurator inuicem colludant damnum vllum creditori infligatur. Quo remedio videamus ne creditori noceatur potius [cui tamen procuratoris fides fuit explorata] quàm debitori, qui eiusmodi depositione & obsignatione pecuniæ in æde sacra perinde liberatur ac si procuratori soluisset, cum tamen si suspecta esset eius oblatio tanquam alieno tempore & per collusionem facta, dicendum potius esset audiri eum non debere, sed iudicio distringendum, aut ad inficiationem compellendum, propterea quòd impurare sibi deberet qui non suo tempore, nec bona fide pecuniam obtulisset. Sed & ratio illa Triboniani, *hoc enim fit & in pupillaribus pecuniis* prorsus ridicula est. Tunc enim admittimus obsignationem in pupillaribus pecuniis loco solutionis, cum nemo est cui solutio fieri possit: idque non in pupillaribus tantùm debitis sed in cæteris quoque omnibus obtinet, siue non sit cui solui possit, siue solutionem recuset qui accipere posset si vellet, *l. acceptam 19. C. de usur. l. obsignatione 9. C. de solut.* At nos cum Paulo eam speciem tractamus in qua adsit procurator qui solutionem accipere & vult & potest. Alioqui si ob id solùm quòd præsentì creditori debitor pecuniam non obtulit, non licet procuratori post eam moram constituto solutionem accipere propter solam suspicionem collu-

nis. Quid obsecro creditori profuerit procuratorem ad exigendam solutionem constituisse? Aut quomodo potest videri debitor oblationem præsentè creditore distulisse ut cum procuratore colluderet si eo tempore nondum procurator erat constitutus. Præsertim cum fieri facile possit ut nec tum pecuniam habuerit in numerato, quemadmodum eleganter Paulus disputat, sic apertè docens non esse eam suspicionis causam sufficientem ad impediendum ne audiri debeat debitor solutionem offerens agente quocumque procuratore. Tantùm abest ut dubitet an solutionem accipere hic procurator possit. Quam tamen si accipere potest quid causæ est cur in æde sacra pecuniam deponi oporteat? Quod cum ita sit quis non rideat nudis dentibus interpretes nostros disputantes hic post Accursium de iudicis ordinarij, & delegati potestate? Aut quis illud probet quod comminiscuntur tractare Paulum de procuratore ad lites dato cui nec solui possit, *l. hoc iure 86. de solui.* Nam imò verò tractat de procuratore simpliciter, & cõsequenter de eo cui negotiorum omnium administratio mandata est, cui nemo negauerit solui posse, *l. verò 12. eodem.* Numquam enim iuris autores procuratorem absolutè vocant eum qui ad litem duntaxat datus sit, sed vel procuratorem litis vel ad lites, vel ad agendum, vel ad rem de qua agitur petendam, ut ex tit. De procurat. intelligi potest. Et verò quænam dubitandi ratio esset, num audiri deberet reus offerens solutionem procuratore agente & domino absente si talis procurator esset qui solutionem accipere non posset? Aut quid hoc casu referret arimputari aliquid posset debitori necne? Rursus quis diuinare possit tractare Paulum de eo creditore qui constituto procuratore aufugerit ut eius copiam ad soluendum habere debitor non posset? Ponit quidem procuratorem agere eo tempore quo dominus non adsit, sed tamen non ponit tam procul abesse dominum ut ei solui non possit, necessèque sit ad obsignationis auxilium confugere, quia neque id ad rem pertinebat cum de eo procuratore tractaret, qui ut diximus perinde ac dominus solutionem accipere poterat, quare nec aliam dubitandi causam Paulus adfert propter quam videretur non audiendus debitor, nisi quòd suspectus videri posset, hoc solo quòd præsentì creditori pecuniam non obtulisset. De quo tamen quæri nihil attinebat, si soluendi facultatem ea ratio impediabat quòd neque procurator solutionem accipere posset defectu mandati, neque dominus quia tunc abesset. Idem namque contingeret etiam si dominus solutionem numquam petiisset, sed & illud obseruandum est, in quo etiam nostri errant post Tribonianum, non de illo Paulum tractare qui sic paratum se dicit soluere ut pecuniam in sacculo adferat, quod Castrensis necessariò requirit, sed de illo tantùm qui ante litem contestatam paratum se dicit soluere. Et ait audiri eum debere nec cogi iudicium accipere: Quod perinde est ac si diceret neque cogendum eum ut litem contestetur, neque ut statim soluat. Hic enim illud repetendum est quod nos initio capituli monuimus, *ex l. si debitori 21. D. de iudic.* Debitori qui fatetur se debere, paratùmque dicit soluere dandum diem ad soluendam pecuniam, quod & scriptum est *in d. l. debitoribus 31. de rei iudic.* Quod cum ita sit frustra inepetque Tribonianus suam illam sententiam quasi remedij loco subiecit de obsignando in æde sacra debito. Cum non de eo Paulus quæreret, an aut quomodo solui debitum statim posset, sed de illo tantùm, an audiri de-

beret reus qui fateretur se debere paratūque diceret soluere, & consequenter an dari ei dilatio ad soluendum deberet: Intra quam diem nihil verabat redire dominum, & adesse ut ipsi presenti solui posset, tamen si poneret procuratorem non nisi ad lites datum esse, ei que proinde solui non potuisset.

*Alij Tribonianismi.*

CAP. XVII.

**N**I. ult. D. iudic. solui. proponitur ex Scauola, si vnus ex fideiussoribus stipulationis iudicatum solui conuentus sit ob rem non defensam, deinde postea res defendatur, alterum fideiussorum ob rem iudicatam conueniri posse, & similiter si reus promittendi duobus heredibus relictis decesserit, alter rem defendat, alter non defendat eum qui non defendat ob rem non defensam conueniri posse, illum qui defendat, ob rem iudicatam, quoniam, inquit Scauola, in vnus eiusdemque persona non posse committi has duas clausulas creditur. Id est, quoniam quod dicitur stipulationem hanc semel tantum committi quasi quae vnā tantum clausulam ob rem non defensam & ob rem iudicatam in se habeat, ut Vlpianus loquitur, in l. cum querebatur 13. eod. tit. tum demum verum est cum de stipulatione in vnus eiusdemque persona committenda tractatur: non ite cum in pluriū personis. Nihil enim vetat saepius committi, dum ne saepius in eadem persona. Quod si ita est quis credat Scauolam scripsisse quod sequitur in d. l. ult. & nos dicimus semper praeualere rei iudicatae clausulam eamque solam committi. An non id omnino pugnat cum praecedentibus totamque Scauolae sententiam & corrigit & destruit? Deinde quis vnquam ex prudentibus sic locutus est & nos dicimus. Aut quo contextu possis haec verba superioribus coniungere? Imo verò nec potest verum esse quod Tribonianus ceterique compositores dicunt, semper praeualere rei iudicatae clausulam eamque solam committi. Nam in proposita specie ponimus prius actum esse ex stipulatione contra vnum ex fideiussoribus aut ex promissoris heredibus ob rem non defensam, deinde ab alio ex fideiussoribus aut rei successoribus rem defendi ceptam, mox pro actore iudicatum: quia nec post commissam clausulam ob rem iudicatam committi amplius alia potest ob rem non defensam. Siquidem omnino prius est ut res defendatur vel non defendatur quam ut iudicetur. Quæro ergo an vno ex fideiussoribus aut promissoris heredibus rem non defendente non committatur stipulationis clausula ob rem non defensam? Quidni verò? cum verum sit rem defensam non esse. At cum alius fideiussor defendere ceperit & iudicatum erit pro actore, quæro an quia rursus committitur stipulatio ob rem iudicatam [nam & id fateretur Tribonianus,] fiet ut eò minus commissam videri possit prior clausula quæ reuera iam commissam est? Atqui dici solet factum pro infecto haberi non posse, nec vnquam in iure nostro auditum illud est ut stipulatio semel commissam adeoque ex qua actum est vtiliter secuta etiam condemnatione pro non commissam habeatur, ob id solum ut ex alia clausula committi possit. Praesertim cum nec actoris quicquam intersit vtrum ex hac an ex illa clausula committatur cum

vtro-

vtroque casu consecutus sit tantundem, scilicet quantum iudex pronuntiauerit. Habet enim hæc stipulatio expeditam quantitatem ut Vlpianus ait in leg. 9. hoc tit. Non igitur fieri potest ut semper praeualeat rei iudicatae clausula eaque sola committatur, ne quidem in vnus eiusdemque persona. Nam si is qui prius fuit negligens & contumax in defendendo, ex eaque causa ex stipulatu conuentus & condemnatus ob rem non defensam, postea defenderit, fueritque pro actore pronuntiatum, eadem ratio quæ in pluribus fideiussoribus aut promissoris heredibus à nobis usurpata est, hoc etiam casu locum habet, ut ob rem non defensam committatur stipulatio, siue postea iudicetur siue non, dummodo ex ea stipulatione contestata sit d. l. cum querebatur, commissam autem non ex eo resoluitur quod postea reus condemnetur. Numquam enim stipulatio commissam resoluitur, maxime secuta contestatione, absurdumque esset ad soluendam stipulationem iam commissam prodesse reo quod sit condemnatus, arg. l. 3. D. de vsur. l. euidenter 16. D. de except. rei iudic. Itaque tantum abest ut verum esse possit quod Tribonianus voluit solam committi clausulam rei iudicatae, & praeualere, ut ex contrario committi non possit posteaquam semel commissam est stipulatio ob rem non defensam in vnus eiusdemque persona, ut hac ipsa lege scribit Scauola & Vlpianus in d. l. leg. cum querebatur. In leg. domum emi 57. D. de contr. empt. ab illis verbis, & Neratius ait hanc questionem multum interesse, vsque ad finem legis nihil est quod non prodatur manum Triboniani ab utentis nomine & autoritate Neratij ut suas nobis pro bonis vendiderit distinctiones. Abhorret enim illa distinctio non solum à iuris ratione sed etiam à Pauli disputatione. Nam Paulus eum casum tractat, quo domum emerim quam ego & venditor combustam ignorabamus. Et ait ex Neruæ Sabini & Cassij sententia nihil venisse quauis areæ maneat, pecuniāque solutam posse condici. Nempe quia non aream emere volui, sed domum, quæ porro nulla est post combustionem. Tribonianus autem, ac si Paulus distinctioni locum reliquisset, distinguit an domum combustam venditor sciuerit an ignorauerit, & an maior pars domus exusta sit an minor. Quod ego miror non fuisse animaduersum à tot tantisque interpretibus, praesertim à recentioribus qui tam acriter & ad conuicia vsque de illius loci lectione & sententia quasi pro aris & focis dimicauerunt: sanè si ponas venditorē sciuisse domum combustam, atque ita fuisse in dolo, multo magis fatendum sit nullam esse emptionem, cum venditoris dolus hoc suadeat, licet forte intersit emptoris valere contractum ut quod sua interest consequatur. Non enim quemadmodum dolus pro possessione esse dicitur, ita & pro re vendita esse potest si res illa venditionis tempore nulla fuit. Res enim esse oportet quæ veniat ut venditio aliqua esse intelligatur, l. 1. D. de hered. vel act. vend. Idque Tribonianus ipse fateretur si ante venditionem tota domus exusta fuit. Aliud tamen existimans si quantacumque pars aedificij remanserit. Omnino ineptè. Nam si propter dolum venditoris hoc admittamus, cur distinguimus an nulla prorsus an aliqua aedificij pars remanserit? Sin venditionem vtilè illud facit quod non tota domus exusta sit, cur non aequè dicimus eam valere quacumque aedificij pars remanserit, illo etiam casu quo venditoris dolus nullus interuenierit? Et tamen prima illa Triboniani distinctio est, an maior minorve domus portio exusta sit, aequè autem inepta. Cur enim parte duntaxat exusta cogatur emptor venditionem adimplere, ut absurdè Tribonianus loquitur.

liquidem venditoris est implere venditionem non emptoris, *l. si quis alie-*  
*nam 46. D. de action. empt.* ] cum qui totam domum emit non perinde fuerit  
 partem empturus? *l. si quis aliam 46. D. de solut.* An non sufficit ignoran-  
 tiam venditoris haecenus ei prodesse ut ad id quod emptoris interest non  
 teneatur? utique enim tenetur cum sciuit, & quidem actione de dolo cum  
 in dolo fuerit: Quominus necesse est ut eam ob causam dicamus venditio-  
 nem valere ad venditorem in id quod emptoris interest, condemnandum.  
 In eo planè etiam à Triboniano dissentio quod si emptor solus sciuit do-  
 mum exultam, nec dubitandum puto quin multò minùs valeat emptio,  
 quam ille vult stare. Semper enim verum est non esse in rerum natura rem  
 venditam, siue domus tota siue parte exulta sit, quia non pars domus  
 sed tota emptæ est. Neque tamen vllam idcirco emptori actionem dari va-  
 lo ad repetendum precium, si iam soluerit quia seipsam decepit, videtur-  
 que donandi animum habuisse qui sciens indebitum soluit, ex qua causa  
 constat cessare conditionem. Sed si non soluerit non puto cogendum eum  
 ad precij conuenti solutionem. Qua enim actione cogatur soluere, aut qua  
 fronte venditoris nullam rem tradentis? Si factò venditoris exulta esset  
 domus, dici posset haberi eam pro tradita, sed ob hoc solùm quod emptor  
 exultam sciuit ad eò eum puniri ut sine actione cogatur precium vltro sol-  
 uere venditori qui nihil præstet, non puto quemquam ex iuris autoribus  
 fuisse responsurum. utique enim dici non potest solum donandi animum  
 sufficere ad obligandum emptorem si neque traditio neque stipulatio ad  
 implendam donationem interuenerit. Quamquam nec sufficeret stipula-  
 tio in venditione, ut sit, adposita, quia pendet ex negotio contracto habetq;  
 naturam venditionis haecenus ut ex ea agens venditor non alio casu au-  
 diendus sit quàm quo audiretur agens ex vendito, ac proinde si prior con-  
 tractum ex parte sua impleuisset, *l. 3. §. 1. l. ex empto xi. in princip. l. Iulianus 13. §.*  
*offerri de action. emp. l. 4. D. de usuf. stipulationem 5. de verb. oblig.* In hoc vno mi-  
 hi conuenit cum Triboniano, quod si domum combusta esse tam emptor  
 quàm venditor sciuit, apparet nihil actum esse neque vllam vicissim inter  
 emptorem & venditorem actionem competere, sed vtrinq; ut ille ait do-  
 lum compensandum esse. Non valde dissimile est quod in *l. si feruum 91. in*  
*princip. de verb. oblig.* Tribonianus postquam noua sua distinctione Paulum  
 fecerit vsque ad versic. item si homo, ut nemo non videt, cum nec constitui  
 commodè textus possit illo loco *considerantibus vtrum &c.* subiicit ingenio-  
 sè ni fallor magis quàm verè *quam distinctionem & Iulianus sequitur.* ut Iulia-  
 ni esse eam patemus non Triboniani. Sed & apparet Paulum tota ea lege  
 non nisi de homine promisso per promissorem occiso tractare voluisse,  
 non item de fundo sacro vel religioso factò. De quo tamen Tribonianus  
 etiam nescio quid interferit cum suis illis verbis, *si quidem, sin autem:* quæ  
 quoties in Pandectis lego, toties mihi videor constitutionem aliquam  
 Iustiniani aut alterius ex posterioribus Imperatoribus legere. solent  
 enim Iureconfulti dicere, & *quidem si, sin verò,* aut potius *si verò:* vix  
 vnquam *sin autem.* In leg. sed si mors *13. §. 1. de donat. inter virum & uxorem.*  
 iam pridem obseruauit vir doctissimus Iacobus Cuiacius, manum suam  
 adhibuisse Tribonianum & quædam ut ipse loquitur attexuisse ex lege  
 Constantini quæ extat in *l. res uxoris 24. C. de donat. inter virum & uxorem.*  
 Ego autem totum locum dico esse Triboniani ab illis verbis *an donatio*  
*valeat*

*valeat videamus* vsq; ad §. cum quis. In illa enim quæstione quæ ex Vlpiano  
 proponitur, An si vxori mortis causa maritus donauerit, & deportationem  
 passus sit, donatio valeat, dubitandum non fuit Vlpiani temporibus quin  
 non valeret, quia in alium casum videlicet mortis facta esset. Quemadmo-  
 dum nec donatio facta in casum diuortij confirmatur secuta morte quia in  
 alium casum facta est ut in eiusdem legis princip. Vlpianus ait. Nec ad  
 rem pertinet ratio illa qua mouetur Tribonianus, quòd aliàs in casum de-  
 portationis facta donatio valeat perinde ac in casum [ sic enim apud Tri-  
 bonianum legendum est non *in causam* ] diuortij. Non enim ea res facere  
 potest ut donatio in casum mortis facta valere debeat in casum diuortij  
 cum alius casus sit, ut diximus. Et ob id nimirum necessaria fuit lex Con-  
 stantini ut mulieri succurreretur ne donationis in se à viro mortis causa  
 collata commodum amitteret. Ad quam Constantini legem quæ & Iu-  
 stinianus probasse se dicit Nouell. 22. proculdubio respexit Tribonianus, ut  
 apparet non solum ex stylo ipsaque iuris ratione quæ repugnat, sed etiam  
 ex contextu ipso verborum. Nam cum Vlpianus dixisset donationem fa-  
 ctam in casum diuortij non confirmari secuta morte, subiicit, *Proinde etsi*  
*mortis causa vxori donauerit & deportationem passus est.* Consequens igitur erat  
 ut scriberet, *donatio non valet.* Illa namque dictio, *proinde,* significat iden-  
 titatem iuris & rationis acsi scriptum esset, & *consequenter.* Et verò dona-  
 tionem factam in casum mortis non confirmari secuta deportatione ex eo  
 apparet, quòd etiam a deportato reuocari potest, quandiu viuit, adeòque  
 quod magis mirum est licet in ciuitatem numquam restitutus sit, ut & Tri-  
 bonianus faretur. Itaque non tam à Constantino hac parte inductum est  
 ut confirmetur donatio, quàm uti ne omnino per deportationem interdi-  
 cat, & ut solo silentio confirmata intelligatur si in eadem voluntate mari-  
 tus decedat, licet mortem deportatio præcesserit, perinde denique acsi  
 nulla deportatio interuenisset. Quod haud dubiè secus obseruabatur iure  
 vetere, propter quæsitum ius fisco per deportationem, ut postrema illa Con-  
 stantinianæ legis verba probant, *fisco nostro ad easdem res nullam in posterum*  
*communione habituro.* Demque iure vetere casus quidam erant, quibus de-  
 portatio comparabatur morti, *l. 1. §. filium de bonor. poss. contr. tabul. l. si necem 40*  
*§. si deportatus de bon. liberi. l. verum 63. §. penult. D. pro socio. l. ex facto 17. §. ex fa-*  
*cto ad S. C. Trebell.* Alij erant quibus non comparabatur, *l. cum pater 77. §.*  
*hereditatem de legat. 2. l. interdicti 59. de condic. & demonstr. l. ex e parte 121. §. in*  
*insulam de verb. obligat.* In hoc autem casu de quo tractamus deportatio nec  
 pro morte habetur, quia tunc omnimòdo per deportationem sicut per mor-  
 tem confirmaretur donatio mortis causa facta, neque reuocari ampliùs  
 posset quod falsum est, nec pro casu alio à morte, alioqui donatio infirma-  
 retur quasi in alium casum facta. Quid ergo? Sustulit Constantinus impe-  
 dimentum deportationis, voluitque nullam prorsus deportationis ratio-  
 nem haberi, acsi nec contigisset. Hoc verò quis putet Vlpianum pro sua  
 autoritate respondere potuisse? utique non magis quàm illud facere ut ex  
 deportatione bona mariti fisco non vindicarentur, quæ si vindicarentur e-  
 quidem intercidere donationem necesse esset, quippe quæ ante donatoris  
 mortem perfecta videri non potuerit, *l. non videtur 32. de mort. caus. donat. In*  
*l. si alius 7. §. bellissime D. quod vi aut clam.* cum Vlpianus ex Iuliano scripsis-  
 set ei qui ex interdicto, *quod vi aut clam* conueniatur, prodesse debere ex-

ceptionem, quod non tu vi aut clam fecisti. Tribonianus nescio qua ratione motus de suo subiecit, quod non aliter procedere debet nisi ex magna & satis necessaria causa. Alioquin hæc omnia officio iudicis celebrari oportet. solet namque Tribonianus omnia referre ad officium iudicis etiam ubi iudicis officio locus nullus est, ut superiore capite docuimus ad l. si reus 73. de procurat. sed non potuit ineptius facere quam in hoc Vlpiani loco de quo agimus. Nam ut ex omnium interdictorum verbis apparet, Prætor ipse interdicebat, non in eam rem iudices dabat, quod causæ omnes de possessione essent quasi momentaneæ, fauorabiles citòque expediendæ: quam ob causam comparantur interdicta extraordinariis actionibus, aut potius interdictis extraordinariæ actiones quæ pro iis competunt, l. 3. C. de interd. §. ult. Instit. eod. Extraordinariæ enim actiones illæ erant quæ apud Prætozem ipsum extra ordinem exercebantur cum ordinarium esset ut Prætor non cognosceret, sed lite contestata iudices daret, In l. ult. D. de curat. furios. verba illa, nisi ex magna utilitate furiosi hoc cognitione iudicis faciat, apertum est, Triboniani esse ineptæque subiecta superioribus, in quibus de illo tantum tractatur an possit curator furiosi res pro sua autoritate alienare. Quis enim dubitet quin possit si ita faciat iubente iudice? Sed & quomodo fieri potest ut magna furiosi utilitas exigat donationem rerum ipsius à curatore fieri? Nam neque mora veravé donatio est quæ aliam causam habet quam donantis liberalitatem, neque sanè video qua ratione possit quis donando fieri locupletior. In l. 1. in fin. de pen. legat. non dubito quin etiam Triboniani sint verba illa, puto tamen sic voluntatem sequendam testatoris ut tota summa ilico postquam cessauerat heres dare penum uxori præstetur, heredis indeuotione coercenda. Quis enim vnquam ex Iureconsultis, indeuotionem, dixit pro mora aut contumacia? In leg. si is qui ducenta 13. §. ultim. de reb. dub. tractat Iulianus speciem illam non inelegantem, si paterfamilias in testamento ita scripserit, si quis mihi filius aut filia gignetur heres esto, si mihi filius aut filia hæres non erit Seius heres esto. Et ait non satis voluntatem suam declarasse videri testatorem, an non aliter extraneum heredem esse vellet, quam si neque filius neque filia heres esset. Hoc enim modo, inquit, concipi conditionem oportuit, si mihi neque filius neque filia heres erit. Potest autem, ait ille, interdum superior scriptura esse necessaria, id est eo modo quo à testatore dictatam ponimus, si quis cum filium & filiam habeat vtrumque heredem instituere velit, sed siue alter heres futurus sit, extraneum heredem miscere, siue neuter extraneum heredem substituere. Quibus verbis an non apertè Iulianus sentit, ex ea superiore scriptura omnimodo admitendum extraneum aut in totum, aut in partem? Quidni enim eum sensum habeat scriptura ad quem exprimendum sit necessaria? Et tamen quasi nihil dum Iulianus decidisset, Tribonianus de suo adiecit, Sed procliuus est testatoris sententia sic interpretanda ut siue filius siue filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur nisi specialiter hoc testator expresserit. Fefellerunt Tribonianum verba illa Iuliani non satis voluntatem suam declarauit, quæ ille sic accepit ut coniecturæ locus relinqueretur. Ad non ita simpliciter Iulianus scribit non satis apparere in proposito quid testator senserit, sed ex contrario ait non satis eum declarasse an non aliter extraneum heredem esse vellet quam si neque filius neque filia nati essent. Cui consequens est

ut hoc

ut hoc ipso dicendum sit ex verborum potestate à quibus in dubio recedendum non est, vocari extraneum cum fatendum sit non aliis verbis testatorem eum vocaturum fuisse si vocare voluisset. Id enim est quod sequitur in verfic. potest autem interdum superior scriptura esse necessaria. Mouit etiam fortasse Tribonianum coniectura illa pietatis de qua in l. cum acutissimi C. de fideic. quod nemo credendus sit alienas successiones, ut eo loco Iustinianus loquitur, propriis antepone voluisse. Sed id procedit in dubio, non cum satis apertè expressa est voluntas testatoris. Pessimèque Tribonianus etiam in specie d. l. cum acutissimi, ea ratione abutitur ut docuimus lib. 7. cap. 14. ad l. cum auus 102. de condic. & demonstr. In l. f. 63. §. si heres ante D. ad Senatusconsultum Trebell. cum Caius ex Iuliano scripserit si heres ante restitutam hereditatem seruum hereditarium ab aliquo heredem institutum iusserit adire, non debere hanc hereditatem restitui quoniam de ea rogatus non esset, subiecit Tribonianus de suo subtiliter, si diis placet, & hoc est fatendum. Requirendum tamen & illud est num cum incremento heres restituere rogatus sit hereditatem. Si enim hoc fuerit subsecutum etiam eam hereditatem restituere cogitur, nisi euidentissimis probationibus fuerit ab herede adprobatum contemplatione sui seruum esse heredem institutum. Prorsus ridiculè. Quis enim dubitat hereditatem relictam seruo hereditario licet ex causa fideicommissi restituendo, dummodò nondum sit restitutus contemplatione heredis grauati relictam esse? An non potius onerandus est probatione fideicommissarius si negare velit? Neque enim quicquam iuris habet in hereditate restituenda, nec proinde in seruo hereditario antè restitutionem, dicta leg. facta in princip. Et distinctio illa cuius contemplatione seruus heres sit institutus, locum habere tantum potest in seruo fructuario aliisque similibus in quibus euenit ut vno eodemque tempore plures ius habeant, leg. si serui 21. cum seq. D. de usufruct. quod in seruo fideicommissario non contingit. Nam ante restitutionem totus est heredis grauati solius, post restitutionem totus fideicommissarii solius, numquam vtriusque, sed & cum iussus est heres fiduciarius hereditatem cum incremento restituere, quid potest ea adiectio facere quod pertinet ad hæc hereditatem? Estne illa incrementum hereditatis de quo testator senserit? Aut quomodo potuit debuisse is qui seruum hereditarium instituit, an heres dominusque serui illius iussus esset hereditatem simpliciter restituere, an cum incremento, qui nec vllò fortasse fideicommissio obstricto eum sciebat? Cur propter alieni testamenti verba huius voluntati fiat iniuria cuius intentio tota in heredis grauati commodum directa sit? Debuerat potius Tribonianus distinguere an heres suspectam dixisset & coactus restituisset, an verò sponte adiiisset. Nam cum coactus adit, certum est nullum profus commodum retinere illum debere non solum ex hereditate, sed nequidem occasione illius hereditatis, l. ita tamen 27. §. qui suspectam & §. si præcipuis l. si patroni 55. §. quid ergo D. hoc tit. ad S. C. Trebell. In l. filio 7. D. ut legat. nomin. caueat. dico Triboniani esse postremam illam clausulam, sed melius est per mediocritatem causam dirimere ut cautioni tantum cum hypotheca suarum rerum committantur. Neque enim dubito quin ad propositam questionem Paulus in præcedentibus responderit, quæ de illo erat, An si filio seruo legato esset à patre dominus, & pendente conditione filius emancipatus aut seruus manumissus esset, auditi deberent si sibi à patre dominus satisfacti

postularent. Dubitandi causa illa fuit quod patris dominive beneficium non videretur ipsis onerosum esse debere. Sed decidendi ratio illa fortior est, quod imputare sibi debeant qui dederunt eis postulandæ aduersus se satisfactionis facultatem. Nam in legatis condicionalibus perpetuum & generale est vt siue de personarum siue de rerum qualitate & conditione quærendum sit, euenientis conditionis tempus spectari, & ex eo statu qui tunc sit, rem decidi oporteat. *l. si uxorem §. C. de condic. insert.* cum similibus in quo differunt stipulationes à legatis, *l. si filiusfamilias 78. de verb. oblig. l. que legata 18. de diuers. regul. iur.* Quod cum ita sit, nihil necesse erat per mediocritatem, vt Tribonianus loquitur, causam dirimere, quæ iam satis & longè melius per ipsam iuris rationem dirempta erat, deinde cum edicti perpetui forma illa sit, vt legatorum condicionalium nomine satisfdari oporteat cuiuscumque dignitatis, & facultatum quarumcunque heres sit, *l. i. in prin. §. i. eod. tit.* quis putet voluisse Paulum aut verò potuisse temperamentum istud inducere contra iuris rationem, formamque edicti, nulla præsertim cogente necessitate? Imperatoris fuit aut eius qui Imperatorem ageret nõ Iureconsulti id audere, nec simile est aliud illud temperamentum quod proditum est, *in §. i. l. postquam §. eod.* ab illis verbis, *sed si nec ipsi cauere possint,* vsque ad *§. si dies.* Nam quo casu cautio nulla interponi potest propter inopiam eius qui cauere ex edicto deberet, vtique fuit necesse ab edicto recedere aut potius edictum supplere & remedium excogitare quo & heredis & legatarij indemnitati consuleretur, *l. i. §. si frater D. de collat. bonor.* At satisfactionis onus remittere patri vel domino qui ex forma edicti satisfacere debeat, possitque si velit, neque fuit necesse, neque Paulus pro sua autoritate facere potuit. Et verò si ratio illa valeret quæ pro patre dominoque facere videbatur, quod iporum beneficium iis onerosum esse non debeat, facere etiam deberet vt nec pignoribus cauere illos æquum esset. Nam & onus est pignoribus, aut etiam hypotheca rerum suarum omnium cauere, *dist. leg. i. §. iubet autem de collat. bonor.* Lapsus Triboniani ille fuit quod putauit non fuisse decisam à Paulo quæstionem, quod sententiam suam non nisi per interrogationem quasi dubitans modestiæ causa vt facere iureconsulti solent, aperuisset. Quamquam verisimile quoque est subiectum fuisse à Paulo quod magis est, talè ve aliquid, sed sublatum à Triboniano, vt sub Pauli nomine suam nobis insinuaret opinionem. *In l. 4. §. si quis condemnatus. D. de re iudic.* vereor etiam ne Triboniani sit tota illa distinctio. Nam Vlpiani temporibus cuius ea lex est, videtur in arbitrio iudicantis fuisse quemadmodum & hodie est, vt condemnato tantum temporis ad soluendum daretur, quantum pro cuiusq. facultatibus sufficere videretur, sicuti monuimus, *cap. i. lib. 7. ex l. 2. l. debitoribus 31. eod. l. si debitori 21. de iudic.* Neque enim hac parte quicquam intererat an debitor ante sententiam paratum se diceret soluere, an esset condemnandus, vt constat ex *d. l. debitoribus* in illis verbis, *His qui faciebuntur se debere aut ex re iudicata necesse habebunt reddere.* Proinde tempus legitimum iudicato faciendo datum non aliter locum habere poterat, quam si aliud aut breuius aut longius iudex non præstituisset: quamuis credibile sit non fuisse solitos iudices ab eo tempore quod lex definiuerat præstituendo faciliè ac sine causa recessisse. Vnde illud etiam est quod idem Vlp. ait, *in l. certum 6. §. vlt. de confess.* confessos vtique post confessionem tempora quasi ex causa iudicati habere. Et sanè  
absur-