

C. I. N. D. N. I. C.

TRIGÆ

BENEFICIORUM
FIDEIVSSORIBVS

COMPETENTIVM

HYPOTYPOSIS,

Quam

Favente Supremo Numine,

SUB PRÆSIDIO

*Viri Amplissimi, Consultissimi atq̃
Excellentissimi,*

DN. IOHANNIS REBHAN,

V. J. D. ac in alma hac Argentoratensium

studiorum Vniversitate Antecessoris Pu-
blici Celeberrimi,

*Dn. Patroni, Promotoris, Præceptoris ac Hospitis sui debito
debita observantia, reverentia & honoris cultu
et atem prosequendi,*

Publicæ ac placidæ disquisitioni subijcit,

PHILIPPUS JACOBUS TUCHER,
Norimbergensis.

In Auditorio majori,

Ad d. 2. Maij anni.

ARGENTORATI,

Typis FRIDERICI SPOOR.

ANNO M DC XLVII.

9 151.

1647 3.

n. 22.

Disp. 1X.



101

LIBRARY

UNIVERSITY OF SACHSEN-ANHALT

MAGDEBURG

1700

1700

1700

1700

1700

1700

1700



C. I. N. D. N. I. C.

Prefatio.

Yrenaicorum inter dogmata jam olim fuisse, quod jus, hoc est, bonum, æquum, justum, revera nullum sit, sed quicquid sit tale, ex sola constet opinione hominum, qui sibi pro utilitate sua jura sanciverint, varia pro moribus, sapius etiam pro temporibus mutata. Laërtius in *Aristippo libr. 3.* testatur. Ipsum etiam Ciceronem, istum celeberrimum sæculi sui syncretistam, hoc haud difficulter admisisse, refert, simul Carneadis in hanc sententiam habitam disputationem, Lactantius *5. Div. Instit. 17.* digno elogio notatam, nempe quod illa arguta sit ac venenosa. Atque talis opinio hæc revera est, subdolè enim inficiatur divinam providentiam homini rationem, legem, jura dedisse. *Coras. 1. de art. jur. 3.* contra ac religiosissimus Juris Imp. Justinianus, qui *Rerum naturam, jura cum ipso genere humano prodidisse*, dixit in *§. 11. J. de Rer. Div.* ac Demosthenes O-rator, qui *leges ac jura, tanquam divinum inventum & munus, Deo acceptum tulit. l. 2. ff. de ll.* Et utinam communia illa & nuda juris naturalis præcepta ad mores hominum in hæc tristi naturæ depravatione commode regendos suffecissent! Verum uti progressu temporis & malitiâ hominum variis fraudibus atque calumnijs se infruente, usus & indigentia humana jura alia atq; alia exegere. *§. 2. I. de jure N. G. & C. Sebastian. Med. de ll. & stat. 1. quest. 6. num. 3.* sic hæc postmodum, ad controversias & civium singulorum querelas singulas exactè sopiendas & dirimendas, cum inter omnes ex æquo usurpari non poterant, Jura Civilia sibi subsidio & tanquam septo circumdanda adversus contumaces, atque tanquam limitibus adversus calumniosos discernenda. *Diod. Tulden. 2. de princ. jur. c. 4.* de postularunt. Quæ æquè non cæco impetu, sed certâ ac judicio politico probè informatâ ratione (licet ea à nobis hodiè non semper reddi possit. *l. 20. ff. de ll.*) à prudentibus decreta *d. l. 2. ff. de ll. & divi-*
no quod



no quodā motu condita sunt. *l. fin. C. de presc. 30. vel 40. ann. Nov. 80.*
Admirabilis & penē incredibilis inter se hominum dissimilitudo, va-
riaque pro locorum diversitate natura *l. 31. §. mancipia ff. de adil. edict.*
diversa etiam corporum temperamenta, non ead. jura in omnibus
Rebuspubl. admittunt. *l. 1. ff. ad l. jul. de Ambitu.* temporum quo-
que vicissitudo sapius alia atque alia LLatoribus extorquet. Sanē
ut in mediorum apprehendēdorum consideratione, humanū est er-
rare; ita licet circa talia LLatores aberrārint, vel hodienu aberrent,
finis tamen & scopus, quem omnes salutem populi constituūt, cum
semper idem maneat, non potest totale æquum & justum in nudā
legislatoris opinione poni. Quo ipso etiam non tam excusamus
Juris Civilis Romani conditores, quā laudamus, in primis Imper-
nostrum, qui summis vigiliis, summaque providentiā jura vetera,
plura adhuc rigorem gentilem redolentiā cœlesti favore adjutus, re-
purgavit & emendavit. Testantur hoc leges Ælia Sentia, Fusia Ca-
nina, Falcidia. &c. SCta item Trebellianum, Pegasianum, Tertul-
lianum, Orfitianum, &c. innumera Jmpp. constitutiones, Jura-
que à Veteribus condita alia. Sit hīc nobis instar omnium arctissi-
ma illa obligatio FIDEIUSORUM, pro debitore principali, interpo-
sitā stipulatione, suo nomine reo principali manente obligato, abs-
que novatione in majorem securitatem sese adstringentium. Fuit
hac optimā ratione & SCOPO introducta, nempe ut creditoribus de
debito, si debitor facultatibus forte lapsus, ad illud consequendum
diligentiū cautum esset. *pr. l. de Fideiuss. §. ult. l. de replicat.* Ita, ut
regulariter omnes, quicunque obligari, etiam fidejubere, nisi speciali
ratione essent prohibiti, omniq; obligationi ex quacunq; causā tam cō-
trahendæ quā contractæ, principali & accessoriæ, civili & naturali
accedere possent. *§. 1. l. de fidejuss.* idque MEDIANTE STIPULATIO-
NE, EX QUA postea non tantum ipse fidejussor sed eius etiam here-
des *§. 2. d. t. de omni eo quod tempore fidejussionis in obligationem*
erat deductum, obligabantur, ita ut creditori vel ipsum debendi reū
principalem, hocve omissio fidejussorem, vel si plures dati fuerant,
unum ex fidejussoribus (in tantum enim censebantur obligati fide-
jussores, ut etiam inter ipsos obligatio indivisa intelligeretur. *Coed.*
de contrah. stipulat. 9. conclus. §. num. 91.) STATIM CONVENIRE. *l. ff.*
mandavero 22. §. 2. ff. mand. l. 3. l. 5. l. 19. l. 23. C. de Fidejuss. §. 4. l. cod.
Paul. 2. sent. 17. in fin. etiam omissis pignoribus, *l. 2. l. 17. C. d. t. imō*
ab uno redire ad alterum *l. 48. l. 56. pr. ff. mand. liberum fuerit: Sic*
nec a-

133. n. 22

nec actio fidejussori solidum solventi, quâ aliqui à confidejssori-
bus repetere potuisset, competebat. Hocque quanquam in
negotiis contrahendis & firmandis tam frequentissimum quam u-
tilissimum optimaque ratione videbatur constitutum, fraudesta-
men illud etiam iniquitatis labe asperferunt, abusus modum osten-
dentes in tantum, ut (verba sunt Ant. del Re tract. de jur. calumn.
cap. 15 num. 216.) qui posthac audebat pro alio fidejubere, necessum
haberet, sibi imprimis ante oculos ponere, & proponere, pati mille
persecutiones à creditoribus, à birruarijs, imò à debitore ipso, pro
quo fidejussit, quod capi facere tentaturus sit, ad morem gerendum
creditori, atque ita ante oculos etiam sibi proponere, omnium suo-
rum bonorum dispersionem, illorum sub hasta in foro publico ad
præconis horridam vocem distractionem, amissionem dulcis somni
& quietis, desertionem nobilium suorum studiorum, cultivationis
suarum villarum, consumptionem propriæ carnis & senectutem
ante tempus, accessionem sexcentarum curarum alienarum, & so-
mniorum graviorum & dormientem terrentium, amissionem pacis
in domo cum uxore, cum socru, cum nuru, cum focero, cum gene-
ro, cum liberis, cum nepotibus, ac etiam cum famulis & ancillis, &
immissionem in eandem domum omnium pœnarum & clamorum
inferni perpetui, amissionem omnium amicorum & eorum qui ju-
re indissolubili sanguinis sibi obstricti sunt, carcerationes insuper
perpetuas, & mortem sæpè in carceribus, & si has effugerit, quod
cogatur mendicus & vilescens in patriâ obsequium præstare aliis, qui
sibi digni famuli non fuissent &c. *hactenus del Re.* Ob quæ, cum
difficillimè fidejussores inveniebantur, super hoc varia remedia juris,
fidejssorum gratiâ excogitata sunt, data enim fidejssoribus actio
mandati, quâ regressum habebant adversus principalem debitorem,
pro quo fidejsserant & solverant, ad repetendum id quod pro eo
solvissent. §. 6. *I. de Fidejuss. l. 64. ff. eod.* Item negotiorum gesto-
rum l. 20. §. 1. *ff. mand. C. l. A. 46. ff. 1. thes. 14. num. 16.* Verùm ad
rei consumationem cum nec hæc sufficientia visa, ideò aliis benefi-
ciis insuper Legumlatores fidejssoribus benignè subvenere, quibus
adversus creditorum importunam exactionem sese salutariter tueri
possent, quæ sunt tria illa celeberrima remedia, nempe **EXCUS-
SIO-
NIS** sive **ORDINIS.** Item **DIVISIONIS** & deniq; **CEDENDARUM**
ACTIONUM; de quibus cum paulò fusius hîc disserere nobis propo-
suerimus.

A 3

fuerimus.



351
fuerimus, Deum Ter Opt. Maxim. supplices adoramus, gratiam
suam nobis largiatur, quâ possimus veritatem investigare & inve-
nire feliciter!

CAPVT I.

De Beneficio Excussionis seu Ordinis fi- dejussoribus competente.

ET prius est, ut de EXCUSSIONIS BENEFICIO videamus. Hoc
enim inter cætera primarium & expeditissimum est, cum prin-
cipali debitor solvendo reperto reliqua omnia, tum Divisionis, tum
cedendarum actionum, & si qua alia, non tam cessent, quam planè
ijs non opus sit. *arg. l. 4. ff. qui testam. fac. possunt.* quid enim ei in ex-
traneis erit, à debitore completo. *Nov. 4. cap. 1.* Videatur Anton.
Hering. *tract. de fidejuss. c. 27. p. 1. n. 1.*

2. Utque eo penitus hujus beneficii indolem penetremus, antè o-
mnia nomen ejusque ratio paucis explananda est. Dicitur autem
communissimè BENEFICIUM hoc EXCUSSIONIS: EXCUSSIONO vo-
cabulum verbale est, derivatum à verbo excutere, quod composi-
tum præpositione ex & verbo quaterere, quod est, violentius commo-
vere. Et quamvis non tantum à bonis Autoribus Latinis aliis, ve-
rum etiam à Jctis & Jmpp. de diversis subjectis diversimodè, vario-
que in significato prædicetur. Ut cum dicimus tela excutere hoc
est, jacere, mittere. *Tacit. 2. Annal. 20. num. 4.* jugum excutere pro
abijcere vel exuere. *Floz. 2. hist. 14. num. 2.* hostem obsidione excute-
re, hoc est, expellere. *Floz. 2. histor. 6. num. 29.* Item sudorem ex-
cutere; pro elicere. *Cornelius Nepos in Eumene 18. 5. 5.* Et in jure nostro
Labeo Jctus in l. 60. §. 4. ff. locati. ibi mandavi tibi ut excuteres, quâ-
ti villam ædificare velles, hoc est, computares. *Scavola Jctus in l. 59.*
§. 2. ff. de manum. test. rationes diligenter excutere, pro rationes red-
dere, quam legem fusiùs explicatam legere licet ap. *Walther. 2. miscell.*
17. *Vlpiano Jcto summam alicui excutere, idem est, ac urgere & exi-*
gere debiti solutionem l. 29. §. 2. mand. sic factum, causam alicujus
facti excutere pro inquirere, explorare, habetur in l. 14. ff. de off. præ-
sid. l. 5. §. 9. ff. de jure immun. l. fin. §. 1. ff. ad municip. crimen violen-
tia excutere l. 1. C. de App. dictum excutere pro examinare in l. 17. pr.
ff. de her. instit. communiùs tamen licet satis abusive, etiam de facul-
tatibus

tatibus & bonis verbum hoc excutere predicatur, & dicuntur bona vel facultates alicuius excuti, quando inquiritur in ea utrum sufficientia sint, ex quibus creditori satisfieri possit, ut in l. 1. §. 9. ff. de magistr. conven. ibi: excussis facultatibus eius. l. 1. C. de rev. iis que in fr. cred. ibi: bonis eius excussis. l. 42. ff. mandati ibi: excutere vires alicuius, hoc est, inquirere an quis solvendo sit. Imò nonnunquam etiam de ipso subjecto seu debitore predicatur, ut in l. 2. §. 1. ff. si quis omis. caus. test. ibi: possessor prior excutiatur. & passim alibi. Atque ita etiam hinc dicimus, quod creditor debitorem principalem excutiat, hoc est, inquirat in vires patrimonii eius & exploret, utrum idoneus seu solvendo sit, priusquam fideiussorem de solutione conveniat & persequatur, secundum d. Nov. 4. cap. 1.

§. 3. Sanè indigetatur beneficium hoc etiam aliis nominibus, dicitur enim & quidè haud infrequenter nec inconcinne beneficium ORDINIS, quod servatà hanc vià & ordine creditor in exigendo debito progredi debeat. arg. l. 2. §. 1. ff. si quis omis. caus. test. Nov. 4. cap. 2. Videatur Joh. Baptist. A sin. de Execut. in prolegom. cap. 2. num. 13. Itemque beneficium novæ constitutionis de fideiussoribus, à Speculatore de Renunciat. §. 1. num. 10. Cardin. Tuschus lit. F. conclusion. pract. 310. num. 1. beneficium Justiniani Imp. à Cujac. 19. obs. 35. beneficium Auth. presente C. de fideiuss. à Coler. de process. execut. part. 1. cap. 10. num. 333. beneficium de principali prius conveniendo à Caroc. de Excuss. bon. part. 2. quest. 16. num. 2. ab aliis etiam aliter, hactenus enim in onomathopeija cuilibet iudicio suo abuti per nos licet, modò de sensu illius nobis constet. Communiùs tamen, ut dictum, excussionis beneficium dicitur, quæ appellatio inter ceteras etiam eidem apprimè convenit, naturamque eius mactè exprimit.

§. 4. Vti autem in genere excussio cuiusvis debitoris nihil aliud est, quam reram & bonorum illius ad unquam usque sacrumque & peram, hoc est, minimum quadrantè per iudicem facta inquisitio ac detectio. Valent. Franc. de Fideiuss. cap. 5. num. 145. Caroc. de excuss. bon. num. 1. Ant. Faber. Error. pragm. 5. cap. 8. Ita etiam hinc & quoad subjectam nostram materiam beneficium excussionis nihil aliud est, quàm exceptio, lege, bono fideiussorum, introducta, ad creditoris contra eos institutam actionem, usque dum principalis debitor ab eo prius legitimè excussus & non solvendo repertus fuerit, elidendam & differendam. Atque ita pronunciat: Das Klä- ger vmb



301
Ger umb Befabting solcher Schuldt / zu fürderlichsten den Haupte-
schuldner mit Recht fürnehmen / vnd deshalben gegen ihm gründliche
excussion vnd Ausführung thun soll / wie sich in Recht gebührt /
vnd was ihm als dann an gemelter Summen abgeht / mag er sich för-
ter an beklagten Bürgen erhoblen. V. R. E.

§. 5. CAUSSA EFFICIENS huius beneficii, quæ sit, non ea-
dem est Dd. opinio; Etenim Cujac. ad d. hanc. Novell. 4. jam olim
lege 12. Tabb. hoc ipsum constitutum fuisse, ne fideiussorem statim
creditor accedat & eidem de solutione molestus sit, sed primum
principalem debitorem conveniat, id quod sagacissimus conector,
nec improbabiler, ex præfat. d. Nov. 4. verbis ibi: *legem antiquam
positam quidem olim, usu verò nescimus quemadmodum non approbatam
& cap. 2. seq. in fin. ibi antiqua siquidem lex hæc &c. colligit & infert.*
Balduin. verò in suo Justiniano, & post eum Antecessor in Academiâ
patriâ Noricâ celeberrimus & meritissimus, Dom. Ritterhus. *Com-
ment ad Novell. 2. num. 18. quæ lex illa antiqua fuerit, cuius temporis
authorisve, sibi non liquere, modestius confitentur. Nostrum non
est aliis sapere aut hîc difficiles habere nugas, quicquid enim fuerit
aut quæcunque, id manifestum est, eam tempore Justiniani Imp. ab
observantia recessisse, è contra usu obtinuisse, & creditori vel ipsum
reum debendi principalem, hocve omisso, fideiussorem, statim con-
venire. l. si mandavero 22. §. 2. ff. mand. l. 3. ubi Giphon. huius veteris
juris rationem notat. l. 5. l. 19. l. 23. C. de fideiuss. §. 4. l. eod. Paul. 2. sent.
17. in fin. etiam omissis pignoribus l. 2. l. 17. C. d. t. liberum fuisse.*

§. 6. Sed paucissimis certisque exceptis casibus, inter quos, si
quis fideiussisset. 1. pro magistratu apud Rempublicam. l. 3. §. fin.
de adm. rer. ad civ. pert. 2. pro debitore fisci l. 47. in pr. ff. de jur.
fisci l. 1. C. de conven. fisc. debit. 10. tunc enim etiam jure veteri ante fi-
deiussorem, principalis prius erat conveniendus. Amaya ad l. 1. C. de
Decurion. 10. num. 3. & seq. 3. creditorve rogatu fideiussoris cum reo
experiat. §. 2. l. mand. l. 22. ff. eod. 4. aut fideiussor tantum de in-
demnitate spondidisset, hoc est, in id se obligasset, quando minus
creditor à debitore servare potuerit. l. 63. ff. de fidei l. fin. ff. de Reb.
cred. Gædd. d. tr. de contrab. stip. 9. concl. 5. num. 93. 5. aliudve con-
trahentibus placuisset d. l. 5. l. 19. C. de fideiuss. Koppen. 2. observ. 31.
num. 1. Rittersh. d. loeo.

§. 7. Atque ita tutius hoc beneficium ut alia plura, gloriosis-
simo Imp. Justiniano accepto ferimus, sive quod ille jus antiquum
desue-

desuetudine inumbratum hoc imperiali remedio iterum illuminavit
sive quod novâ humanitatis ratione ductus, primus constituit, ut
debitor sive reus principalis der *Selbstschuldner* primus conveniatur,
& usque consequendi ab eo debiti spes aliqua superest, excutiatur,
quam à fidejussore debitum postuletur *d. Nov. 4. c. 1. ex qua desum-*
ta auth. presente C. de fidej. Mantica. 2. de ambig. convent. 16. tit. 16. n. 1.

§. 8. Uti enim æquitas dicitur, ne cuiquam officium suum
sit damnosum *l. 16. §. 5. de furt. l. 7. ff. quemadm. test. ap. l. 29. ff. ex*
quib. caus. maj. sed quod qui commoda sentit, etiam incommoda
sentiat & ferat, *per vulgaria juris*: Itætiã vult, ut ille potius con-
veniatur qui debitum contraxit, aut pecuniam accepit inque rem
suam vertit, quam ut fide jussores, hætenus innoxij quique nihil co-
modi exindè sensere, protinus molestentur & ab jis summa excutia-
tur, *d. Nov. 4. c. 1. Bach. ad Tr. 2. 28. §. lit. c. d.* hoc enim uti suo modo
durum & inhumanum, ita ut debitore principali demum excusso
& nõ solvendo reperto, fidejussores convenire liceat, sat citata ista ex-
actionis injuria *Imp. visa, l. 3. §. 3. ff. quod quisque jur. in alterum*
cum verisimilius etiam sit, hoc ipsum tacitè creditorem & fideiussor-
em in vicem egisse, ne hic, priusquam debitoris bona excussa isque
non solvendo fuisset repertus, conveniatur, sed in subsidium saltem
teneatur *Rittersh. d. l. n. 96.*

§. 9. Vnde & rectè à Schradero *miscell. jur. §. n. 57. Hering d.*
tr. de fidejus. p. 1. c. 27. n. 291. Græven. d. l. consil. 6. rejicitur opinio
Menoch. 7. consil. 661. n. 15. Gabr. Rom. l. 3. Comm. opin. Tit. de fidej.
concl. 1. n. 72. Gail. d. 2. obs. 27. n. 8. qui statuunt huic I. Civ. beneficio
non suffragari Jus CANONICUM, ceu quo apices juris, inter quos
hanc exceptionem recēsent, non curentur, sed omnia ex bono & æ-
quo dijudicentur. *c. dilecti X. de judic.* Hic enim imprimis (*verba sunt*
Canisij in append. Inst. Jur. Can. de diff. jur. Civ. & Can. in pr. p. mihi
633.) retinendum est, eam esse affinitatem inter jus Civile & Canoni-
cum, ut quod in uno desideretur, ex altero rectè petatur *c. 10. extr. de*
nov. oper. nunc. regulamque perpetuam, quod, ubi Jus Canonicum
in re aliqua deficit, ibi licitè recurratur ad jus Civile. Cum itaque à I.
Can. nullibi contrarium huic Iuris Civilis beneficio cautum sit, neq;
peccatū quodpiam inducat, tutius est, regulæ huic inhære & leges
Civiles etiam in foro Canonico observare *d. c. 10.* quam sub autori-
tate juris scientiæ, in hujusmodi de bono & æquo quæstione pernici-

B osè errare

[Stamp]



321
se errare. arg. l. si servum. 91. §. 3. ff. d. V. O. Videatur Mantica. d. tr.
2. de ambig. Convent. 16. tit. 17. n. 42. Caroc. d. tr. de Excuss. Bon. q. 15.

§. 10. Ob id tamen non subscribimus opinioni Mangonij
decis. Florent. 45. n. 9. Nattaæ consil. 521. n. 9. v. 11. qui his rationibus mo-
ti, putant: Hoc excussionis beneficium nullo statuto tolli posse. Si-
quidem hæc jurium civilium natura est, quod pro re natâ, Reique
publicæ diversitate, moribusque civium variantibus, non semper &
ubi que eadem sint & permaneant, sed sæpius variant & mutantur §.
pen. I. de I. N. G. & C. §. ult. I. de leg. agn. tut. & ut Suthold. I. Diss.
Inst. 63. dicit: mensuræ vel arbitri vice defungantur, nunc Juri Natu-
rali, usu & necessitate Reipubl. exigentibus, aliquid addentia, nunc
detrahentia l. 6. ff. de Iust. & Jur. Ita STATUTO hoc beneficium ex-
cussionis, ubi Reipubl. ratio & status hoc sibi deponat, negari &
prohiberi posse, tantò minus dubium est, quantò magis tale statu-
tum, licet videatur correctorium, nos tamen reducat ad jus anti-
quum consuetum, ne utiquam omnis æquitatis exors, quatenus &
hoc æquitati consentaneum est, ut is qui fidem suam pro alio inter-
posuit, eam servet. l. 1. de constit. pec. l. 1. §. merito ff. de pos. l. 1. de pact.
Gail. 2. obs. 27. n. 29. cum que ut res alia quælibet, ita etiam Jura faci-
lè ad primordia sua redeant. c. ab exordio 35. dist. l. si unus. §. pactus ne-
peteret ff. de pact. Unde talia statuta favore suo constare Mascard. de
statut. concl. 4. n. 66. Boër. decis. 221. n. 15. & valere, communis Dd.
schola tradit Gail. d. l. Græven. d. 2. concl. pract. 27. cons. 7. Hering. de
fidejuss. c. 27. p. 1. n. 255. & imprimis quod ea mercaturas & negotia-
tiones promoveant, laudantur à Boër. d. l. ubi apud Florentinos, Lu-
canos & Venetos ita servari testatur, nec dubitandum, æmulâ horum
inclitam Rempubl. Noricam, hanc quoque, inter cæteras, ob ratio-
nem, (facere enim in argumentum videtur l. 5. Reform. tit. von
Bürgschafften ibi: nach gelegenheit allerhandt handthierung dieser
Statt/ vnd in handhabung gemeines nutzen trawen vnd glaubens :)
Jus hoc noviss. d. Nov. 4. & d. Auth. presente, inter suos cives non
admisisse, nedum observare, Jure communi veteri, sua Reform l. 1. d.
c. usu retento & confirmato, ibi: Wann einer vor dē andern ohn be-
sonder außdrucklich geding/ bürg würde/ so steht in des glaubigers freyē
willen/ den selbstschuldner/ vngeledigt des Bürgen/ oder den Bürgen
vngeledigt des selbstschuldners vmb die bezahlung fürzunehmen/ vnd
ist derselbig Bürg/ das ieuige/ darfür er Bürg worden/ zuleisten vnd
zu era

156
n. 22

in erstatten schuldig. Successus præconium fecit Dn. Lymnæus
7. *jur. Publ* 35 n 7. Hæc de CAUSA EFFICIENTE.

§ 11. Sequitur MATERIA, hæc vel SUBIECTIVA vel OBIECTIVA: SUBIECTUM aliud RECIPIENS aliud OCCUPANS. Hoc sunt personæ quibus Excussionis beneficium competit. Illud verò, adversus quos hæc exceptio datur, & quæ personæ possint excuti.

§ 12. Personæ quibus beneficium hoc competit sunt. 1. Omnes regulariter FIDEIUSORES, simpliciter alienam obligationem fide interpositâ, suam esse jubentes. *d. Nov. 4. & Auth. præsentē C. de fidejuss.* Apertissima enim, ut inquit Græven 2. *concl. præct* 27. n 1. est conclusio: Simpliciter fideiussorem, prius quàm principalis debitor fuerit excussus, conveniendum non esse. Zanger *de except p 2 c. 15. n 8.* Gœdd. *de contrah. stip. 9 concl. 5. n. 95.* nullo discrimine habito laicus sit an clericus, quatenus & his fidem suam pro alio interponere jure permisū est. *Gloss. in c. pervenit. Verb. non solventibus in fin. extr. de fidejuss.*

§ 13. Super FIDEIUSORE JURATO, h. e. qui mediante iurandi religione fidem suam obstinxit, pugnam ciere non minorum gentium Jcti, asseverantes juramentum tale hanc Excussionis exceptionem elidere, ita, quemadmodum sentit Camill Borell. *controv* 11 n 10. ut fidejussor, qui mediante jurejurando se obligavit, si adversus obligationem juratam hanc exceptionem opponat, nulla Juramenti absolutione impetratâ, periurij replicâ, tanquam litis finitæ, repelli possit. Rauhbar. *p. 2. quest. 2. n. 99.* Treutl 2. 28. 5. l. D. Gœdd. *de contrah. stip. d. l. n. 37.* Hering. *de fidejuss. p. 1. c. 27. n 45.* Gail 2 *obs* 27. n. 23. Jcti Marpurg. 3 *cons.* 12. q. 3 n. 118. Wesemb 1. *cons.* 14 n. 16 Menoch 1 *consil.* 27. n. 8 Roland à Valle 1. *consil.* 6. n. 45. Capella Tholos. *decis.* 130 Köppen. *decis.* 53. n. 16. Coler. *de proc. Execut. p. 1. c. 10 n. 347.* Carpzov *d. tr 2. const.* 71. *definit.* 5. & alij plures, idq; his rationibus moti, quod juramentum tale habeat vim renunciationis expressæ propter enixam voluntatem *arg. l. cum pater. 77. §. filius 23. ff. de leg. 2. 2.* cumque frustra contractui huic adjectum dici non possit, obligatio talis fidejussoria jurata præter & ultra communem fidejussionis naturam insuper aliquid contineat 3. Inprimis cum hoc juramentum ita comparatum sit, quod absque salutis æternæ periculo servari possit &c. Verum uti hæc rationes revera nihil inferunt, ita semper tutiorem & veriozem contrariam duximus sententiam, nempe etiam jurato fidejussori, hanc exceptionem competere. Etenim sive respiciamus jurantis mentem, secundum

quam hactenus omnia iuramenta sunt extendenda & restringenda
c. veniens 16. extr. de iurej. sive iuramenti ipsiusmet indolem, neutra
talem extensionem admittit; non illa, quod verisimile non sit, fide-
jussorem se hoc beneficio privare voluisse aut unquam cogitasse se
ultra ea, ad quæ jure communi regulariter tenetur, obligare, quin
potius, quod se conventionem sanctè servaturum jurarit, salvis tamè
beneficiis sibi de jure competentibus *arg. l. 3. ff. de testam. mil. nec*
hæc, cum iuramentum contractui appositum, non operetur, ut is de-
generet, sed ut in formâ & naturâ suâ tantò sit firmior arg. l. ultim.
C. de non num. pec. sequitur illud naturam contractus cui adijcitur,
quæ certè hîc mutaretur, si iuramentum hunc effectum pareret, ut
tolleret excussionis beneficium Merenda *s. contr. 52. Fachin. 3-*
contr. 15. Hunn. ad Tr. d. l. ubi fusius Heringii fundamenta evolvit.
Arum. 13. quest. 18. nec videtur ob hoc fidem fallere, siquidem ut
modò dictum, iuramentum hoc interpositum fuit, non ut fidejusso-
rem beneficio privaret, sed ut efficacius eum ad obligationis obser-
vantiam adstringeret, cui omninò factâ excussione & debitore prin-
cipali non solvendo reperto, ipse solvendo satisfacere debet. Videat-
ur Bachov. *ad Tr. d. D. th. 5. lit. C. Franc. de Fidejuss. cap. 5. num. 386.*
Zanger. d. tr. de Except. 2. cap. 15. num. 9. Schrader. miscell. jur. 5. num.
18. Gomez. 2. Resol. 13. num. 21. Schæff. 3. quest. 7. Moller. 1. semestr.
6 Besold. 3. de lib. jur. tit. de fidejuss. Thesaur. decis. Pedemont. 166. n. 4.
Anton. Faber. 8. Cod. 27. defn. 31. num. 7. Mantica tr. de ambig. conv.
2. lib. 16. tit. 17. n. 11.

§. 14. INDEMNITATIS FIDEIUSSOREM den Schadloßbür-
gen seu subsidiarium, hoc est, qui ut ad id tantum quantum minus à
principali debitore servare potuerit, teneatur, intercessit *l. 63. ff. de fi-*
dej. Coëdd. ad l. 150. de V. S. num. 2. si is à creditore ante debitorem
principalem conveniatur, hæc excussionis exceptione uti posse, tan-
tò minus dubium est, quantum magis hoc jam olim etiam obtinuit,
ante novum beneficium d. Auth. *præsente C. I. A. lib. 46. tit. 1. th. 18.*
num. 2. & ut rectè observavit Köppen. d. 2. observ. 31. num. 9. non tam
beneficio fidejussionis, quam ex ipsa conditione sponsonis tale
quidpiam habeat. *l. 116. ff. de V. O. Amaya ad l. 5. num. 7. C. de Decurion.*
adhoc enim ut indemnitatis promissio locum habeat, ante omnia ex-
peditum esse debet, an & quid à principali debitore consecutus sit
creditor, utq; tum demum in subsidiū ad id, quod minus consecutus
est, ac ut loquitur Jctus in *l. in fraudem 45. §. 11. ff. de jure fisci in reliquū*
non ex

157. n. 22

non exolutæ quantitatis, vel etiam in defectum totius primæ obligationis, ad quam se ita conditionaliter devinxerat, propter totam in eâ comprehensam summam talis fidejussor conveniatur *l. 21. ff. de solut. l. 116. ff. de V. O. Caroc. de Excuss. part. 2. quest. 14. num. 7. J. Cti Marpurg. 1. Conf. 24. num. 217. & seqq.* ob quam etiam rationem Dd. comunitè volunt, quod fidejussor talis, etiam si Auth. beneficio renunciasset, aut jurejurando se adstrinxisset, tamen ante reum principalem conveniri nequeat. Valent Franc. *d. cap. 5 num. 108. Hypol. ad rubric. de fidejuss. num. 23. Arum. 13. quest. 17. Gomez. 2. Resolut. 13. num. 3. C. J. A. d. 46. ff. 1. th. 18. Gail. d. observ. 27. num. 13. Græven. d. 2. conclus. pract. 27. §. 2. Christin. 1. decis. Belg. 138. Matth. Wesemb. 1. conf. 10. num. 31. Carpzov. d. tr. 2. const. 17. definit. 7.* Quâ tamen disputatione hodiè opus haud esse, putat Hering. *d. l. c. 27. num. 154.* postquam conditio hæc, ut fidejussor in id tantum, quantum minus à debitore principali servare potuerit, ipso jure obligationi fidejussoriæ insit.

§. 15. Sic etiam fidejussori istius debitoris, cujus bona ad fiscum pervenere, ipsius etiam fisci fidejussori competere hoc beneficium, scilicet ut fiscus prius excutiatur quàm ad fidejussorem perveniatur, jam supra diximus, atque hoc etiam ante Justin. Imp. constitutionem obtinuisse, conferatur C. J. A. *d. l. num. 3.* idque ideò non tantum, ne hoc respectu fiscus meliori utatur jure quàm privatus *arg. l. 47. ff. de jure fisci.* verum etiam quod fiscus occupans bona alicujus, in omne debitoris illius jus succedat, & ut habet glossa in *l. sententia ubi Bl. C. de Fidej.* transfundantur in eum omnes obligationes & actiones, etiam passivæ *l. 9. ff. ad Sc. Silan. ubi ad libertates & legata præstanda teneri l. 2. C. ad L. Iul. de vi* in quâ actio personalis & hypothecaria in eum dari dicitur, addatur *l. 2. §. 1. ff. de alim. & cib. leg. l. 5. §. 5. C. ad L. Iul. Maj.* ac denique quod ipsa juris ratio suadeat, ut hoc casu potior sit causa fidejussoris excussionem petentis, quam fisci, siquidem ille de damno vitando sollicitus sit, hic verò ut solummodò acquirat. *Caroc. de excuss. bon. part. 2. q. 12. Gail. de pace publ. l. 2. cap. 16. num. 9. Boër. decis. 57. Carpzov. d. tr. 1. constitut. 18. definitio. 9.*

§. 16. Inter ipsos quoque confidejussores excussionis beneficium nonnunquam locum habet: verbi gr. si quis mutuò accepit mille, ac creditori suo tres dedit fidejussores, dein non liberatis his fidejussoribus, peregrè abiit, post aliquod tamen tempus, uni ex his

172
fidejussoribus misit illam summam quam debebat, sanè si creditor unum ex illis vel etiam illos duos qui pecuniam non acceperunt, conveniat, æquius erit dicere, illum ad quem pecunia pervenit, loco principalis debitoris, reliquos loco fidejussorum esse debere, ac creditori beneficium excussionis objici posse, ut nempe is ad cuius manus pecunia pervenit, primum omnium excutiatur. *arg. l. 65. §. 14. ff. pro soc. Val. Franc. d. c. 5. num. 171. Caroc. d. p. 2. quest. 2. n. 3. Hipp. de Marf. d. l. num. 370. Ludov. Roman. Consil. 114. sumptibus tamen & periculo horum fidejussorum, qui pecuniam non acceperunt arg. l. 60. §. 2. ff. loc. cum in ipsorum gratiam iste actus excussionis expediatur, ut vult Ant. Hering. d. c. 27. n. 164.*

§. 17. De eo FIDEIUSSORE, QUI GENERALITER OMNIBUS BENEFICIIS de jure sibi cõpetentibus RENUNCIAVIT, vel qui promisit, se nulla exceptione oppositâ soluturum, dersür den Principalen die Zahlung zu leisten versprochen, daß ihm darwider / kein geistlich noch weltlich Privilegien / Statuten / Freyheiten vnd Gewohnheiten / so sonst den Bürgen zustatten kommen möchten / schüßen noch handhaben sollten. &c. an gaudeat hoc beneficio & exceptione, ingens est Dd. dissensus. Negantium agmen post Bart. Jason. & Dd. vulgò in l. 1. §. *questum* ducit Gail. d. l. 2. obs. 27. quem sequitur Schrad. *misc. jur. c. 5. num. 15. Modest. Pistor. 1. conf. 35. num. 36. Carpzov. in jurispr. forens. 2. const. 17. defn. 1. n. 6. & defn. 3. Quibus contrariando & negando fortiter repugnant, nec sine (ut arbitramur,) opinio Köpp dec. 53. n. 1. & seqq. Ant. Faber. in C. tit. de fidej. defn. 31. Welemb. 2. consil. 10. n. 18. Mantica de ambig. convent. 16. tit. 17. n. 10. quibus & nos acclamamus, nisi in hujusmodi renunciatione factâ, evidenter etiâ de renunciatione hujus beneficii constet. Car. de Excus. q. 17. n. 5. Jcti Marp. 2. conf. 12. n. 103. Thoming. decis. 1. Coler. de prot. execut. p. 1. cap. 10. n. 394. Welemb. 3. conf. 10. n. 28. Carpzov. d. tr. 2. const. 7. defn. 2. Köppen. 2. obs. 31. n. 19. & decis. 53. ubi Magistratus monet, ut super hoc dubio articulo per specialem aliquam sanctionem certi aliquid statuatur, vel observationes styli tales faciant, ut subditis super hac quaestione certa possit esse determinatio. Conferatur Græven. d. 2. concl. pract. 27. consil. 1. Berlich. 2. concl. pract. 22. C. J. A. d. l. th. 19. n. 4.*

§. 18. Ex quibus jam consequitur, hoc excussionis beneficium non dari ei fidejussori huiusve heredibus, qui specialiter eidem renunciavit. *arg. Nov. 136. c. 1. cuius decisio, quamvis de Argentariis tantum*



tantum concepta sit, ratio tamen quâ innititur, nempe quod cuilibet liberum sit favori pro se introducto renunciare, cum sit generalis arg. l. 29. C. de pact. l. 46. ff. eod. l. 41. ff. de minor. l. 63. in pr. ff. de Evict. l. 57. C. de Episc. & Cler. satis arguit, eam ad alios quoque, imò quoscunque fidejussores pertinere, legemque tunc non suam sed temet tuum tibi denegare auxilium, ut loquitur Gl. & Dd. in l. 1. C. si advers. vend. cum provisio hominis hæctenus tollat provisionem legis l. fin. C. de pact. Ampliff. Dn. D. Biccus in Aureis sect. 4. th. 73. lit. M. Dn. D. Rittersh. d. c. 2. num. 20. Harpr. ad §. 4. l. de Fidejuss. num. 29. Franc. d. c. 5. num. 20. Bachov. & Hunn. ad Treutl. 2. 28. §. lit. C. D. C. J. A. d. 46. ff. 1. th. 17. Hering. d. tr. c. 27. part. 1. num. 106. Gædd. de contrah. stipul. 9. concl. 5. num. 97. Zanger. de Exception. d. l. num. 9. Gail. 2. observ. 27. num. 21. Koppen. 2. observ. 31. num. 50. & decis. 53. n. 1. Thoming. decis. 1. Berlich. d. 2. concl. pract. 22. num. 5. Rutgerf. Ruland in tr. de commiss. 4. lib. 6. cap. 4. num. 29. Carpzov. d. l. definit. 4.

§. 19. Sic excussionis beneficio non juvatur iste fidejussor, qui in vim debitoris principalis se obligavit pro alieno debito *der sich als Haupt und Selbstschuldner verschrieben*; Dissentiunt ab hoc nostro asserto Quidam Papæ decis. 570. n. 6. Coler. de process. exec. c. 10. p. 1. n. 292. & noviss. Cothman. 1. respons. 22. ubi plures pro hac opinione citat & Carpz. d. n. 2. const. 18. defin. 2. asseretes etiam hoc casu fidejussorem hoc beneficio uti frui posse. Gail. 2. obser. 28. num. 2. & seq. animo hic pendet & dubius hæret, non audens affirmativam, licet ipsemet eam in puncto juris veriolem esse confiteatur, eligere, nec negativam, licet eam æquiolem & communiter in foro observari dicat, probare. Sed sit tantis viris sua autoritas, affirmativam sententiam veriolem statuimus, siquidem cum reus principalis & fidejussor non sint unus & idem; sed reus principale quid sit, fidejussor vero accessorium §. 5. l. de Fidej. l. 16. §. 3. l. 34. l. 6. §. 2. de fidej. necesse est ut fidejussor obligans se in vim principalis, etiam in aliquo excedat naturam fidejussoris, nec aliud in quo excedat, videtur dari posse, nisi ut non excusso reo principali prius conveniatur; fidejussor enim manere & principalis fieri nequit, cum hæc ut inquit l. 5. C. de leg. tut. fœda rerum & nominum esset confusio, nec verba uno eodemque tempore duplicem & quidem contrarium intellectum & effectum habere possint arg. l. 13. §. 3. ff. de reb. dub. cumque pacta dent legem contractibus l. 1. §. 6. ff. de pos. Nov. 138. cap. 1. in fin. nihil
impe-



88
impedire videtur, si fidejussor qui secundum juris formam obligatio-
ni tantū accessoriè accedit, ut ex jam alleg. ll. apparet, ab ea ex liberri-
mā suā voluntate recedat, ac se ut principalem obliget, quominus se-
cundum hanc suam propriam legem contractui datam, principaliter
obligetur: in nullo autem potest esse principaliter obligatus, si
salvum habet beneficium excussionis. Denique vulgatum Dd.
axioma est, desumptum ex l. 4. pr. ff. de Usur. l. 1. §. fin. ff. ad munic. l.
109. pr. ff. d. leg. 1. cum similibus, in contractibus nullum verbum, ne-
dum clausulam debere esse otiosam & sine virtute operandi, quod
certè contingeret, si verba illa: constituo me principalem, non id
operarentur, ut in solidum teneretur, secundum Jus vetus & amif-
sum intelligeretur beneficium excussionis. Atque hanc senten-
tiam æquiores & in foro communius receptam testantur Harpr. ad
§. 4. J. d. fidej. num. 30. Fachin. 8. controv. 54. Arum. 13. quest. 17. Am-
pliss. Dn. D. Ludvvell. Disput. Pand. 14. th. 37. Treutl. 2. 28 5. C. ubi
Bach. Hunn. Gædd. d. l. c. 9. num. 97. Coler. de process. execut. p. 1.
cap. 10. n. 307. Anton. Faber. d. tit. de fidej. def. 31. num. 7. Berlich. 2.
concl. pract. 23. n. 4. C. J. A. d. 46. ff. 1. th. 17. n. 6. Dn. D. Ungepaut.
II. Exerc. 8.

§. 20. Frustra quoque excussionis beneficium implorat ille
fidejussor, cujus principalis ob defectum facultatum notoriè non est
solvendo. Wann mánnglichen bekant, daß der schuldner nicht zu be-
zahlen habe; Gail 2. obs. 27. n. 14. Myns. 2. obs. 15. Wesem. 1. cons. 72 n. 30.
Menoch consil. 662. n. 10. Valqu. 1. Illustr. question c. 40. n. 2. Græven.
2. concl. pract. 27. n. 2. & seqq. Zanger. d. l. n. 9. Card. Tusch. 3. concl.
pract. 408. n. 34. & concl. 404. n. 29. & concl. 406. n. 10. Carpzov d. tr. 2.
18. definit. 15. siquidè propter ejus inopiam inanis futura esset excus-
sio arg. l. 16. ff. de dolo, Afflict. decis. 318. cujus finis est, ut appareat an
debitor sit solvendo: frustratorijs autem, & inutilibus exceptioni-
bus non est utendum l. 14 §. 1. ff. ut leg. nom. cav. C. J. A. d. 46. 1. 17.
quamvis autem notorium regulariter tantum allegetur Masc. de prob.
Vol. 2. n. 1108 tamè non sufficit, nisi & in proposito nostro probetur à
creditore debitorem tantum in bonis non habere, undè eidem satis-
faciat, Carpzov. d. l. quæ notorietas variè probari potest, nimirum
quod cessio bonorum jam antea legitimè facta fuerit Gail. d. observ.
num. 6. quod semel etiam ad instantiam alterius creditoris excussus
per Judicem competètem repertus sit non solvendo Anton. Hering.
d. c. 2. num. 201. Anton. Gabr. Roman. d. concl. 1. num. 70. si judici
jure-

139
n. 22

urejurando super paupertate suâ fidem fecerit, wann er in die Treu-
muth schworet. *arg. l. ult. §. licentia 10. C. de jure delib. Coler. d. c. 10.*
n. 341. reliquos notorietatis hujus probandi modos vide ap. Val.
Franc. d. c. n. 320. & Græven. d. l. Mantica d. tr. tit. 17. n. 20. Capzov. d.
l. Berlich. 2. concl. 24. n. 143.

§. 21. Quemadmodū etiâ beneficium hoc cessat, quando ex
difficultate conveniendi inducitur notorietas debitore non esse sol-
vendo, wann der Schuldner vnter anderer Herrschafft vnd ohne sond-
erbahre schwere mühe nit wol zubesprechen oder die Schuld der ordtē
einzubringen ist / cum paria sint, debitorem non esse solvendo facul-
tatibus vel non esse solvendo conveniendi facilitate *arg. l. 2. pr. ff. qui*
satisd. cog. e. g. si debitor principalis in longinquis degat regionibus
ita ut sine magno discrimine & difficultate conveniri non possit,
tunc enim rectē fidejussor primariō convenitur, cum acerbum sit
creditorem mittere aliō, aut concedere, ut diuturna hæc absentia ei
incomōdo sit atque fraudi Nov. 4. c. 1. vers. si vero intercessor. Mynsing.
2. obs. 15. Gail. d. 2. obs. 27. n. 35. Mantica. d. l. in quo tamen absentia ca-
casu fidejussor si exigatur, sibi dari dilationem, ad requirendum re-
rumpetere potest. arg. d. Nov.

§. 22. Dein si constet principalem debitorem esse tyrannum,
potentē, ita ut excussio adversus eum difficulter fieri possit *arg. l. 14.*
ff. pro socio. Zas. ad l. si ergo ff. si certum petat. unde etiam Bald. ad l. 2. ff.
qui satisd. cog. brocardicō hoc notat, quod paria sint excussū vel excu-
ti non posse vel difficulter posse Mantica d. l. n. 24. Treutl. V. 2. D. 28.
th. 5. l. C.

§. 23. Idem juris obtinet, si quis pro naturaliter tantum ob-
ligato veluti pro pupillo, prodigo intercessit *arg. l. 7. l. 25. ff. h. t. Is*
enim principalis prius excutiendus, qui potest de jure & defacto
conveniri, in jure autē certum est, quod naturalis obligatio nullā pa-
riat actionem, & quod sine actione nemo judicio experiri conse-
quenter nec excuti possit arg. l. 19. pr. de cond. indeb. l. 95. §. 4 ff de
solut. & liber. Gail. d. observ. num. 20. Gomez de fidejuss. num. 2. Val.
Franc. d. c. num. 340. Mantica. d. l. num. 18.

§. 24. Indignus etiam beneficio hoc excussionis habetur si-
dejussor, intercessionem & fidejussionem suam dolosè negans, ge-
sährlichen verneinet / si postea de mendacio convictus fuerit. *l. 10 ff.*
de fidejuss. Hippol. de Marfil d. l. num. 322. Mynsing. 2. observ. 15. di-
gnum patellâ tali operculum: Anton. Thesaur. decis. 50. Carpzov.

C

in ju-

in jurispr. for. 2. constit 18 defin. 6. Mantica d. l. num. 36. Licet enim regulariter nulla certa pœna lege mendaciis sit indicta, attamen jura severè ista prohibent & mendaces oderunt, iisque pro diversitate casuum vel pœnam infligunt l. 13. C. de Acc l. 43. §. 3. de furt. l. 9. ff. de reb. eor. Auth. contra qui propriam C. de non num. pecun. l. 80. ff. de R. V. vel beneficium auferunt d. l. 10. §. 1. ff. de fidejuss. l. 11. §. 3. ff. de interrogat. act. l. 2. C. si min. maj. dix. l. 5. C. si contra jus. cap. 15. §. si verò c. super literis x. de rescr. c. si de feudo §. vasallus 3. 2. F. 26. l. 22. §. 1. ff. de re jud. l. 67. §. 3. ff. pro socio Gomez. 2. Resol. 13. num. 14. Harprecht d. §. 4. num. 52 Capell. Tholos. decis. 80. quod tamen hactenus accipi & restringi debet, ut non procedat, nec contingat amissio huius beneficii, si fidejussor sub generalitate quadam in litis contestatione, neget narrata prout narrantur & proposita prout proponuntur Caroc. de excuss. bon. part. 2. quest. 69. num. 19. Carpz. d. l. dein si post libelli quidem oblationem, antequam tamen lis contestata aut fidejussor convictus fuerit, inficiationis eum pœniteat, seque peccasse fateatur arg. l. 11. §. 12. ff. de interrog. act. l. 51. ff. de jus in voc. l. 28. C. de appell. l. 4 §. 6. C. de heret. & Manich. 3. si justam ignorantiam inficiationis scilicet suæ causam, prætereundere possit. arg. l. 42. de R. J. Item, si libellus contra fidejussorem porrectus est ineptus Alexand. in l. fin. ff. de R. V. plures limitationes videri possunt ap. Anton. Herring. d. c. 2. num. 210. Hipp. de Marfil. d. l. n. 322.

§. 25. Rectè etiam adimi videtur beneficium excussionis fidejussori, qui primo loco excussionem contra debitorem principalem institutam ipsemet dolosè impedivit. arg. l. 3 C. de exact. trib. l. 1. ff. de eo per quem factum est. notum enim est, quod non juvetur beneficio legis, qui spernit legem & frustra legis auxilium invocet, qui in eam committit l. 8. §. 14 ff. de inoff. test l. 37. §. 1. ff. de minor. cap. ex co de R. J. in 6.

§. 26. Sic non prodest beneficium excussionis fidejussori, qui debitori principali heres extitit: tunc enim cum intercessionis obligatio per confusionem ipso jure sit extincta & finita, velut principalis seu debitoris heres, non ut fidejussor convenitur l. 13. ff. de duobus reis l. 24. C. de fidej l. 7. C. de pact. Harprecht d. l. num. 57. Mantica d. l. num. 31. Carpzov. d. tr. 2. 18. definit. 13. Hartman. Pistor. 3. quest. 1. num. 11.

§. 28. Exortes etiam hoc beneficio sunt sponsores ad obstaculum obligati, quando nimirum promittunt, se sibi debitor die definito solu-

160
n. 22

to solutionis moram faciat, ad certum locum se sistere, neque inde recedere, donec creditori satisfactum fuerit *arg. cap. 9. in verbis: conventionem ipsorum faciatis adimpleri extr. de jurejur.* cum enim hoc casu se obligaverint ad arctiorem contractus observantiam per factum proprium, hoc est, repræsentationem suarum personarum in loco convento, nihil ad implementum repræsentationis personarum intererit, scire an reus principalis sit solvendo nec ne, ac propterea excussionis exceptio ipsos non relevabit. Valent. Franc *d. c. 5. n. 417.* Verum hæc obstagiorum inter privatos promissiones, an & quatenus de jure valeant? disputant Colet. *in proc. Execut. p. 1. cap. 6. n. 68.* Koppen. *decis. 3.* & Sichard. *ad l. obas alienum. 12. num. 5. C. de O. & A.* Sane novissimis Imperii constitutionibus, non tantum restrictæ Recessu *Imp. de An. 1548.* sed penitus demum propter abusum & scandala publica, ceu quæ extremo debitorum malo & nullo creditorum commodo fiebant, nihilque aliud erant, quam helluationes & crapulæ, sublata & prohibita sunt *Rec. Imp. de Anno 1577. tit. 17. §. wiewol auch Gail. l. 2. observat 46. num. 6. & l. 2. de pace public. 2. n. 6. & in tract. de Arrest. Imp. cap. 9. num. 15. Hering d. tract. cap. 17. num. 66.*

§. 28. Demum beneficium excussionis, nec eo in casu admittere Dd. tradunt, quando creditor, qui est debitor fidejussoris, compensare id vult, quod sibi ex causâ fidejussoriâ invicem debetur, tunc enim creditor est tanquam reus, fidejussor verò tanquam actor, ideoque ordinis beneficio quominus compensationem illam patiatur uti non potest. Hippol. *d. l. num. 11.* Mantica *d. l. num. 39. C. J. A. 46. l. 17.* modò tamen debitum illud liquidum fuerit, liquidi enim ad illiquidum nulla est compensatio *l. fin. C. de compens. §. 30. J. de Act. purum,* non sub conditione aut in diem dilatum *l. 7. ff. de compens. ac utrinque debeatur quantitas: Nam speciei ad speciem, arg. l. 2. §. 1. ff. de R. C. vel speciei ad quantitatem compensatio non admittitur l. 18. ff. de pign. act. l. 15. ff. de impens. in res dotal. fact. Wesemb. in π . de compens. num. 6. Borch. cent. 2. ass. 43* Atque hos ex quam pluribus aliis, quibus beneficium hoc non competit, delibasse hîc sufficiat, cæteros qui scire avert, remissum volumus ad Dd. allegatos imprimis Mantica. *2. de ambig. convent. 16. tit. 17. Vasquez. 1. controvers. illust. 33. C. J. A. d. l. th. 17. Berlich. 2. conclus. 24.* ubi nonaginta & unum casus recenset, in quibus excussionis beneficium locum non habere statuit.

160



301
§. 29. Et tantum de subjecto cui competat beneficium hoc necne: SUBIECTUM RECIPIENS seu adversus quem beneficium hoc detur, quique excuti possint, nobis nunc perpendendum erit: Et PRIUS quod spectat, opponitur hæc exceptio CREDITORIBUS AGENTIBUS & omnibus aliis qui creditorum loco habentur. *Auth. presente C. de Fidejuss. hisce in casibus, in quibus fidejussori licitum est, illud opponere, de quibus paulò antè egimus, conferatur C. J. A. d. l. th. 20.* quod ad POSTERIUS, occurrit hîc nobis ipse DEBITOR primus sive PRINCIPALIS sive reali sive personali actione obligatus fuerit, adversus quem hæc excussio exerceri à creditore debet *d. Auth. quod extenditur ad eius, si defunctus fuerit quoque heredem, ut nimirum & hic prius sit excutiendus, antequam potestas sit creditori conveniendi fidejussores arg. l. 47. ff. de jure fisci. Auth. hoc si debitor. C. de pignor. & hypoth. Gail. d. observat. num. 12.* neque interest adultæ jam is ætatis an minorennis fuerit, cum ut inquit *l. 4. C. de her. act. sub prætextu ætatis pupilli debitoris hereditarii, creditorum exactio differri non debeat: quod si tamen eveniat, ut nullus planè heres creditori existat, tunc nihil impedire videtur, quominus adversus ipsam hereditatem jacentem excussio intentetur arg. l. 31. §. fin. ff. de her. inst. l. 9. C. de pos. l. 15. pr. ff. de interrogat. act. §. 4. J. de her. inst.*

§. 30. MATERIA OBJECTIVA sunt omnes res debitoris propriæ, tam mobiles quam imobiles, tam corporales quam incorporales etiam nomina *arg. l. 15. §. 2. ff. de rejud. Bened. de Plumbin. num. 6.* & siquidem etiam reperiantur res litigiosæ, necessitasque ad excussionem illarum cogat, tunc secundum *constit. Imp. in d. l. 15. §. 4. ff. de rejud.* judex cognoscat, de rei litigiosæ jure, & sic cognoverit rem ad debitorem pertinere, excussionem exsequatur, sin ad debitorem non pertineat, eam rem dimittat, modò tamen hoc fiat sumario processu: ubi etiam notandum, quod hæc sententia nullum litigatoribus præjudicium afferat, si rem velint postea ordinariâ viâ persequi.

§. 31. Cæterùm si BONA quidem habeat debitor, quæ non sint controversa, EXTRA TERRITORIUM tamen SITA, neque aliter, quam his excussis creditori satisfieri possit, controversiâ non caret, AN hæc quoque IN EXCUSSIONEM VENIANT, an verò ad fidejussorem deveniendum? Et magis placet, æquitati convenientissima eorum sententia, quod fidejussor sit sublevandus, illaque bona diversi territorij excutienda *arg. l. 7. §. 1. ff. qui satisd. cog. l. fin. C. de princ. agent.*

181
n. 22

agent. l. 44. ff. de manumiss. test. modò tamen territorium illud sit vicinum atque conjunctum non remotum longè & ad debitorem executiendum difficile arg. l. 35. §. 2. ff. de proc. cum hoc casu non minus possit creditor persequi jus suum, quam si bona sufficientia domi debitori existerent. Jacob. de Arena. de excuss. num. 6.

§. 32. Emergente autem casu, quo bona debitoris excussa quidem fuerint, non tamen inveniunt emtorem aut aliàs commodè vendi nequeant, tum quidam volunt, creditorem fidejussorem licitè convenire posse Hippol. *ad rubr. de fidejuss. num. 18. Caroc. d. p. 2. q. 66. per totam*; magis tamen æquum videtur, si hoc in casu judicis partes interponendas esse cum Anton. Her. *d. c. 27. num. 641. dicamus*, qui cognoscat, ne vel mora modici temporis fidejussori damno sit *arg. l. 21. ff. de jud. l. 31. ff. de re jud. vel an adjudicanda ea sint creditori insolutum arg. l. ultim. §. 2. C. de jur. domin. impetr. C. J. A. 46. l. 16.*

§. 33. Porro cum ut supra dictum, beneficium hoc, ne fidejussor ante reum principalem à creditore conveniatur, & ad solutionem urgeatur, eum non ipso jure immunem præstet, sed saltem fidejussorem, semet defendendo & exceptionem hanc obijciendo adsit & juvet, hinc (ut FORMAM etià hujus exceptionis summo digito ostendamus) facile sibi quisque judicium sumere potest, de illa *Dd. altercatione, super huius exceptionis indole, & QUO TEMPORE EA IN JUDICIO DEBEAT OPPONI*: Etenim eam anomalam esse, & tam antè quam post litem contestatam, usque ad causæ conclusionem opponi posse, tradunt *Gloss. fin. ad l. 3. ff. de Except. Sichard. d. Auth. presente C. de Fidejuss. Gædd. de contrah. stipulat. cap. 9. conclus. 5. n. 103. Hunn. ad Treutl. 2. 28. §. q. 33. Benedict. de Plumbino tr. de Diffuss. num. 18. Cravetta consil. 263. num. 5. Cothman. 1. resp. 22. num. 5. Berlich. 1. conclus. pract. 18. num. 87. Gail. 2. observ. 27. num. 3. Coler. de process. execut. p. 4. c. 1. num. 117. Zanger. de Except. p. 2. cap. 15. n. 3. ubi Wittenbergenses Jctos ita pronuntiasse refert*, omnes hanc sententiam æquitati magis consentaneam, benigniorem & veriore communitè deprædicantes, atque ob id, ut in omnibus rebus, potior æquitatis quam stricti juris ratio sit habenda *l. 8. C. de judic. in primis sequendam atque observandam esse*, Imò, ut fieri amat, sub velamine æquitatis à juris tramite plerunque perniciosè errari, quidam etiam post latam sententiam hanc exceptionem admittendam esse, statuere. Videatur Bald. *ad l. fin. ff. de R. C. Anton. Gabr. Roman. 2. comm. conclus. 1. num. 18. Verum uti æquitas ista adhuc dubia est.*



Graven. 2. conclus. 27. consil. 10. num. 7. Ita è contra certissima est veritas, ut loquitur Eberhard. in Topic. loco ab ordine num. 5. quod hæc exceptio actionem non perimat, sed tantum usque principalis fuerit excussus, noceat, temporis dilationem tribuat & actionem differat, consequenter quod verè dilaatoria sit & ante litem contestatam opponenda arg. l. 13. C. de proc. l. 13. C. de except. aded ut nec in secunda instantiâ seu iudicio appellationis admittatur d. arg. l. 13. C. de procurat. Imputet enim sibi fidejussor, qui sciens jure sibi cõpetente non est usus arg. l. 34. ff. de Eviçt. atq; hanc sententiâ cerrissimam dicit Hunn. ad Treutl. 2. 28. th. 5. q. 33. magisq; comùnè Ant. Gabr. Rom. 3. de fidej. concl. 1. n. 13. & 80. & de jure veriore Ant. Her. de fidei. c. 28 p. 1. n. 21. in quam sententiam concedunt post Vett. Jacob. de Arena tr. de Excuss. bon. num. 18. Valquez. 1. controv. illustr. 3. num. 7. Gometz 2 Var. Resol. 13. n. 14. Arum 13. Exercit. 19. & 23. Pandect 6. Fachin. 8. controvers. 52. Wesemb in π . ff. de fidejuss. num. 6. Zanger. d. tract. de except. d. c. num. 1. & 2. Gozadin consil. 42. n. 12. Menoch. consil. 262. Boër decis 221. num. 16. Guido Papæ decis 94. ubi secundum hanc sententiam in Parlamento Delphin. ita iudicatum testatur. Ant. Faber in Cod. tit. de fidejuss. defn. 34. Grivel. decis. Dol. 71. num. 8. ubi communiter receptam dicit sententiam.

§. 34. Sanè quemadmodum si agatur hypothecariâ contra tertium possessorem, quod eum justa hypothecæ ignorantia excuset, videatur P. Barbosa ad l. si constante 24. ff. sol. matrim. Rota Genuens. de mercator. decis. 78. n. 4.

§. 35. Ita etiam, si post litem contestatam debitor jam antea excussus, ad pinguiorem fortunam pervenerit & iterum solvendo esse cæperit, hoc novum emergens fidejussorem, ut etiam lite contestatâ hanc excussionis exceptionem creditori opponere possit, æquius dicemus. Fachin. d. l. Zanger. d. tr. p. 2. c. 15. n. 3. in fin. arg. l. 51. §. 1. in f. ff. de fidejuss. c. insinuante 25. extr. de off. delegat. Si igitur exceptio hæc excussionis, justo opposita fuerit tempore, tandem ad ipsum excussionis actum pervenitur, ad cuius formam quæ requirantur videri possunt ap. Val. Franc. d. c. 5. n. 288. & ibi allegatos.

§. 36. FINIS est, ut per jus hoc quo sublata & ademta est libertas electionis in conveniendo vel reo principali vel fidejussore, creditori secundum Veteris Juris dispositionem competens, fidejussor vel in tantum à molestis his creditoris sublevetur, imposita necessitate huic

102
n. 22

te huic non habendi facultatem, efficaciter conveniendi fidejussorem ante reum principalem excussum, ut supra diximus.

§. 37. EFFECTUS verò, quod instituta investigatione atque discussione bonorum debitoris, vel fidejussor, si debitor repertus fuerit solvendo, & ex bonis ipsius insolidum satisfactum fit creditori, omninò ab onere hoc suo liberetur, vel contingente casu, quo debitoris bona non sint sufficientia, creditor possit postea cum effectu intentare actiones suas, quas habebat adversus reum principalem in ipsum fidejussorem, atque hic vi obligationis suæ accessoriae, tunc creditori satisfacere cogatur *arg. d. Nov. 4. c. 1.*

§. 38. CONTRARIA autem huic nostro beneficio excussionis sunt statuta quorundam locorum & ll. municipales à prædictâ const. Imp. recedentes ac permittentes creditori secundum jus ff & C. utrum convenire malit: Atque talia statuta vigere in Austria testatur Gail, 2. obs. 27. n. 29. 30. apud Delphinates Guido Papæ *consil. 103. col. 1. vers. 2.* Venetos Fulgos. 2. *consil. 109 in f. vers. considerandum.* Florentinos Socin 2. *consil. III. Col. 2.* Lucanos Socin. 1. *consil. 31. col. 5.* plures alios allegat Caroc *d. p. 2. q. 29. n. 2.* etiam Rempubl. patriam Noricam potius duxisse jus civile vetus, atq; illud in Reformatione suâ confirmasse, jam supra diximus.

C A P U T II.

De beneficio Divisionis Fidejussoribus competente.

§. I.

Superiori capite de beneficio excussionis exposuimus. Modò videamus de altero fidejussorum remedio, quod vulgò Dd. beneficium ex Epistolâ D. Hadriani §. 4. I. *de fidej. l. 26. ff. eod.* communius verò & rei convenientias BENEFICIUM DIVISIONIS vocant Cujac. 22. obs 5. C. I. A. *d. l. th. 23.* ceterum quod per illud creditor cogatur actionem sive obligationem quam in plures fidejussores habet dividere & à singulis portionem virilem petere. *d. §. 4. I. de fidejuss.* hoc enim hic dividere est, quando creditore una actione duos pluresve fidejussores solvendo existentes complectente & persequente postulatur, vi hujusbe-



207
jus beneficij, ut is dividat h. e. singulos fidejussores pro ratâ con-
veniat.

§ 2. Sanè stipulationes aliàs nõ dividuntur: Verum uti notum
est, quod res dupliciter dividi dicatur & naturaliter seu numero &
civiliter seu juris intellectu: & naturaliter quidem, quando res cor-
porea, h. e. res naturâ habilis, in partes divisas, certas, sensuque per-
ceptibiles secatur. Civiliter verò seu lege iterum dupliciter, vel op-
positivè ad naturalem divisionem, quando quidem rei cujusdam na-
tura non repugnat partes recipere, sed quia commodè & sine cor-
ruptione totius, pœreas præstari non potest, individua potius dicitur,
& partes si quæ in ea constituentur, juris tantû intellectu percipiun-
tur, exempli gratia, homo, qui licet actu in partes secari, salvâ tamen
ipsius substantiâ, cum per eas præstari non possit, pro indiviso partes
in eo constituuntur §. 5. *I. de Off. Jud. l. 37. ff. de stip. serv. l. 8. §. 4 ff. d. V.
O. l. 9. §. 1. ff. de solut. l. 26. §. 2. ff. de legat. 1.* Vel oppositivè ad alias res,
quæ planè partes, quascunque respuunt, quatenus hæ partitionem
sed intellectu potius quam oculis admittunt, ut sunt: obligatio-
nes, actiones &c. quæ sic dividi posse dicuntur. *l. 2. §. 1. de V. O. l. 85. §. 4.
ff. eod. l. 26. C. de pact. l. 1. C. si cert. pet. l. 2. C. de her. act. & in specie hoc
modo dividenda dicitur obligatio inter duos pluresve cõstitutæ pe-
cuniæ reos. l. fin. C. de const. pec. Item actio tutelæ inter plures tutores.
l. 1. §. 10. & seq. ff. de Tut. & rat. distr. Atque hoc in sensu etiam hîc ob-
ligatio inter plures fidejussores dividitur l. 26. l. 51. ff. de fidejuss. & alibi.*

§ 3. Undè etiam beneficium hoc Divisionis definitur Ex-
ceptio, quâ unus ex pluribus fidejussoribus conventus, creditoris si-
ve actoris intentionem ita elidit, ut cogatur actionem sive obligatio-
nem inter reliquos fidejussores dividere & à singulis, qui litis conte-
stata tempore solvendo sunt, virilem portionem petere *d. §. 4. I. de fi-
dejuss. C. J. A. d. l. th 13.*

§ 4. Introductum atque constitutum hoc est in gratiam fi-
dejussorum, ad restringendam creditorum molestiam. *C. J. A. d. l.
th. 23.* Nam cum plures fidejussores pro alio & unâ eademque sum-
mâ intercedentes, de J. veteri singuli in solidum obligarentur *l. 43. ff.
dejuss. l. 51. §. 2. ff. eod.* ita ut creditori liberum esset, non tantum ante
principalem eosdem convenire, ut sup. cap. diximus: Verum etiam
quemcunque eorum vellet & integram ab eo exigere sum-
mam *d. §. 14. J. de fidejuss. l. 3. in fin. l. 21. C. eod. Cajus 2. J. 16. §. cre-
ditor.* imò uno electo sed non satisfaciente aut sufficiente ad alium
transi-


103
n. 22

transire l. 23. C. d. t. Mantica 2. de ambig. convent. 16. tit. 19. num. 1. nisi aliud contrahentibus ab initio statim placuisse doceri poterat l. 19. C. d. t. l. 51. pr. ff. eod. aut creditorem ipsum sua sponte actionem inter fidejussores divisisse l. 16. C. d. t. d. l. 51. §. 7. ff. eod. quo ipso cum fidejussores nimium premerentur, humanum visum, hanc juris duriciem hactenus emollire, & statuere, ut inter confidejussores posthac obligatio dividatur, ut æquales obligatione, etiam solutione æquales partes præstent, & singuli qui tempore litis contestatae sunt solvendo, non nisi pro rata portione conveniantur d. §. 4. J. l. 26. cum seq. l. 51. §. 4. ff. de fidejuss. l. 3. l. 10. C. eod. Ummius. 8. ad process. 4. num. 29.

§. 5. Atque hoc quidem non Prætori alicui ita visum, ut nonnulli loco Pauli i. sentent. 20. seducti opinantur. Wesemb. in comment. ad §. 4. J. de Fidejuss. lit. c. Sed Hadriano Imp. Principi nulli post Augustum Imp. probitate secundo, digno qui primus sit omnium Augustorum, ex quo cæterorum constitutiones in Codice Justinianum translatae auspiciis ducant, qui non confirmando Prætoris edictum, sed noviter per Epistolam hoc constituit, id quod in Inst. Pand. & Cod. sub tit. de fidej. multis locis demonstratur. Cujac. 22. obs. 5. Mant d. l. C. J. A. d. l. th. 23. Ampl. & Consultiss. Dn. D. Biccus sect. 4. aureor. th. 73. & postea Edicto perpetuo quod sua autoritate compositum, inseri jussit arg. d. loc. Pauli i. sent. 20. ubi Cujac. Dn. Ritterhus. ad §. 4. J. de fidejuss. Unde etiam beneficium ex epistola D. Hadriani vocatur d. §. 4. 1. J. de fidejuss. Cujac. d. 22. observ. 5. in fin. solebant enim Jmpp. Rom. Senatui aliisque itidem Magistratibus absentibus, etiam privatis supplicantiibus subscribere aut rescribere, quid in causis dubiis ac controversis obtinere deberet. arg. §. 6. J. de jure N. G. & C. §. 11. J. de inutil. stip. juncta l. 14. C. de cont. stipulat. §. fin. J. quibus mod. alien. licet juncta l. 25. C. de adm. Tut. l. 6 §. 2. ff. de excus. Tut. l. 20. §. 12. ff. de her. pet. l. 9. ff. de adm. rer. ad civ. pert. pr. J. quibus non est perm. fac. test. Ampl. & Consultiss. Dn. Præses 1. Isag. Justin. 2. th. 16. Sanè in l. 49. §. 1. ff. de fidejuss. D. Pij mentio fit, quasi ab ipso beneficium hoc esset introductum: Verum rectè respondent, qui d. l. ita accipiunt, quod beneficium hoc à D. Hadriano propositum, à D. Pio repetitum fuerit, vel quod per D. Hadr. intelligatur D. Pius, qui ab Hadriano adoptatus, nomen ejus postea usurpavit. Cujac.

D

ad l.



201
ad l. 49. h. t. & ex eo Benedict. Carpzov. in *Jurispr. forens.* 2. const. 17. defn. 9. num. 3.

§. 6. MATERIA iterū consistit in SUBIECTO, quæ continet & quibus datur beneficium hoc vel non & aduersus quos: & OBIECTO ipso.

§. 7. Et datur quidem hoc beneficium Divisionis I. omni fidejussori, qui ex pluribus tempore litis contestatæ, hoc est, cum creditor solutionem exigit, solvendo existentibus, (quod fidejussoris est probare *l. inter eos* §. 1. ff. de fidej. §. 4. J. eod. Mantica d. l. num. 2.) solus in solidum à creditore convenitur *l. 10. §. 1. l. 3. C. h. t. l. 28. l. 51. §. 4. ff. eod. §. 4. J. & l. 26. ff. de fidejuss. Wesemb. in π. ff. eod. n. 6. Coll. Jur. Arg. d. l. th. 54. n. 1. & 2. 2.* Fidejussori fidejussoris quem vulgò *Da den Nueßbürgen* vocant, ut & hic à creditore in solidum conventus, petere possit, ut sibi succurratur prædicti beneficii auxilio & obligatio dividatur inter ipsum & cōfidejussores sui principalis *l. 27. §. 1. ff. h. t.* non verò inter se & fidejussorem principalem, si fortè hi concurrant, cum ille fidejussor cui alius accessit loco principalis sit; reus autem principalis non potest desiderare, ut inter se & fidejussorem dividatur obligatio *d. l. 27. §. 4. ff. h. t.* Mynsing. h. §. 4. num. 6. Harprecht. num. 22. Schneidevv. num. 20. Hering. d. tr. cap. 27. num. 26. Mantica d. l. num. 3. Decian. 2. consil. 49. num. 49. 3. Loco ponimus confidejssores, qui ab initio singuli se vel in solidum, *wir verschreiben / versprechen vñnd verbinden vñns sampt vñnd sonders zu waarē vnverschaidensichen Bürgen vñ Selbstschuldnern* / hæc enim obligatio, ut inquit *l. 3. C. h. t.* conditionem juris & cōstitutionē v. Hadr. imutare non potest, (hoc in casu *Refor. Noric. d. Tit. 19. l. 2. §. 3.* secessionem à J. cōmuni facere *infra th. seq. 8. n. 4.* notabimus,) vel in partes viriles & solidum einer vor alle / vñnd alle für einen / *Dissent. post Hering. d. l. cap. 27. num. 50. Besold. in Thesaur. pract. lit. e. num. 11. hac clausula.* Carpzov. d. *Jurispr. forens.* 2. constit. 17. def. 9. ubi quod miramur his verbis de jure civili beneficiū divisionis excludi, dubio ferè carere dicit, obligaverunt *l. 51. pr. h. t. C. J. A. d. l. th. 24. num. 3. 4.* heredes confidejssorum *l. 27. §. 3. l. 49. §. 1. h. t.* ut & qui loco heredis est, nempè fiscum, si bona damnati fidejssoris ab eo vindicata fuerint *d. l. 51 §. f. ff. h. t. l. 3. C. eod. §.* fidejssorem qui in solidum electus à creditore, idè quod dubitabat, utrum reliqui fidejssores essent solvendo, si videlicet, secundum decisionem *l. 10. pr. ff. h. t.* offerat cautionem, ut suo periculo confidejssores in parte conveniantur, ni-

104
n. 22

tur, nisi enim hoc fecerit, & negandam potius, positionem creditoris quod ceteri fidejussores non sint solvendo existimaverit, probandi onus sustinere necesse habebit, cum creditor praesumptione quod nemo regulariter pro divite habeatur *arg. c. sicuti 8. dist. 47.* jam pro se habeat, quae onus probandi in adversarium transfert. C. J. A. d. l. th. 24. n. 4. 6. audiendus fidejussor qui una cum minore fidejussit, ignorans eius aetate *arg. l. 2. § 15. pro emt. l. 32. ff. de min.* quotidie mutationem recipientem l. 76. ff. de jud. ideoque ejusdem restitutio damno ipsa afficere non debeat per exactionem solidi debiti l. 48. §. 1. ff. h. t. quod si tamen major natu solus prior fidejussit, minor autem postea, subducto hoc per restitutionem in integrum, ne utile ab inutili vitietur, major natu in solidum tenetur d. l. 48. §. 1. ff. h. t. nisi tamen & hoc casu dolo inductus minor fidejubeat, tunc enim justum est, ut hanc creditor doli sui poenam ferat d. l. 48. v. quod si vero C. J. A. d. l. n. 7. 7. denique & fidejussor, qui partem suam extra judicium solvit, conventus postea a creditore, si tempore litis contestatae ceteri solvendo sunt, exceptione quoque hac, ex humanitate defendi debet l. 51 §. 1. ff. h. t.

§. 8. E contra vero beneficium hoc implorare non potest. i. fidejussor si tempore eo, quo creditor debitum exigit, unus & alter confidejssorum solvendo non existunt, da die anderen Bürgen alle dermassen in abnehmung ihrer Nahrung gerahen, daß der Schuldgläubiger / sich der Widerzahlung an einen vnd den andern nicht erhoblen kan / hoc enim eum ceterosve onerat d. §. 4. / de fidej. l. 26. ff. eod. post judicium vero captum & actionem divisam si quidam fidejssorum ad inopiam vergant, nec reperiantur solvendo, hoc ceteris non obest, sed soli nocet creditori d. §. 4. & ibi interpp l. 3. in fin. l. 10. C. de fidejuss. Wesemb. in π. ff. eod. num. 6. Umm. d. l. n. 29. adeo, ut etiam si minor 25 creditor sit, non tamen possit, contra talem divisionem in integrum restitui l. 51. §. 4. ff. de fidejuss. Gædd. de contrahend. stip. c. 9. conclus. 5. num. 107. Coler. de process. execut. i. c. 10. num. 281. Hering. d. l. c. 27. p. 2. n. 17. Hartman. Pistor. i. quest. 48. num. 6 & 11. Coll. Jur. Argent d. l. th. 24. num. 2. Koppen. decis. 51. num. 15. Sic 2. illud omis- sisse intelligitur, qui jam totum solvit d. §. 4. vers. sed si ab uno J. de fi- dejuss. l. 49. §. 1. vers. sed si duo ff. d. tit. l. 11. C. eod. Hunc enim solidum, si quod subest, damnum & nocumentum manet, nec a creditore quod ultra suam virilem portionem solvit, condicere potest d. §. 4. b. t. sibi enim imputet fidejussor, quod exceptionem hanc suam, ut

D 2 pro par-



pro parte tantum in se daretur actio, non opposuerit, multò minus actionem aliquam adversus confidejssores instituere potest, qui non confidjssorum contemplatione, sed ut principalem debitorem atque semetipsum liberet solvit *d. l. 11. C. h. t. l. 39. ff. de fidej. l. 76. ff. de solut. 3.* nec pluribus fidejssoribus, qui pro tutore, rem pupilli salvam fore se obstrinxerunt: idque favore pupillorum, ne una tutelæ causa, in plures ac varias apud diversos iudices distrahatur controversias, cum pupilli incommodo *l. 11. ff. rem pup. salvam fore l. 6. ff. de minor. Harprecht. ad §. 4. n. 12. & seqq. Schneidevv. Rittersh. ad d. §. 4. Mantica d. l. num. 5. Berlich. 2. conclusio. pract. 22. num. 76. C. J. A. d. l. th. 25. num. 11. & 27. ff. 7. th. 6. 4.* Nec fidejssori, qui beneficio huic expressè (modò nondolo ad hoc inductus fuerit *l. 48. §. ultim. ff. de fidejss. Carpzov. in Jurisprud. for. 2. constit. 17. def. 10.*) renunciavit arg. eorù quæ capite anteriori diximus. Videatur Gomez. 2. var. Resolut. 13. num. 15. Guttierrez. 3. pract. quest. 95. Anton. Hering. d. tr. cap. 27. p. 2. num. 72. Berlich. 2. pract. conclus. 22. num. 35. Carpzov. d. tr. 2. constitut. 17. def. 19. C. J. A. d. l. num. 14. quo cum consentit Reform. Norica *supra all. loco l. 2. §. 3. ibi.* Es were dann daß sich ein Bürg der Hülff vnd Gutthat gemeinens Rechtens / so einen seinen Antheil allein zubezahlen zulest vnd befreyet / außdrucklichen verziehen hätte. ubi in super & hoc casu beneficium hoc, cessare jubet, quãdo fidejssor se in solidum ac vim principalis expressè obligarit, vor einem Selbstschuldner verpflichtet *ibi.* es were dann daß sich ein Bürg für ein Selbstschuldner verpflichtet. Ita enim omninò statuimus *per d. tit. 19. l. 2. §. 3. alterutrum horum sufficere ut intercedens talis exors sit etiã huius beneficii. 5.* nec fidejssori temerè & specificè inficianti suã promissionẽ si apertò de mendacio vincatur *l. 10. §. 1. ff. h. t. Hartman. Hartman. tit. de fidejss. observat. 5. Gædd. de contrah. stip. c. 9. concl. 5. num. 112. 6.* sic non opus habent beneficio divisionis, fidejssores, qui in partes viriles se obligaverunt: hîc enim conventio servanda & non nisi in viriles partes singuli conveniri possunt *l. 51. pr. h. t. 7.* Non datur fidejssori, cujus confidejssor sine herede decessit *l. 26. ff. h. t. 8.* nec fidejssori, unã cum muliere pro alio fidejubenti: Exempta enim cum sit, mulier per Senatus consultum Vellejanum, quod tales intercessionibus prohibet, necessariò in solidum adversus eum datur actio, cum scire potuerit aut ignorare non debuerit, mulierem frustra inter ce-

163
n. 22

tercedere l. 48. pr. ff. h. t. l. 38. ff. de Acq. vel amitt. her. Schneid-
vvin. Mynsi. Harprecht. h. §. 4. 9. nec fidejussori, cujus confidejus-
sor, sub conditione acceptus est; licet enim si tempore litis contesta-
tae is solvendo sit, ei succurratur ut in virilem portionem tantum co-
veniri possit, tamen si postea tempore quo existit conditio, solvendo
esse desierit, restituitur in eum actio, ita ut solidum exsolvere tenea-
tur l. 27. pr. ff. h. t. C. J. A. d. l. th. 25. num. 12. 10 Non concedi posse
videtur beneficium hoc fidejussoribus ad factum aliquod se pure ob-
ligantibus; facta enim cum sint individua, pro parte praestari ne-
queunt l. 2. §. 1. l. 72. ff. de V. O. l. 25. §. 9. ff. fam. herc. Anton. Hering.
d. c. 27. p. 2 num. 92. Videri idem est, in obligationibus ad obstagiū,
hae siquidem, quia merè facti sunt, divisionis beneficium non ad-
mittunt Modest. Pistor. 2. cons. 1. num. 58. J. Cti Marpurg. 2. consil.
12. n. 125. C. J. A. 46 ff. 1. th. 25 n. 16.

§. 9. SUBJECTUM occupans sive adversus quem tam exce-
ptio haec detur, est omnis creditor, conveniens unum ex pluribus fi-
dejussoribus in solidum arg. l. 10. §. 1. C. h. t. quam adversus quem ipsa
divisio fiat, sunt ipsi confidejussores, arg. l. 51. §. 4. ff. h. t.

§. 10. OBJECTUM, quod attinet, est illud ipsa obligatio fide-
jussorum, quā se pro reo reo principali obstrinxerunt, inter ipsos in
viriles partes aequaliter dividenda arg. l. 26. ff. h. t. C. I. A. d. l. th. 29.

§. 11. FORMA in eo consistit, quod pro beneficio hoc obti-
nendo non actio competat, nec haec divisio per praedictam D. Hadri-
ani constitutionem, atque ita ipso jure fiat, nempe ut singuli fidejus-
sores pro parte tantum virili sint obligati, sed ope saltem exceptionis,
depulsionis vel simplicis querelae, quā fidejussor creditoris eum in so-
lidum convenientis, relictis fidejussoribus solvendo adhuc exi-
stentibus, intentionem haecenus elidit arg. l. 26. l. 28. ff. de fidejuss.
l. 10. §. 1. ibid. postulari solet C. eod. §. 4. in verbo: & desiderare ut pro par-
te in se detur actio l. h. t. ideoque in judicio opponenda: cum nullus
judex teneatur exceptiones ex officio supplere ne quidem notorias
l. 11. C. de app. nec enim notorium ab onere proponendi relevat glos-
sa in Clement. 5. de appell. Zang. de except. part. 3. c. 2. n. 5. Wesemb. in
paratit. ff. h. t. n. 9. & in π. C. n. 8. Treutl. Vol. 2. Disp. 26. th. 7. lit. C.
ibique Bachov.

§. 12. Idque tamen etiam iusto tempore, quo de licet Dd. in-
ter se non conveniant, ita ut quidem statuunt, eam ante litem con-
testa-



271
testatam tantum opponi posse, cum sit dilatoria exceptio, nec actionem in totum tollens, sed differens saltem Schn. ad. §. 4. I. b. t. & alij relati à Colero de process. execut. part. 4. c. 1. n. 96. & 2. decis. 220. n. 411. quidam eam tam ante quam post litem contestatam usque ad sententiam definitivam arg. l. 10. §. 1. in verbo: ante condemnationem & non tantum in primâ verum etiam in secundâ instantiâ. arg. l. fin. §. fin. ff. ad Senatuscons. Turpil. non tamen post rem judicatam & in ipsâ executione, ut voluit Boerius decis. 59. n. 9. Guido Papæ decis. 70. n. 7. in fin. & alij, opponi posse: quam sententiam veriore & magis communem dicunt & sequuntur Franc. d. c. 5. n. 460. Mantic. d. l. n. 2. Ant. Her. c. 28. n. 31. Tr. V. 2. D. 28. th. f. l. f. Gail. l. 2. obs. 27. n. 5. Berlich. 1. concl. pract. 57. n. 23. Capzov. in Jurispr. forens. 2. const. 18. defn. 4. FINIS est, ut propter hanc exceptionem à fidejussore cui ea competit, secundum prædicta in judicio oppositam, necesse habeat creditor inter fidejussoré pro ratâ petitionem suam dividere, & à singulis qui eo tempore solvendo sunt, virilem tantum partem petere d. §. 4. I. b. t. l. 26. l. 27. ff. eod. C. I. A. d. l. th. 31. EFFECTUS verò, quod per eam fidejussor ab onere solidi debiti, ad quod tamen secundum veteris juris rigorem obligatus erat, præstandi, hoc modo dum virilem tantum partem solvere tenetur, sublevetur, nec ei gratuitum suum officium, rei principalis gratiâ interpositum nimis damnosum existat d. §. 4. I. b. t. d. l. 10. C. eod.

C A P U T III.

De Beneficio Cedendarum Actionum fidejussoribus competente.

§. 1.

Superest ut de Tertio fidejussoribus in jure nostro assignato beneficio quod CEDENDARUM ACTIONUM dicitur loquamur. Nec enim hic moramur Ant. Fabri l. Conject. 15. plane negantis, fidejussori hanc exceptionem competere, postulatum: Abhorret enim ut recte Vmm. D. 8. ad proc. 4. n. 30. istud notat, à communi Dd. scholâ, sed potius cum Franc. in d. tr. de fidejuss. c. 5. n. 480. illud cælitus datum, agnoscimus, ceu quod ceteris beneficijs omnibus cessantibus, subsidio est. Umm. d. loc.

§. 2.

§. 2. Sed ut in hujus consideratione, eandē quā in duobus prioribus beneficijs sequamur methodum, de ipso verbo cedere & quam variē in jure nostro illud accipiatur, ante omnia nobis videndum erit. Et 1. quidem cedere in jure dicebantur, qui dominium rei suae in alium transferebant, per solennem morem Romanis usitatum de quo vide Cujac. l. 22. Obs. 27. Coll. Jur. Arg. de cess. bon. th. 2. 2. cedi & dicuntur servitutes & jura l. 10. l. 11. l. 14. ff. de serv. rust. praed. l. 2. §. 10. ff. de aqu. & aqu. pluv. arc. l. 63. ff. de Usufr. l. 10. ff. de Evi ct. l. 66. ff. de jure dot. nimirū per quasi traditionem. 3. dicuntur tēpora cedere l. 1. §. f. ff. de jur. & fact. ign. l. 4. pr. ff. ad L. J. de Adult. l. 6. ff. de calumniat. id est, currere, numerari vel computari 4. possessione cedere l. 33. §. ff. 3. de usurp. & usuc. foro cedere l. 5. ff. de cur. bon. dand. h. e. de possessione, de foro discedere, bonis cedere l. 3. & tot. tit. ff. de cess. bon. & C. qui bon. cedere possunt hoc est, deserere bona sua creditoribus It. peculio vel mercibus peculiaribus cedere l. 7. §. 1. ff. de trib. act. 5. cedere diem scil. obligationis l. 213. de V. S. & t. t. ff. & C. quando dies legat. vel fidei. cedat. cedere operas l. 13. §. 2. l. 34. ff. de op. lib. i. e. incipere deberi 6. denique cedere actionibus l. 12. ff. de re jud. l. 27. §. 1. ff. de minor. l. 3. §. 5. ff. de in rem vers hoc est actiones praestare: & secundum hanc ultimam acceptionem videtur etiam vocabulum cedere hoc in loco accipi debere.

§. 3. Beneficium enim cedendarum actionum nihil aliud est quam exceptio, quā creditor, si fidejussor conventus seu integrum debitum solvere forte cogatur, seu sponte suā illud facere velit, ad petitionem ejus tenetur, omnes, quas ipse tam contra debitorem principalē, quam fidejussores, habebat actiones, transferre & praestare, ad repetendum vicissim quod pro ijs solvit l. 13. in pr. l. 17. l. 39. ff. h. t. II. C. eod. Hippol. de Marsil. ad rubr. de fidejuss. n. 28. Sichard. ad l. 2. n. 7. C. eod. Bart. in l. 76. ff. de solut. & liber.

§. 4. CAUSA EFFICIENS est Jus Civile: cum enim fidejussor solidum exsolvens, id quod ultra suam virilem partem solverat, repetere aut à debitore principali aut à confidejussoribus minimē posset l. 49. §. 1. ibid. solutionem non indebita quantitatis non debere revocari ff. de fidejuss l. 39. ff. eod. nulla adversus eos nec mandati, ceu quod inter ipsos



ter ipsos non intercessit, nec negotiorum gestorum, ceu quod solvens principaliter egit, ac intuendum est, sola sit utilitas debitoris principalis *arg. l. 1 ff de Aut. tut.* Heig. 1. *quest 38. n. 3.* competente actione, quâ experiri posset, sed totius debiti detrimentum eum solum sustinere necessum esset *d. §. 4 J de fidejuss. & d. l. 39. ff. eod. cum simil.* Gœdd. *d. tract. c. 9. num. 115.* C. J. A. *d. l. th. 32.* ideoque necessarium imò æquissimum visum fuit, fidejussori etiam hoc casu succurrere & constituere, ut si unus ex pluribus fidejussoribus conveniatur, is se hâc exceptione tueri possit, ne antequam cedantur sibi à creditore actiones tum adversus confidejussores *l. 17 l. 39. l. 41. §. 1. h. t. l. 11. C. eod.* tum adversus debitorem principalem *l. 13. in pr. ff. h. t. l. 95. §. 10. ff. de sol. & lib. l. 27. §. 5 l. 28. ff. mand. d. Nov. 4. c. 1 in fin. ibi. si verò tempus integrum debitum exsolvere teneatur, atq; ita eod. loco fidejussor constituatur quo creditor ante fuerat* Sich. *ad l. 2. n. 7. C. eod.* Hartm. *Pist. 1. q. 48.* Carpz. *in Jurispr. for. 2. const. 17. defin. 17.* Licet enim hunc mandati convenire possit, ubi quis videlicet ex mandato expresso vel hoc sciente & præsentem intercessit *l. 53. ff. mand. l. 10. §. 11. ff. eod. l. 14. C. de fidej. §. 6. J. eod.* Bach. *ad Treutl. d. th. 6. lit. D.* vel negotiorum gestorum, quando pro ignorante non tamen invito aut donandi animo fidejussit *l. 1. l. 2. l. 4 cum ll. seqq. de negot. gest. l. 6. §. 2. ff. mand. l. 2. §. fin. ff. eod.* Treutl. *d. th. 6. lit. E.* ibique Bach. commodum tamen est, habere plures vias consequendæ rei suæ, atque unâ occupatâ, altera pateat *arg. l. suum heredem 13. C. de jure deliber.* Et siquidem vitio creditoris acciderit, quominus actiones cedi possint, fidejussor prorsus eum ab agendo repellere potest, nec quicquam ei præstare obstrictus est. *arg. l. 95. §. 11. ff. de solut. & lib.* Anton Hering. *d. c. 27. part. 3. num. 13.* Sichard. *ad l. 10. C. de fidej. n. 7.* Hartm. *Pistor. 1. q. 48 n. 4.*

§. 5. SUBIECTUM, hoc est, cui beneficium datur, est quilibet fidejussor pro debitore principali reliquisque suis confidejussoribus, integrum debitum exsolvere paratus *l. 13. l. 17. ff. de fidejuss. l. 11. C. eod. cum simil. supra alleg.* Treutl. *Volum. 2 Disp. 28. th. 6. lit. A.* Franc. *d. c. 5. num. 500 C. J. A. d. l. th. 34.*

§. 6. Quod tamen iterum certis in casibus locum non habet: Nam 1. cessat beneficium hoc, si fidejussor eidem speciatim & nominatim renunciarit. *arg. l. pen. C. de pact.* Treutl. *d. th. 6. lit. A.* Carpzov. *d. jurispr. foren. 2. constit. 17. defin. 17.* scilicet ad hunc effectum,

107
n. 22

ctum, ne exceptione hac ante solutionem opposita, executionem retardet: Nam facta solutione cessionem actionum solventem nihilominus exigere posse, verius & æquius est, quippè cum creditori, nihil amplius intersit sive cedat actiones, sive non, ac renunciatio finem suum, ob quem sibi voluità fidejussore eam fieri, ne exceptio hac in judicio opposita ad debiti solutionem differendam aut executionem impediendam, post totius debiti solutionem sit sortita, iccirco ad duplicem effectum cum damno fidejussoris eam extendere, injuriã carere non videatur: Nam quod quidam existimãt, idèd petijssse creditorem fieri hanc renunciationem, ut possit gratificari confidejussori amico suo, conveniendo hunc fidejussorem, cui tamen adversus illum actiones & jura sua cedere non teneatur, id falsum videtur ex eo, quod tale interesse jure nostro non sit attendendum *arg. l. 79. §. 1. ff. de jud. Zanger. de except. part. 2. cap. 15. num. 17. Heig. part. 1. quest. 38. num. 37. 38. & seqq. Anton. Hering. cap. 27. part. 3. num. 20. Berlich. part. 2. conclus. 22. num. 57. Carpzov. d. loc. Bachov. ad Treutl. 2. 28 6. lit. A. qui exinde existimat, renunciationem hujus beneficij nullam esse.*

§ 7. Quid si fidejussor generaliter omnibus exceptionibus & in specie excussionis & divisionis renunciaverit, an etiam talem hanc cedendarum actionum exceptionem opponere possit? Affirmativa tutior & humanior creditur, quã de videri possunt *Coler. de process. execut. part. 1. cap. 10. num. 381. 394. Afflict. decis. 182. num. 10. Heig. d. loco.*

§ 8. Secundò amittit beneficium hoc confidejussor, se ex causa fidejussionis obligatum esse abnegantem, *arg. eorum quæ supra diximus. Hippok. ad rubric. de fidejuss. num. 500. ut & pluribus aliis modis, qui ex iis, quæ supra circa excussionis & divisionis beneficium dicta sunt, desumi possunt.*

§ 6. MATERIA OBJECTIVA sunt omnes illæ actiones, creditori ad juris sui persecutionem competentes, propter prædicti beneficii auxilium verò fidejussori in solidum debito satisfaciendi præstandæ *d. Novell. in fin. l. 13. in pr. ff. de fidejuss. & siquidem creditor hypothecas habeat, aut pignora quoq; possideat, & hæc fidejussori cedenda sunt l. 11. C. h. t. l. 14. l. 21. C. eod. l. 5 C. de sent. & interloc. Sichelard. ad l. 2. num. 7. & num. 15. C. de fidejuss. Treutl d. th. 6. lit. F. ibique Bach. melius enim est pignori incumbere, quam personam actione*

E ctione



197
etione persequi *arg. l. 12. § 2. ff. de furt.* quod tamen limitatur, nisi ex
aliâ in super causa, quàm ex qua convenitur fidejussor, pignora sint
obligata creditori *l. 2. C. h. t.* rationem hujus limitationis desumit
Bachov. *citato loco*, ab individuâ pignoris causâ, quod non liberatur
ullo modo solutione partis, sed donec totum solvatur, jus integri pi-
gnoris distrahendi salvû manet creditori *l. 6. C. de distr. pign.* ut pro-
indè etiam solutione factâ ex unâ causa non possit liberari pignus,
quod ex pluribus causis & pro pluribus summis & harum singulis in
solidum obligatum censetur. Carpz. *d. tr. const. 17. defn. 22. C. J. A.*
d. l. th. 35. Quod si verò contigerit, ut pignora sint penes tertios pos-
sessores, etiam illas actiones quæ contra eos competerent, cedere cre-
ditor tenetur *arg. l. 11. l. 14. C. h. t.* quo casu ex cedentis personâ dire-
ctâ hypothecariâ actione *arg. l. 1. C. de oblig. & A.* ex sua verò utili ex-
periri poterit *arg. l. 14. C. h. t. l. 18. C. de legat. l. 55. ff. de procurat.* Bach-
d. loco Hartm. Pist. 1. q. 48. num. 2.

§. 10. FORMA CONSISTIT IN JUSTO TEMPORE & MODO: TEM-
pus est quod licet exceptio hæc de cedendis actionibus sit dilatoria,
cum non perimat actionē, sed differat saltem solutionem *arg. l. pen.*
& ult. de C. except. l. 13. C. de proc. C. J. A. d. l. th. 36. nihilominus post li-
tem contestatam, imò post sententiam *l. 41. §. 1. ff. h. t.* Heig. *d. l. q.*
38. num. 7 ubi ita judicatum testatur, ante solutionem tamen vel et-
iam in ipso solutionis actu possit opponi & peti, ut ante omnia cre-
ditor jura sua cedat fidejussori solidum solvere cupienti *arg. l. 39.*
ff. h. t. l. 11. 21. C. eod. Angel. *in §. 8. n. 21. & sequent. J. de exception.*
Sichard. *ad l. 2. C. h. t.* Wesemb. *in paratitl. ff. h. t. num. 6.* Donell.
in l. 10. C. hic num. 5. Gœdd. *de contrahend. stipulat. cap. 9. num. 117.*
Carpzov. *d. tract. de Jurisprud. forens. 1. constitut. 3. defnuit. 17.*
n. 11. Berlich. *1. conclus. practic. 18. num. 84.* post solutionem verò
factam ex intervallo temporis præposterè & frustra postulabitur,
quippè cum solutione unius, omni obligatione & actione extinctâ
§. 1. in fin. J. quibus mod. toll. obligat. l. 23. l. 43. ff. de solut. nihil am-
plius supersit, quod cedi possit l. 76. ff. de solution. l. 8. §. 5. ff. mandat.
nec semel extincta obligatio amplius reviviscere possit l. 98. §. 8. ff. de
solut. C. J. A. d. l. th. 33. Wesemb. *in paratitl. ff. de fidejuss. num. 6.*
Donell. *ad l. 11. C. de fidejuss.* Treutl. *d. l. th. 6. lit. b.* nisi fidejussor
non simpliciter dissolvendæ obligationis gratiâ, sed potius debitoris
nomen emendi causa, solverit, pactumve aut conditio de cedendis
dein-

deinceps actionibus interposita fuerit *l. 11. C. de fidejuss.* tunc enim creditor æquè ad præstandas actiones tenebitur *d. l. 76. ib. quod si ante solutionem ff. de solution. l. 36. ff. de fidejuss.* ita ut priore quid. casu actione emti, posteriori verò vel actione præscriptis verbis, vel conditione causa datà conveniri possit Bachov. ad Treutl. *d. th. 6. lit. B. Goedd. de contrah. stipulat. cap. 9. conclus. 5. num. 120. & seq. Coler. de proc. execut. p. 10. cap. 1. n. 368. Schneidevv. ad §. 4. J. de fidejuss.*

§. 11. An autem ejusmodi confidejssori, qui totum solvit, nullà petità vel impetratà cessione actionum à creditore contra debitorem principalem & confidejssores, detur in integrum restitutio ad hoc, ut cessionem illam ex intervallo petere possit. Certè eidem denegandam esse restitutionem adversus non impetratam actionum cessionem, censuit Senatus Dolanus, referente Grivel. *decis. Dolan. 80.* non tantum quod talem solventem, error juris in eo quod adversus confidejssores non petierit cessionem, ab hoc beneficio excludat, *per l. regula ff. de jur. & fact. ign.* Verum etiam quod restitutio non detur ad id recuperandum, quod nunquam nostrum fuit, sicut nec ad lucrum omissum. Atque hæc licet de rigore juris verissima sint, vix tamen est, ut ea in foro undique obtineant, propter implicitam hujus juris subtilitati iniquitatem; unde Donell. *ad l. 11. C. de fidejuss.* putat creditorem invitum quidem cogi non posse post solutionem cedere actiones, at volentem neutiquam prohiberi. E contra Heig. *1. quest. 38. num. 13.* Eberhard. *consil. 1. num. 6.* Valent. Franc. *d. c. 5. num. 484.* Carpzov. *in d. Jurisprud. forens. 2. r. 7. def. 16.* indistinctè etiam ex intervallo post factam solutionem ab invito creditori cessionem peti & impetrari posse veriore & rectiore sententiam dicunt. Quam etiam inclytam Rempublicam Noricam suam fecisse *in d. Reform. tit. 19. l. 1. §. 2. ibid.* doch soll der Glaubiger/den Bürgen/so er bezahlet ist/hinwider alle seine Zusprüch vnnnd Gerechtigkeit gegen dem Selbstschuldner cediren vnnnd übergeben/auch auff des Bürgen ansuchen darzu gehalten werden/omnino arbitramur.

§. 12. Modus verò est, quod ad hoc ut actio cessà dicatur, non sufficiat si à creditore fidejssori instrumentum debiti tantum traditum sit, sed requiratur ut verbis expressis actiones cedantur, factà cessionis mentione in quietantià, aliove modo probatà, quod in praxi probè notandum monet Heigius *1. quest. 38. num. 53.* Zanger.



de except. p. 2. cap. 16. num. 45. quemadmodum vicissim absque instrumenti seu obligationis redditione, vix sit ut cessionis ulla constet utilitas Anton. Faber. 8. Cod. 27. definit. 17. in fin. ita etiam necesse est, ut ita cessio actionum fiat, non ut fidejussor, eam portionem, quæ ipsum primò solventem spectat, sed eam tantum summam, quam extra suam partem solvit, seinen Antheil davon abgezogen / à confidejussoribus suis repetere possit arg. l. 38. §. fin. ff. de administr. tut. Bartol. in l. 76. ff. de fidejuss. Hartman. Pistor. quest. 48. num. 5. & sequent. Treutl. d. l. th. 6. lit. A. Coll. Jurid. Argent. d. l. th. 37. n. 2. quippè cum tam æquitati, quam naturæ cessionis contrarium sit, ut quis pro eâ portione eam impetrare velit aut debeat, quam ipse obligatione suâ agnoscit Carpzov. d. tract. constitut. 17. defin. 18. Berlich. 2. conclus. pract. 22. num. 78. Johan. Koppen. decis. 51. num. 8. & hoc indistinctè procedere putamus, reiicientes sententiam glossæ ad d. l. 38. distinguentis, an beneficio divisionis renunciatum fuerit vel non; ut priori quidem casu in solidum, posteriori verò pro parte saltem cessio fieri debeat, cum Anton. Hering. d. c. 27. part. 3. num. 29. Valentin. Franc. d. cap. 5. num. 491. Treutl. d. th. 6. lit. A. ibique Bachov.

§. 13. Sed hinc porro suboritur quaestio: An fidejussor actionem sibi cessam, extrâ suam portionem contra quemlibet confidejssorum in solidum, an verò pro rata tantum & virili cuiusque parte intentare possit? ad quam distinctionis temperamento videtur responderi posse, ut siquidem renunciatum fuerit beneficio divisionis, à quovis confidejssorum solidum exigere possit: cum talis si conventus fuisset à creditore ante hunc fidejssorem propter renunciationem à se factam, exceptione divisionis se non potuisset juvare, multò minus frustra recusabit solutionem restantis solidi confidejssori, qui non solum solidum jam solvit & ratam suam detraxit, sed etiam cui jus omne quod ante apud creditorem erat, quæ situm est arg. d. l. 76. ff. de solution. Hartman. Pistor. quest. 48. num. 16. Valent. Franc. de fidejuss. d. c. 5. num. 496. ubi etiam hanc sententiam confirmat Responso Dominorum Lipsiensium de Anno 1570. & sententiâ latâ à Dominis Consiliariis Judicij Appellationis Casareæ Pragensis de Anno 1592. Sin verò non renunciatum fuerit prædicto beneficio cogatur unumquemque pro ratâ tantum suâ conve


nire,

169. n. 22.
nire, cum nemo plus juris in aliū transferre possit, quam ipse habet l. nemo plus ff. de R. J. & quod ipsis contrahentibus obstat, etiam successoribus obstet, ipsi autem creditori obijci potuerit divisionis exceptio, ideoque per nudam cessionem efficere non potuerit, quominus noceat fidejussori solvendo successore effecto. Heig. part. 1. quæst. 38 num. 5. Anton. Hering. d. c. 27. part. 3. num. 35. Coler. de proc. executiv. part. 2. cap. 2. num. 12. & sequent. Koppen. decis. 57. Harrman. Pistor. d. 1. quæst. 48. num. 6. ubi Simon. Vlr. Pistor. in addit. lit. A. elegantem controversiæ statum & casum hunc ponit, exempli gratia, quinque pro suma 10000. fidejusserant, quorum primus in solidum conventus solvit, cassis sibi à creditore actionibus contra secundum, à quo portione suâ detractâ duorum millium, recepit 8000. secundus itidē cessione impetratâ, ac portione suâ 2000. detractâ à Tertio 6000. exegit & accepit. Tertius cum contra quartum & quintum actiones cessas intentaret, eos reperit non solvendo, an ad primum & secundum tanquam confidejussores revertere possit, & ab his exigere ut pro rata horum portiones qui solvendo non sunt suscipiant, an verò damnum hoc, si quod subest ad solum tertium spectet?

§. 14. FINIS hujus beneficii & utilitas est, ne fidejussor ob præstitam fidem in damno versetur, sed vel à debitore principali vel hoc non solvendo existente à suis confidejssoribus, id quod pro ipsis solutum est, repetere liceat, ut ex jam dictis colligere licet Carpzov. d. tr. 2. const. 17. defin. 15. num. 12.

§. 15. EFFECTUS est, quod conventus fidejussor, creditore jura sua cedere parato, absque omni ulteriori morâ & prævaricatione solvere compellatur l. 36. l. 39. ff. h. t. C. J. A. d. l. th. 32. Gædd. d. tr. cap. 9 num. 107. Sed cum hæc beneficiorum materia profundior sit, quam ut eam nobis nunc penetrare liceat, hic subsistimus & terminum ponimus hanc quæstionem: An vi cessionis hujus fidejussor solvens, à confidejssoribus etiam damna & expensas repetere possit? negamus cum Carpzov. d. tract. de Jurisprud. forens. 2. const. 17. definit. 23. Hartman. Pistor. observ. 79.

Deo Ter Optimo Maximo sit laus honor & gloria
in sempiterna secula.



*Ad Nobilissimum Dominum
Disputantem.*

*Q*uæ, Tucheræ, labor studiorum seminajam
In gravidos culmos, flore frequente, ciet.
Hæc precor, in largam flavescant ilicò messem:
Horrea rumpantur, quâ, Noriberga, Tibi.

Amoris causa ita gratulatur suo
Dn. commensali,
Gustavus Adolphus Comes Nassov-
ia Sarapontanus.

*P*atritij solo non es contentus honore,
Sed quoque vis Themidos nobilitate frui.
Hinc Tribocæ scandis cata pulpita Divæ,
Quæ fidejussoris munia sint, repetens.
Gratulor, ut faustis pugnes successibus optans:
Artis id. & geminæ est nobilitatis opus.

*Boni ominis & affectus ergò in
Nobil DN. Respondentem &
commensalem dilectiss.
adscrib.*

Wolfgangus Rudolphus Wrscheslo-
wizius, L. B.

*Q*uam fidejussoris sit inextricabile munus
Res loquitur secum & quantapericla trahat,
Contra

170
n. 22

*Contra que tribuant sponsori commoda leges,
Tu calamo & docta voce, Tuchere, doces:
Scilicet haud fas est, fidei intercessio nostra
Ut prae Callimacho nos stipulante premat.
Indubie hoc fidei cedit, quod tempore ab omni
Assiduus libris accubusque suas.
Ergo Tibi faustos studiorum gratulor ausus
Utque ferant Patris commoda magna precor.*

Affectus contestandi
ergo fec. Dn. Commensali & Conterraneo suo
Henricus Martinus Bayer.

*V*Ita diu culta est umbratilis: Exere vultus
Da specimen: clausas exere mentis opes,
Nescit in obscuro generosa scientia claustro
Condier, apricum nobilis ardor amat.
Suppudet Argyrope Te discessisse silentem,
Inde probas hinc quam strenuus hospes eras.
Vergat ad egregium decus, hoc molimen honoris,
Surgat & in laudes extera fama Tuas!

*Gratul. appos.
Dn. Commensali & Conterraneo suo
Georgius Stephanus Bayer.*

F I N I S.

1710

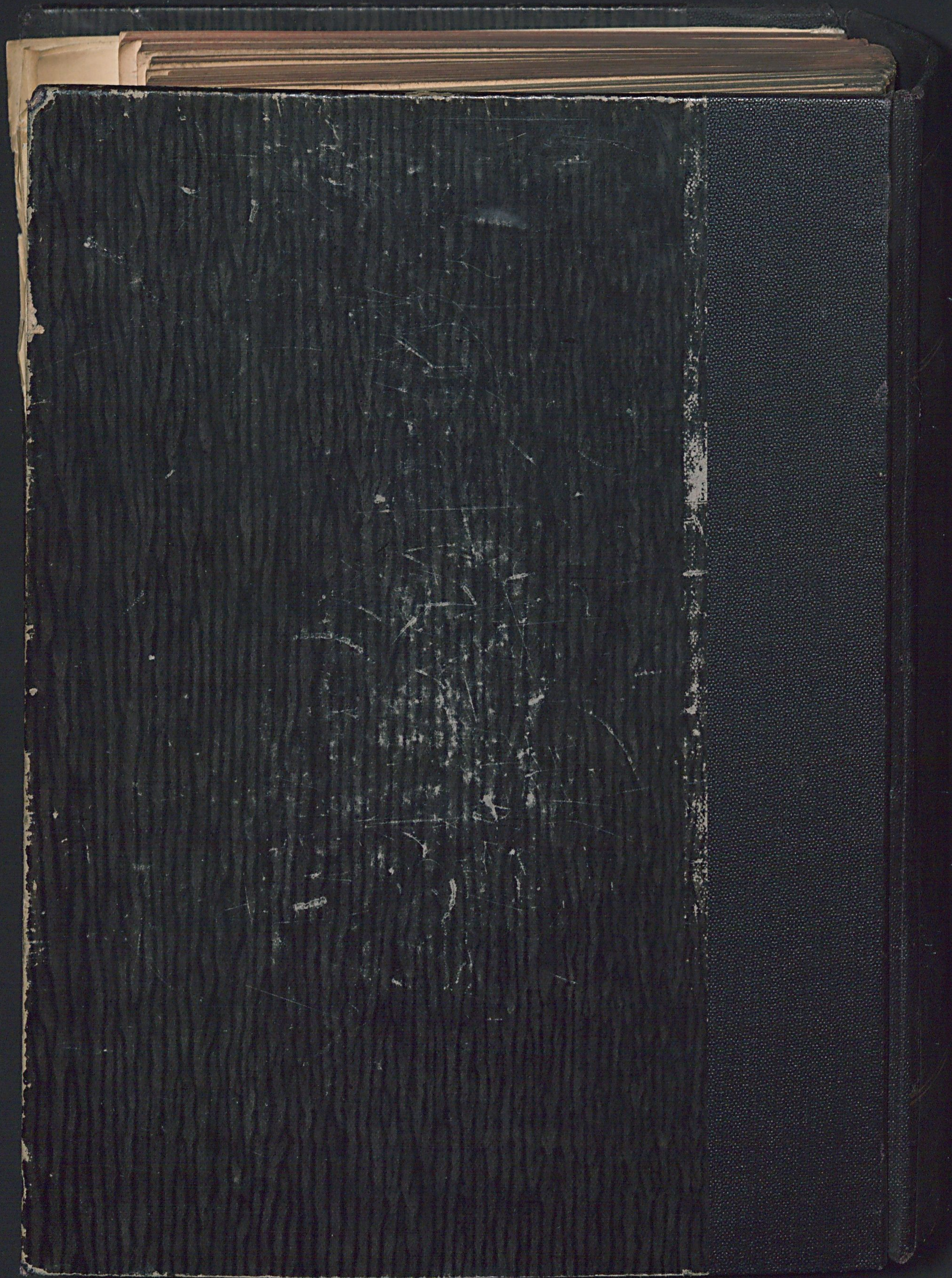
277

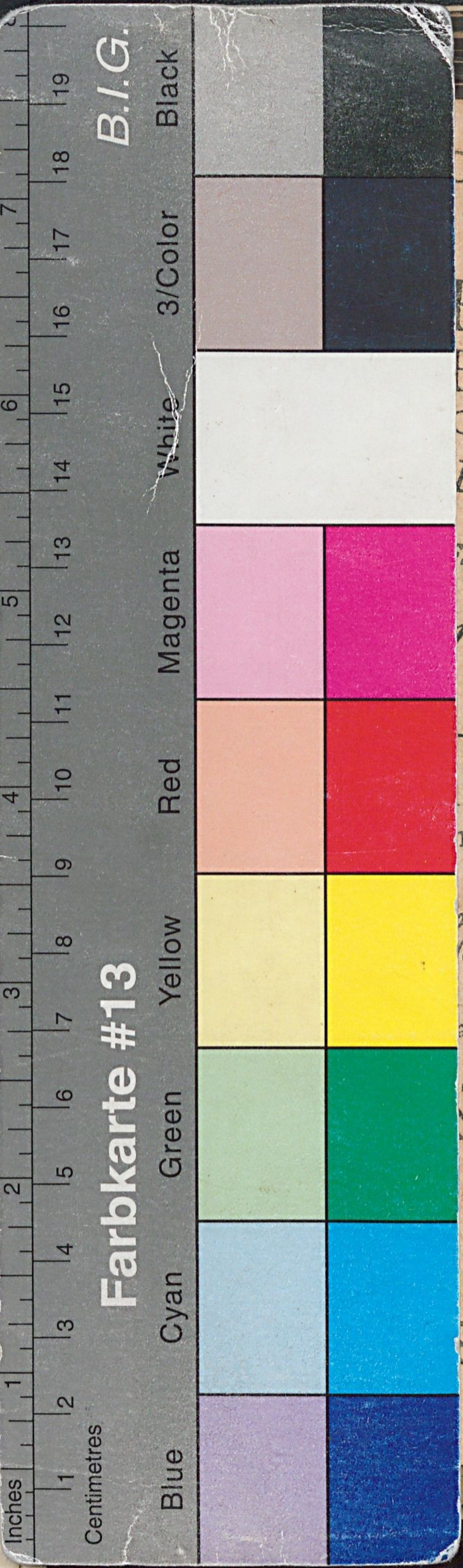


X 2615944

WOM







B.I.G.

Farbkarte #13

C. I. N. D. N. I. C.

TRIGÆ

EFICIORUM

EIVSSORIBVS

COMPETENTIVM

POTYPOSIS,

Quam

favente supremo Numine,

SUB PRÆSIDIO

implissimi, Consultissimi atq̄

Excellentissimi,

HANNIS REBHAN,

alma hac Argentoratensium

in Vniversitate Antecessoris Pu-
blici Celeberrimi,

promotoris, Præceptoris ac Hospitis sui debito
servantia, reverentia & honoris cultu

et atem prosequendi,

et ac placidæ disquisitioni subijcit,

S JACOBUS TUCHER,
Norimbergensis.

In Auditorio majori,

Ad d. 2. Maij Junij.

ARGENTORATI,

FRIDERICI SPOOR.

ANNO M DC XLVII.

9 151.

1647/3.

n. 22

Disp. IX.

