



DISSERTATIO JURIDICA ⁵⁷⁶ 772 ~~772~~

DE 1672, 6

BENEFICIIS
FIDEJUSSORVM

20

Quam

Divinâ gratiâ clementer annuente,

SUB PRÆSIDIO

Viri Nobilissimi Amplisissimi atque Excellentissimi

DN. ANTONI HENRICI
MOLLENBECII

J. U. D. ET IN ILLUSRI HAC LU-
DOVICIANA PROFESSORIS
ORDINARIJ,

Dn. Fautoris ac Præceptoris ætatem colendæ

Publicè defendet

JOHANNES NICOLAUS HERTIUS
Nidercleensis. A. & R.

Ad diem, Martii



GIESSÆ,

Sub prælo Kargerianô Anno 1672.



DISSERTATIO JURIDICA

DE

BENEFICIIS

FIDEI VISSORVM

QVAE

Divina gratia elementa annuatim

SUB PRÆSIDIO

Rev. Nobilissimi Consilij et Regij Professoris

DN. ANTONI HENRICI

MOLLERBECII

J. U. D. ET IN ILLUSTRI HAC III

DOVICIANA T. PROFESSORIS

ORDINARIJ

Dr. Facultatis de Præceptoribus et Tutoribus

Publice Defensoris

JOHANNES NICOLAUS HERTZ

Niditensis, A. & R.

Ad hanc, hanc

et (o) 2

GLASSAE

Sub prælo Kuglerianò Anno 1744





I. 1.

DE BENEFICIIS FIDEJUSSORUM

CAP. I.

DE BENEFICIO ORDINIS.

§. I.



E beneficiis fidejussoriis acturi *Quid si-*
 initio videndū habemus, quid fide- *de jussor*
 jussores de quibus quæritur, quid be-
 neficium quod quæritur. Fidejussor
 est persona obligationi siue contra-
 ctæ siue contrahendæ accedens, quæ
 solenni ad interrogata responsione,
 alienam obligationem fide suâ, h. e. periculô suo quod
 alius debet, esse jubet. Accessoriam dicimus personam,
 contractus enim in duabus personis, saltem moraliter ta-
 libus, contineri possunt, certè ut creditori diligentius cau-
 tum sit, extrinsecus & sine queis contractus firmitudi-
 nem obtineret, adsumi potuerunt. Ex quo intelligi par
 est, quantum distet fidejussor ab expromissore, hic enim
 dum alienam obligationem ita recipit, ut in priore debi-
 tore

A

tore



tore omnino extinguatur, est determinatio alienans, & rationem formalem veri fidejussoris tollens. *l. 37. in fin. de oper. libert. l. 4. de Condiēt: caus: dat. non secut.*

Quid beneficium

§. 2. Beneficiū est jus ob æquitatē singularē certō personarum ordini vel causæ proprium. In quo quidem speciem juris personalis facimus, à privilegio tamen in specie sic dictō, licet multiplici invicem lapsu cohæreant, distinguimus. Illud quippe, quod primum est, æquitas & justitia insigniter temperat, hoc gratia tribuit: Ex quo alterum fluit, quod privilegium sit strictæ interpretationis *l. 1. de Jur: Imm. l. 2. §. 6. ne quid in loc: publ: adde l. 2. C. de L. L. beneficium ab causam admodum favorabilem largæ l. 3. ff. de Const: Princ: l. 14. de Alim: legat: hinc & illud Practic: Daß der Fürsten beneficia in dubiō nicht privativè sondern cumulativè auszudeuten v. Vinn. I. qu. II. Plura eorundē in jure occurrunt, nec pauca hoc infidejussionis, quod sub manū habemus, argumentō, Suntea I. ordinis II. Divisionis III. Cedendarū actionū IV. Denunciationis V. Provocationis ad litem. Age ergo ordiamur cum Jovā quod suscepimus, ut iterum cum eo (ō audi Deus atque exaudi preces) felici omine desinamus.*

Quid beneficium ordinis

§. 3. Beneficium ordinis seu excusionis, est jus (facultas) excipiendi, de reo principali prius conveniendo. Per ordinem intellige non juris seu processus, sed partium, ne sc: fidejussor ante debitorem principalem conveniatur, ut rectē Muscetello *Prax: Fidej: p. 2. quest. 10. n. 15.*

Causa efficiens

§. 4. Jure antiquissimō LL. XII. Tab: in quibus aptè tam magna sane quam breviter concluduntur, ut Cicero de illis loquitur, non prius ad accessiones pignora puta & fidejussores delabi licuit, quam exculsō principali. Cicero 16. *ad Attic: 15. de Dolabella & ejus sponsoribus loquens: Neque enim illi, inquit, litem contesta-*

testabuntur, quo factō non lum nescius sponsores liberari. Postmodum privati cō jure uti desierunt, & Constitutionibus electio dari cœpit, conveniendi reum principalem vel fidejussores *l. 3. l. 5. C. d. Fidej.* idque etiam in hypothecarum possessoribus ita obtinuit. *l. ult. C. de Obl. & Act.* imò etiam variare & unò omiſſō ad alium transire non vetabatur *d. l. 5. l. 23. l. 26. ult. C. h. t.* (exc: est in *l. Moschis 47. ff. D. Jur. Fisc.*) Contrarium ramen videbatur Justinianò, quiquam maximè labores suos & antiquitati & æquitati approbare voluit, æquius, cujus etiam luculentum interpretem egit in *Nov. 4. c. 1.* hujus beneficii basi

§. 5. Æquitas ergo non rigor juris defendit dictā *Impulsiva* Constitutionem : Maximè, quia reus principalis solus utilitatem ex contractu percepit, fidejussor gratis & actu liberali, alterò mandante, accessit. Imò quod hoc tacitè quasi actū censetur, fidejussorem tum demum obligatū iri, si rei principalis facultates deficient, Rittershul: *ad Nov. p. 3. c. 2. n. 19.* Cujus consequens est: In judiciis summariis, ubi ex bonò & æquo proceditur, locum habere, nec ab arbitratore omittendā; Tum quia intactò positum, an exceptioni renunciatum sit nec ne, in datione opus habet. Tum quia exceptiones causa merita concernentes, quales sunt solutionis, ac ne quis solvere cohat, admittendæ veniunt *Clement. Sape d. V. Signif. Cl. Ictus Franzk. p. 2. resolut 12. n. 50.*

§. 6. Fidejussoribus cōpetit I. Licet se ut debitores principales cōstituerint *zu selbstschuldner* idq; *ex l. 3. C. h. t. bene probant I Cti.* Dum enim Imperatores in d. l. beneficiū divisionis ademptum negant, etiam si singuli in solidum le obligarint: Eccur non item hic asseratur? Non enim adjecta hæc alterant naturam, nec sunt contra sed secundum eam, quippe ubi speciali obligatione etiam non ad-

I. Subjctum Fidejussores 1. ut debitores principales se constituentes.

A 2 jectā,

jectâ, ut fidejussor ante reum ipso jure conveniri possit, & tamen beneficium ordinis habeat, simul stare possint, ut probabile sit eum ita se obligare voluisse, ut ostenderet enixum animum servandi fidem. adde in simili H. hn: *ad Wes. de Evict. n. 10.* Distingunt hic quidam, an novatione præviâ quis in se susceperit obligationem vel non & tum vel cū additō, in casum forte solutionis non factæ vel simpliciter. Primū quod attinet membrū, jam ante expromissoris distinctā naturā indicavimus, cum ille non sit fidejussor nisi per ampliationem, sicut virgo deflorata virgo. In alterō quod subdistinguitur, quia rationes positæ utrobique procedunt, satius erit in simplici asserti veritate stare. v. Bachov. *ad Tr. 2. 28. 5. C. & D. Frantz. Ex. 10. quest. 8. ubi observantia testes adducit A. Fabr. Sim. Pistor.*

II. Iuramento
se adstringentes

§. 7. Secundo etiam si juramentō se obligarint, illud enim actum principalem, super quem fertur, firmat, ad alias verō exceptiones, ob strictam sui interpretationem, se non porrigit. Zanger *p. 2. de Exc. c. 16. n. 13. v. Grot. 2. de I. B. & P. c. 13. §. 13.*

III. Mercatores.

§. 8. Tertio in causis mercatorum, in quibus de simplici vulgo procedendum ajunt, si jus civile inspiciatur. In *Nov.* enim 163. c. 1. d. Argentariis statutum vix applices nostris mercatoribus. Illi enim argentariæ mensæ exercitores publicè ad hoc constituti erant, ut in forō ergasteria habentes, pecunias foeneri darent, & aliis pecuniam foenerari volentibus operam darent, hinc etiam quia magnæ sæpe summæ persolvi mandabantur, pecuniam eos in numeratō habere publicè intererat. Sic ap. *Polyb. l. 28. §. 156.* Σκιπίων συνέταξε τραπεζίτην κ' καὶ ἐταλάντων ἑκατέρα ποιῆσαι τὴν ἀνταπόδοσιν. Scipio mandavit nummulario utrique (Tiber. 1c. & Gracho) quinque & viginti talenta persolveret. At horum nihil est in nostris mercatoribus.

toribus. Europæ tamē cōsuetudo, ut mercatores peculia-
res suos mores habent, v. *Recess. Imper. 1654. §. 70.* als auch
bey den Handelstätten/passim aliud recepit. Ubi tamen
juxta D. Franzk. i. *res. 12. n. 55.* non simplici cura opus I. ut
intelligatur de mercatoribus qui in celebrioribus em-
poriis existunt. II. ut controversiæ in proprio foro corā
judicibus eorum, quos in Italiā & oriente Consules,
Parisiis præfectos mercatorum vocant, ventilentur. III.
Ut tam debitor quam fidejussor sit mercator quamvis e-
nim hoc in beneficium creditoris sit constitutum, perso-
na tamen ita comparata sit, oportet, quæ forum actoris se-
qui possit IV ut causa sit talis quæ inter mercatores solum
versetur. Sanè si ita res se habet quia Reip. interest, ut
liberior sit commerciorum usus & adhuc maximè de-
sideretur eos paratā habere pecuniam fides inter illos ali-
quantò exuberantior esse debet, insuper etiam cum va-
riis periculis expositi sint, justè de argent: statutum ad
illos producit v. *Ant. Fabr. l. 8. d. Exc. tit. 24. D. 8. l. 8.*
tit. 28. D. 3. d. Fidej.

§. 9. Non verò datur fidejussoribus mutuis *Nov. Subject:*
99. qui inibi vocantur ἀλλήλων ὄροι, quæ fidejussio describi- *negati-*
tur in l. II. de Duob. reis. Videtur ergo Imper: *Nov: 4.* ut *vum.*
ejus ad eam relatio innuit; sic temperare per *Nov: 99: Mo-*
do aperte constat unum esse reum debendi alterum ejus fide- *Subject:*
jussorem. Propter rationem dubitandi, quæ ubi duo sub *Subject:*
alternâ fidejussione promiserunt remaneret, quia enim
uterque reus est principalis *ex dict: Const:* unus ex illis pri-
or in solidum, quia uterq; fidejussor, neuter conveniri po-
terit: Quare cum nulla sit ratio alterum prius convenien-
di, ordinis exceptioni locum non esse sed unumquemq;
pro ratâ conveniri debere Imper. constituit. Non ergo
loquitur *dict: Nov:* de omnibus correis, ut quidā finiunt,
quod



quod si enim illa fuisset intentio, ecquid fuisset tantò opus apparatu, correos non aliter, quam ubi expresse hoc actum sit in solidum teneri? Cum & fidejussores & rei constitutæ pecuniæ, de quibus *l. ult. C. de Const: pecun: beneficium divisionis statutum fuit, in solidum, nisi contrarium pactum sit, etiam hodiè obligentur, & tamen beneficium divisionis habeant. v. egregiè D. Frantz. Ex: 10. quest: 3. II. Qui pro universitate aut Principe intercedit, videtur enim, ne in irritum cadat obligatio, tacitè renunciatum, cum illi semper solvendo esse præsumantur *l. 2. §. 2. ff. De fund: Dot: Carpz: 2. Const. 7. D. 7. III. Si pater interveniat pro filio l. 3. §. 4. ff. d. Minor: l. 8. C. quod cum eo qui in alien:**

*Forma in
exceptio-
ne*

§. 10. Proponitur per modum exceptionis, neque enim officiò judicis continetur subsistente ipso jure petitione *l. 5. C. h. t. 1. à Sandè Dec: Fris. l. 1. tit. 7. Def: 2.* Etià post litem contestatam. Ubi tamen, quia actus agentium non operantur ultra mentem eorum, distinguendum an defugiendi judicii, an verò differendæ solutionis gratià exceptio proponatur. Priori casu autem litem contestatam est proponenda: alterò etiam post, quo spectat *l. 19. C. de Probat.* In quo assimilis est hæc nostra aliis exceptionibus, veluti transactionis, juris jurandi delati & præstiti v. *Gudel: 4. Comm. Jur: Nov: 7. v. verùm dilatoria*

*Effectus
excuso*

§. 11. Operatur hæc exceptio excussionem à creditore faciendam. Ubi duo expendi oportet I. Subjectum II. Formam. Subjectum sunt debitores principales *Hauptschuldener*. Considerati vel ratione quantitatis, & tum vel continuæ, etiam adversus hæredes, est enim ibi quædam continuatio ut dominii & juris: vel discretæ, non adversus unum solum sed & plures: Vel qualitatis I. Si præsentés sint non absentes *Nov. 4. c. 2. auth. presente.*

C. b. t.

C. h. t. vel lateant, quo tamen casu non statim fidejussor litem contestari cogitur, sed petenti dilatio datur ad sistendum debitorem principalem, quo non exhibito ipse tenetur d. c. 2. add. Gudelin, d. l. v. similiter. II. Si sint solvendo, nec contrarium notoriè pateat, ut puta si bonis cesserint, aut fiscus bona occupaverit, ubi tamen condemnatur adhuc fiscus. l. 2. C. ad l. Jul. de vi publ. Forma consistit in eo, quod debeat in omnibus bonis fieri, <sup>et is am-
gov</sup> in infinitum, ut Aristoteles suò sensu alibi loquitur, h. e. ea quantitate, quantà obtineri aut effici potest moraliter maximâ v. Caroc. de Exec. quest. 1. n. 1. Requiritur præterea alii fidejussorum in excussione præsentiam, sed istud, quia exitus judicii, sufficientes sint necne, ostendat, juris rationi convenire negat Bachov. de pignor. c. 17. n. 2.

§. 12. Desinit variis modis I. Si fidejussor accedat Contra debitò naturali §. 1. l. 6. §. 2. h. t. tū enim nulla actio, quæ debitorum principalem [prius conveniat], suppetit obligatione naturali ad producendas saltem exceptiones efficaci. II. Inficiatione, non simplici, sed qua quis negat se fidejussisse l. 10. §. 1. h. t. III. Renunciatione, claris verbis in specie intermediâ vel infima tactâ. Ut tamen hæc procedat, renunciatorum prius certiorari volunt, cum beneficia illa difficilioris & reconditi juris censeantur, atque etiam clausulæ illæ ex more vulgi sæpe apponi soleant v. Carpz p. 2. C. 17. D. 4. Unde patet; renunciationem illam nihil efficere. Non obstantibus quibuscunque privilegiis per l. 3. C. de silentiar. quæ lex distinguit inter privilegia legis præceptione firmata. Præter, efferunt: Incorpore juris clausula; vel contra. De illis dicitur: non præjudicaturam quamcunque generalitatem pragmaticâ. Dn. D. Srauch Lex. Part. Jur. h. v. p. 148. Ejusdem argumenti est illa clausula, quam vocant, doli. treu und ohngeschrde cujus formula in l. 121.

B d. V. O.



d. 4. 0 Dolum malum huic rei abesse ab futurumque stipulatus est, spondit ille, quid enim efficiat illa, monstrat l. 31. d. Recept. qui arbitr. ubi sed si quidem compromisso adjiciatur, si quid dolo eam in rei actum sit, ex stipulatu conveniri, si quid dolo fecit potest. v. Carpz. d. l. Def. 3. Notandum tamen de fidejussore indemnitate, quod licet ille renunciaverit, nihilominus ante debitorem principalem conveniri non debeat, est enim haec renunciatio contra naturam actus v. Carpz. d. D. 7.

C A P. 11.
DE BENEFICIO DIVISIONIS.

§. I.

Def.
Causaf-
ficiens

E Stid, jus excipiendi de confidejssoribus suis qui solvendo sunt pro parte virili conveniendis.

§ 2. Jure veteri tenebantur omnes in solidum impleto jure & si de eodem in stipulatione nihil expressè erat actum l. 5. C. §. 4. 1. h. modo in eandem summam se obligarint, non si obligatio ratione diversarum summarum facta l. 43. l. 15. §. 2. h. qui juxta A. Hering. p. 2. d. Fid. c. 27. n. 2. consponsores dici possunt. Non etiam si in partes viriles fuerat concepta obligatio: *Solidum aut partes viriles fide tua esse jubes?* l. 5. pr. h. ibique Cujac. in l. 3. Respons. Papin. h. 1. Jure novò ex epistolâ D. Hadriani est constitutum, ut ex æquo si velint possint dividere actiones l. 26. & seqq. ff. §. 4. 1. h. Paulus in l. 1. sen. 20 ad edictum perpetuum refert, quod si verum, propterea tamen auctoris nomine nõ frustrabitur Hadrianus, cum probabile sit, Salvium Julianum, jubente eo, beneficium hoc ei intulisse v. l. 2. §. 18. C. d. Iur. vet. Enucl. ad Bachov. ad Tr. 2. 28. §. F.

Subje-
ctum fide-
jssores

§. 3. Competit fidejssoribus respectu confidejssorum, quod ampliatur in l. 3. C. h. 1. & si in solidum se obligarint.



ligarint. Est enim adjectio hæc *nata* φύσιν naturalis, quæ nihil novi operatur sed tantum naturalitatibus, eas explicando, in servit. Cui opponitur præternaturalis, quæ quid singulare ultra commune tribuens, facit deperdi qualitates novè assumptis contrarias:

§. 4. In fidejussoribus vice mutuâ promittentibus distinguit Imper. in Nov. 99. in pr. aut Pactum non est appositum, & tum unusquisq; pro parte solum tenetur. Licet enim verbis singuli solidum promiserint, mutuâ tamen fidejussione declararunt rem ad utrumq; pertinere, eosq; se ut in re communi obligare velle, proinde etiam partes viriles deberi, nec verè reos fieri arg. l. ii. de Duob. in fin. aut Pactum est appositum, & tenentur quidem in solidum omnes h. e. ipso jure obligatos esse, sed sub distinctione: Aut omnes præsentibus sunt & solvendo, ubi apposita fuerit exceptio divisionis, in partem virilem condemnantur, quo spectant obscura verba d. c. i. Cedere autem & contra reliquos actionem h. e. intentari non adversus unum solum cum effectu, sed & cæteros. Aut præsentibus quidem sunt sed alter non solvendo vel contra & tum qui præsentibus sunt & solvendo solidum persolvere tenentur. v. si vero minus D. Franzk. Ex. 10. quest. 3 n. 28. & seqq. Quanquam id quod de fidejussoribus mutuis distinctim jam diximus, in hodierna praxi non attendatur, sed correis in genere beneficium divisionis tribui solear, teste Hahnio ad Wes. de duob. reis. const. n. 5. ad verb. sed hac novis. jure.

Fidejussores mutui in quibus distinguuntur.

§. 5. Jus hoc itidem per exceptionem pro ponitur §. 4. l. h. add. l. l. 26. & 49. ff. h. desiderando scilicet ut pro parte in se detur actio ut loquitur d. c. §. 4. ne in fin. v. Dn. D. Eyben. Dissert. 4. ad l. 3. 5. Observat. Notandum verò quod non ante litem contestatam solum

B 2

sed

sed & posteam possit. habere locū Idq; ex *l. fidejussor* 10. §. 1. *C. h. t. ubi Ante condemnationem ex ordine postulari solet* i. c. servato ordine earum defensionum, quæ fidejussoribus comperunt. Fieri enim potest, ut fidejussor de solvendō solido conventus plures exceptiones opponere possit, vel ex personā alienā liberatō forte reō, vel ex personā suā pacti vel juris jurandi &c. His autem exceptionibus cum se exclusum videt, alias rectè & ordine sibi applicat. *Id verò etiam ante condemnationem postulari solet.* Illud leve est, quod ad d. 1. Petrus objicit. Ante sententiam debet proponi. E. & ante litem contestatam. Quippe non procedit regula à formali ad materiale sensu agente, nisi disjunctivè. Sic non sequitur: Animal est, ergo homo est, sed ita: animal est. E. aut homo aut brutum est. v. Bachov. *ad Tr. 2. 28; th. 5. F.*

Contra-
ria

§. 6. Desinit variis & quibusdam cum superiori communib9 modis. I. Si ante litem contestatā defecerint cæteri bonis §. 4. & *l. 51. ff. h. h.* II. Si huic beneficio fuerit renūciatū. juxt. §. 12. c. præced. nō tam en censetur renunciatio facta his verbis. *daß sie sambelich und sonderlich eine fūhr alle und alle fūhr einen haßten wollen.* juxt. Carpzov. *I. c. p. 2. c. 17. defin. 9.* III. Si quis dolosè inficiatus fuerit fidejussione *l. 10. §. 1. h. t.* IV. Obsingularem rationem tutores ex personā suā non habent hoc beneficium *l. fin. rem pup. salv. for.* ex personā tamen tutorum, si pro pluribus cave- runt, habent *l. 6. f. h.* V. ratione confidejssoris, si cū muliere intercessum *l. si Titius 48. in pr. h. v. J. à Sand. 3. 10. 2.* vel si minor, post obligationem fidejssoris, intervenerit *d. l. Titius § 1.* unde per occultationem quadam decisus ille sequitur casus. Si quis cum minore fidejsserit, & postea minor restituatur, non onerari ex eā fidejssorem, ut insolidum obligetur. v. plur. Bachov. *ad Tr. §. 5. G. V.* Ex naturā actus aliquando non opus est hac exceptione, puta

778.

(13) 90

puta si quis in litis ingressu cum singulis pro parte egit,
post litis autem contestationem quidam ceciderint
bonis, actionem civilem contra unum instaurando, nihil
aget *l. liberum 16. C. h. t.*

C A P. III.
DE BENEFICIO CEDENDARUM
ACTIONVM.

§. I.

Est id jus agendi vel excipiendi de cedendis sibi actio- *Defin.*
nibus, & quæ consequuntur, contra reum principalem
& fidejussores *l. 17. l. 13. l. 39. ff. l. 21. C. h. t.*

§. 2. Fidejussor solidum solvens, vel quia alter ab- *Caus. im-*
sens vel non solvendo erat, nullis amplius remediis ci *pellens*
vilibus juvabatur, vel certè non ita largè. At quia durū
nimis videbatur, redeunte fors altero ad pinguiorem
fortunam, fidejussori solidum dependenti non succurri,
ex æquitate visum est, jus hoc ad observantiam statuere.
Unde non moramur ingeniosiss. Ummiū *Disp. 8. ad Proc.*
n. 30. qui hoc rejecto actionem mandati sufficere autu-
mat. Præter hæc enim que infra dicentur §. ult in hoc ad-
huc latet magna utilitas, ut si quis intercesserit vel etiam
solverit pro invito debitore cum alias nulla daretur actio
l. 6. §. 2. l. 40. l. 53. ff. Mandat, per cessionem consequatur, ut
actionem intentare possit. Dn. D. Eyben *Diss. 4. ad l. 3.*
Inst. obs. ult.

§. 3. Utuntur eo fidejussores adversus creditores, *Subje-*
adhoc ut nō actiones solum sed & pignora transferantur, *ctum &*
l. 2. l. 11. l. 14. l. 21. C. h. t. modo in aliam summam non sint *objectum*
obligata, tunc enim quia creditor pignori bus cedere non
potest, quin in aliam summam amittat pignorum per-
secutionem, rectè placet creditorem non prius compel-

B 3

lendum

lendum esse pignora transferre, quam si à fidejussore omne debitum, ac omnis pecunia, pro qua etiam non fidejussit, exsolvatur *d. l. 2. Sand. 3. tit. D. 6. In expensis quomodo distinguatur v. Carpz. p. 2. Const. 17. Def. 23.*

Forma.

§. 4. Potest ad modum cœterorum etiam per exceptionem proponi, aliquando etiam officiò judicis creditor ad cessionem compellitur *l. ii. ff. h.* Notandum tamen hic est: Non ante solutionem solum sed & post eam jure fieri posse & debere. Manet enim adhuc aliqua obligatio inter eum & fidejussorem, quippe cum illa solutio redemptionem nominum magis quam liberationem in dubio contineat, unde *in l. 17. vendere l. 36. quodammodo nomen debitoris vendidit, idem etiã l. 14. h. t. dicitur, & certè ita suadet etiam intentio fidejussorum, qui quando præ aliis ægre & reluctantes quasi solvunt, semper id agunt, ut magis suæ quam debitoris principalis liberationi & indemnitati contulant. Facit etiam huc l. 28. Mandat. l. 29. §. 3. 7. ib. l. 95. §. 10 ff. de Solut. v. Excellent Dn. D. Eyben. d. Diff. Obs. 7.*

*Effectus
cessio
Efficiens
remota.
Cession.*

§. 5. Sequitur post hæc cessio. Quæ actionis est legitime facta in alium translatio citra novationem.

§. 6. Faciunt eam cedens & cessionarius, tertii verò consensus, quia vetus actio saltem ceditur, nec nova suscipitur obligatio, non requiritur *l. 3. C. de Hered. vel act. vend. l. 1. C. d. Novat. secus ac in delegatione l. 6. C. d. Novat.* Et quidem contra non principalem modo sed & confidejssores *l. 59. ff. de solut l. 11. l. 14. h. t. cū hoc tamen temperamentò quod contra illum in solidum, in hos parte instituat v. Bachov. ad Tr. §. 7. A.*

Proxima.

§. 7. Fit ea per justum titulum, tantum enim operatur illa quantum traditio in corporalibus *l. 3. pro soci. l. ult. d. Donat. l. 49. §. ult. d. A. R. D. quæ titulum aliquem requirit,*



rit, veluti emptionis vendit: dationis in solutum, quo factō
 cessionarius in rem & utilitatē propriam agere potest, &
 quod à debitore exigit sibi retinere potest, nec cedenti
 quicquam restituere cogitur *l. 1. §. 11. qn. appell. l. 9. C. d. Pro-*
cur. Inde patet quod si justus titulus non adsit, nudum sal-
 tem ministerium, exercitiumq; actionis in utilitatem ce-
 dentis transeat, cessionariusque saltem pro procuratore
 habeatur, & omne quod exigit mandati iudicio cedenti
 restituere, vel de eò certè rationem reddere teneatur *l.*
licet. 24. C. de Procur. l. 76. ff. de Solut. Dn. Franzk. 1. re-
solut. 7. n. 5. & seqq.

§. 8. Modus consistit in mandatō, quod jus vetus *Forma*
 tanquam necessarium connexum seu concomitans re- *cessionis*
 quirat. Subtilitate enim juris obligatio personæ ita crede-
 batur implicita, ut nullā ratione ob eā divelli posse videretur.
 At jure novō, ubi cessio non ita in puncto stat, sed libe-
 rius paulò habet spacium, quia actio utilis ex personā
 cedentis institui potest, mandatum de eā non nisi æqui-
 vocè prædicari potest Dn. D. Srauch *Diss. Iust. 17. §. 16.*
 adde Joh. à Sande *tot. tract. nobis plura persequi non*
licet.

§. 9. Cæterum exiit hoc beneficio fidejussor, si *Contraria*
 renunciaverit. Etsi enim quidam omne interesse propter *cedenda-*
 quod renunciatum, deficere hic autument, tamen quia *rum a-*
 ratione objecti quod aliunde, nempe à lege afficitur, nihil *ctionem.*
 obstat, in super etiam paululum commodi prominet, ut
 alii probant, quare nec hoc nec alia nos morari debent.
 Ita etiam Const. Elector. p. 2. C. 17. *ibiq; Carpzov. D. 17.*
Fibigijs in Colleg. leg. quest. 3. Ex. 10. Semid. ubi Bachovio dis-
sentienti satisfacit.

§. 10. Affine & hoc nostro omisso adhuc extans, *Affinia*
 est actio mandati, tum quia quod inter debitorem & fide-
 jussorem agitur, plerumque mandatum est, quod inter
 credito-



creditorum & fideiussorem stipulatio l. 33. C. d. Episc. & Cler. ibi quas stipulatio solennis l. 2. §. pen. ff. d. Adm. rer. ad Civit. ib. verbis fideiussionis. E. & mandati actio dabitur §. 6. h. l. 10. l. 11. l. 6. §. 2. Mandat. Tum quia pro amico intercessit E. & hoc pro sua promissione consequetur, ut amico succurratur. Adversus fideiussorem tamen non dabitur. l. 39. h. t. v. Carpzov. p. 2. C. 17. D. 18.

C A P. IV.

DE LITIS DENUNCIATIONE.

§. I.

Def.

IN genere est illa nihil aliud quam litis motæ significatio, auctori liti adfistendi, causæque defendendæ ergo facta. In specie. Est jus, quo fideiussor debitori, ut fidejuberet auctori, denunciare potest, ad hoc ut sibi adfistat, & exceptiones, quas solus habet, ex personâ sua objiciat. *Per solennem text in l. item 10. §. generaliter ff. Mandat.*

Caus.

impellens

§. 2. Æquitas certè hoc expressit, nec hoc quoque casu miseros fideiussores voluit quasi *ασυμβολως*. Cum enim exceptiones ex pacto & facto creditoris cum debitore nasci possint, iniquum admodum esset per illud fideiussori, præsertim post *Nov. 4.* suum beneficium auferri, dum præsertim is ad solutionem non aliter teneatur, quam ubi prius illi à creditore actio adversus debitorem principalem cessa fuerit, quæ interdum hypothecam aut privilegium continet, & ita pinguior quam mandati actio esse potest, qualis cessio hic stante pacto fieri nequit. Nec adeo movere nos debet, quod alias utilitas fideiussor-

jussorum omnis tolleretur, quæ hunc in finem inventa est, ut creditor in omnem eventum securus fiat, quod non foret, si admissâ hac facultate, imo positâ potius necessitate denunciandi, ipsi cû reo principali congregiendum esset; Quin potius Imperat. ait in §. final. 1. d. *Replicat*: Qui alios pro debitore obligat hoc maximè sibi prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eò obligavit, suum consequi. Negatur enim in argumentò sequela, quia pauci admodum sunt casus, ubi exceptio personalis debitori competit, & sæpe contingit, ut denunciatio vel omittatur vel proponi non possit.

§. 3. Competit fidejussoribus & tenentur eo uti, nisi *Subje-*
regressu ad debitorem principalem condemnati carere *Etiam*
velint l. 8. §. 7. & 8. *Mandat. ubi si sciverunt in cumbebat iis*
necessitas provocandi l. 10. C. eod.

§. 4. Et quidem ob exceptiones personales debito- *Obje-*
ri principali competentes, quæ personæ qua tali com- *Etiam*
petunt, immediateq; ratione sui in illam feruntur, cum *except.*
que personâ extinguuntur l. 25. §. 1. d. *Pact. l. 7. §. d. Except. persona-*
quales sunt restitutio minorum ob lubricum ætatis *les*
D. Struv. Ex. s. §. 60. jus induciarum moratoriarum debito-
ribus ex l. 2. d. Precib. Imper. off. competens vulg. anstands-
brieff v. Coler. d. Pr. Ex. p. 1. c. 4. n. 17. ubi etiam hoc casu de-
nunciari posse ait. & similes. His contradistinguuntur ex-
ceptiones illæ quæ in rem sunt, & illis etiam accommo-
dari solent, quibus conventis allegatio earundem paci-
scientis interest ut sunt: doli mali, metus, rei judicatæ, S. Cti
Velleiani l. 12. §. ult. l. 23. d. Pact.

§. 5. Non tamen hoc ita accipi velim, quasi in om- *Quid*
nibus personalibus procedat. In exceptione enim com- *in benefi-*
petentiæ distinguitur ob l. 7. *pr. d. Except. num quis fidejuf-*
jerit pro talibus personis, quibus ab initiò statim illud *cio com-*
petentia?
C bene-

beneficium competit, quales sunt Parentes, patroni, socii
l. 63. pro. Soc. §. 37. l. d. Action. aut ex post factò demum
 nascatur, quales sunt qui bonis cesserunt. Priori casu fi-
 dejussori aliquid imputari potest, quod in tales laqueos se
 induerit, quorum ex nullò unquam se expediet, ut cum
 Cicerone in Verrem dicam, vel etiam legem fidejussioni
 apertius dixerit, debitoris qualitatem non ignorans, &
 inde etiam beneficium illud fidejussori ex aliâ causâ pro-
 fit, quod quasi defensor debitoris iudicium susceperit, ut
Ulpianus ait in *l. 63. §. 1. v. sed si pro Soc;* quod quam denun-
 ciatio magis durum est & contortum. Quod non ita
 posteriori casu, dum tantum futurum eventum intendit.
 Unde Cujacius *l. 9. obs 29.* bene annotavit. Exceptio hæc
 non propterea fidejussori denegatur, quod personæ debi-
 toris cohæreat, sed quod, qui fidejussorem accipit, hoc
 maximè prospicit, ut facultatibus lapsò debitore, à fide-
 jussore suum tervet. Si tamen hæc distinctio minus arri-
 deat propter *l. si fidejussor 24. de Re iud.* ubi ingenere dici-
 tur quod non pro fit fidejussori si persona in quantum
 facere potest condemnanda sit, non refragabimur si
 beneficiū competentix excipiatur. Quatenus & tunc fi-
 dejussoribus aliquid imputari possit, quod minus circum-
 spectè pro talibus personis intervenerint, gnaris, non pos-
 se eos ultra id quam facere possunt condemnari.

Forma.

§. 6. Ad modum denunciandi pertinet illa quæstio.
 An denunciatio simplex sufficiat an verò cum additò o-
 pus sit, annexam assistentiæ claululam continens? Equi-
 dè in eviçtione id affirmat Peretz *ad Cod. de Eviçt. n. 34.* &
 usu etiam servari tradit Burgundus *c. 48. n. 2. de Eviçt.*
 facitque bene *l. 23. C. de Eviçt.* ubi denunciationis non re-
 quisitorix, sed noticatorix tantum mentio sit. Nec
 quicquam etiam obest, quare hoc nostro casu non idem
 statua

statuam^o: Licet enim *in n. l. 10. §. antep. Mandat.* id præcisè videatur requiri per verb. *desiderandique ut ipse potius suscipiat iudicium &c.* advertendum tamen est Jctum in illa poti^o respexisse ad id quod pro in effectū venit, nō ut pro formā hoc exigeret, præprimis cū denunciatio, ut *in l. 39. d. iud. vocatur*, nulla alia laboriri possit cogitatio, quā cō fine factam, ut denunciati ad sistat, officiumque à lege impositum expleat.

§. 7. Cæterum cessat hoc beneficium r. Si non ha^{Contra-} buit facultatem rei desiderandi conveniendivé *d. l. 10. ria* §. *antep. inf. v. si modo II.* Si laudatio ex incuriā omissatur. *v. l. 53. §. 1. de Evict.* Possè tamen hoc casu, ommissa sc. exceptionum, quæ reo principali competunt, allegatione, adhuc nihilominus actionem mandati competere tradit Doctiss. Frantzke 3. *resol. 9. per tot. ubi plura hac de difficultate denunciandi dixit.*

CAP. V.

DE PROVOCATIONE AD LITEM.

§. 1. **A**gmen claudat, Provocatio ad litem. Est hæc re. *Definit.* medium seu processus extraordinarius, ab Imperat: & Jctis æquitate suggerente introductus, quō fidejussor & quilibet qui exceptionem habet, officium iudicis implorare potest, ut is actori jus aliquod prætendenti, necessitudinem agendi imponat, vel eo agere cessante, se non teneri pronuntiet, & illi perpetuum silentium injungat ita Korbmach. *Diss. inaug. ad l. si contendat. n. 12.*

§. 2. Fundamentum hujus juris est *l. 28. ff. de Fidej.* cujus hæc verba: Si contendat fidejussor cæteros solvendo esse. Etiam exceptionem illi dandam, si non & illi

G 2 sol.



solvendofint. libr. βασιλ. h. t. u. n. ita legunt. ὁ εἰς τῶν ἐγγυητῶν λέγων, εὐπόρος εἶναι, τὰς συγγυητὰς αὐτῷ, ἔχει παραγραφὴν. vert. Fabrot. Unus ex fidejussoribus contendens cœteros solvendo esse, habet exceptionem.

Causa
impellens

§. 3. Equidem singulare hoc est, cum *rescribente* Dioclet. ad A. Camer. l. unic. C. ut nemo in vitus agere vel accusare teneatur. vel quia alterius non interfit, vel ut eleganter in l. item 4. §. 1. de Alienat. Iudic. mut. dicitur Prætoré non improbare ejus factum, qui tanti habuit re carere ne propter eam sæpius litigaret, hæc enim vera ejus est cogitatio qui lites execratur. Et Cicero 2. Officior. Convenit esse æquum & facilem: A litibus verò quantum & necio paulò plus etiam quam liceat adhorrentem. Est enim non modo liberale paulum non unquã de jure suò decedere, sed interdum etiam fructuosum, quia litis comes miseria. Plures tamen in civili & Canonum jure casus invenire licet, ubi quis ad litem suscipiendam cogitur, ad hoc ut creditoris callidi & exceptionis aut probationis interitum expectantis perversitas extingueretur, simul & molestiã, quæ impendebat, debitores exonerarètur Bene l. fin. C. de Usur. pupill: Denunciationibus frequenter interpositis eum provocate, ac si rem dissimulatione proferat, actis apud Præsidem provinciæ factis declarate, quo factò non tam vobis ipsis, quam securitati filiorum vestrorum contuletis. Est ergo eximium hoc beneficium & salutare. Ex quo ultrò fluit, excommunicatò non dari, quia ille aliter in judiciò stare non potest, nisi conventus c. intelleximus 7. de Iudic. v. Gilhaus. in Arb. Crim. c. 2. tit. 34. §. 2. n. 115. Idem obrinet in bannitò.

Subj.
activum

§. 4. Provocant fidejussores, quorum solum gratiã ab initio constitutum hoc beneficium, exiguis tere continebatur finibus. Nunc tamen id amplissimè extensum mores



mores fervant hodierni, ut fere hæc construatur regula. *Omnis qui exceptionem aliquam congruam tempore forte perituram, aut jus aliquod in judicium deducendum habet, adversarium ad litem provocare potest.* Hinc non solum fidejussor, tutor, curator, debitor, sed etiam furti, adulterii aliusve criminis insimulatus, ut immeritò laborantem odio famã vindicent, rectè utuntur. Is cujus possessio turbatur, jactante, finge, alterò hæreditatem suam esse, cujus familia supprimitur, cujusve habitatio inquietatur, hic sibi non parum favoris deprehendunt. Adversus possessorem tamen non datur, *arg. l. diffamari C. d. Ingen. manum.* ubi Clemens in possessione libertatis vel quasi fuit. Is denique, ad quem spectat jus fideicommissi familiæ, si metque alienationem bonorum quæ sub fidecommis- si vinculo continentur, possessore forte asserente bona illa esse libera, nullique restitutioni obnoxia, bene ex hac lege agere potest, non quidem ratione possessionis quippe cum rei vindicatio non competat possessori, sed ratione juris ad rem competentis, lege ex spe, quæ naturaliter & ex se nihil operatur, id excitante, jus enim quæsitum est, & si ordinè successionis expectare teneatur. Unde etiam illud in præjudicium eorum qui sunt defamiliã, non potest repudiari. Knipschild. *de Fidec. Ill. fam. c. II. n. 401.* multominus alienari. Idem dicendum etiam de eo ad quem spectat jus majoratus aut primigenii.

§. 5. Provocatur contra eos qui jus aliquod præten- *Subjectum*
dunt, qui actionem aliquam habent. *welche eine fordern passivum.*
rung prætendiren / und mit ungeziemen jactationibus sich
herführt thun und also Klagen in seinem erlangten pos-
sess. inquietirẽ und turbirẽ ap. Frideric. in Proc. p. I. c. 9. n. 27.
Ampliatur hæc assertio ut procedat et. in maxime privi-
legiatis I. in Principib⁹ imperii, qui privilegiatis instantiis



gaudent. Austregas vocant. v. O. Cam. p. 2. tit. 25. v. wo aber
 der. De Electoribus tamen, qui in primò ordine constitu-
 ti sic volunt quidam exaudiri, obdignitatem forte regiae
 similem, quod non in aliò possint conveniri iudicio,
 quam cui ratione jurisdictionis universalis in imperiò
 subjecti sunt. Richter *Decis.* 100. n. 49. II. in illis etiam, qui
 privilegium de non evocando habent, quale in Electo-
 rum terris qui degunt tributum *A. B. c. 8. & II.* & quibus-
 dam etiam Civitatibus, ut Aquis granensibus, Spirensi-
 bus. & c. quas late recenset I. Gryphander *Weichb. c. 60.*
n. 3. & seqq. Sicut enim multa licet universaliter dicta æ-
 quitatem recipiunt interpretem ita & hæc lex, præcipuè
 ubi actus singularitas id exigit. Hinc & octo exceptio-
 nes profert Dn. Limnæus *ad A. B. c. 8. obs. 7. & c. II. §. I. obs. 5.*
 Anne ergo etiam adversus professores Academiae &
 scholares provocabitur? In Galliâ, veluti Parisiis incon-
 troversum est, non posse provocari, cum illi omnes reos
 ad forum suum protrahant v. Gothofr. *ad l. 2. C. d. iurisd.*
omn. iud. lit. i. Nec de jure civili aliud dici debet. Nam
 primum id in quo privilegii ratio vertitur, favor sc. & me-
 ritum studiorum repugnat. Dein Imp. Fridericus in *Auth.*
nesilius. pro Patr. ne ex justissimâ debiti & delicti in alieno
 territorio commissi causa damnum inferre vetat. Ita
 quoque responsum refert à facult. Erfurt in caus. D. Bol-
 rosen Jur. Prof. Rostoch. Happe in *Disp. sub D. Strauch ha-*
bit. de Provocat ad lit. c. 5. §. 23.

Object-
 tum

§. 6. Obtinet hoc beneficium in omni causarum
 genere. Nimirum in causis civilibus, Ecclesiasticis velu-
 ti matrimonialibus & criminalibus de quo tamen dubi-
 tat Covarruv. I. *var. resol. c. 18. n. 7.* adde etiam Feudali-
 bus, in concessione expectativæ. Personalibus & reali-
 bus, petitoriis item & possessoriis. late Covarruv. *d. l. n. 7.*

§. 7. Qui-

§. 7. Quicumque ergo exceptionem habet, iudicem *Forma.*
pro decernendo processu & citatione emittendâ rogare
potest, junctâ summariâ cōtroversiarū recensionē: Quæ im-
ploratio aliquando dicitur actio, sed largè & improprie,
cui vel hoc argumentô erit, quod possessori etiam pro-
desse diximus, jam autem possessori nullâ prodita sit actio
§. 2. 1. de *Action. Formulas* v. ap. *Hering. de Fidei. c. 30.*
form. 21. & 22.

§. 8. Sequitur post hæc citatio iudicis, quæ in extra- *Effectus*
neum, & sub aliâ jurisdictione viventem fit in subsidium *primus*
juris & per literas rogatorias, missâ ad Magistratum cita-
tione provocando in sinuandâ l. 1. §. 2. de *Requir. absent.* Id
si à Magistratu non fiat, citatio edictalis certis casibus lo-
cum habens, decerni potest. Hic nunc quæritur sæpius &
anxiâ cura quæsitum. An citatio à parte provocati indu-
cat præventionem? Quod negamus, diversi siquidem
sunt actus iudicii præparantis & principalis, unde mala
ab uno ad alterum fit illatio, præcipuè cum ille ponatur
in conditione acteris, imò tali acti sponte egisset, cujus
hæc virtus eligendi quem velit v. *Dn Carpz. 2. resp. 34.*
n. 13. & seqq. ubi duo præjudicia habet.

§. 9. Resultat exinde duplex effectus. Unus, si cita *Effectus*
tioni fuerit paritum: alter si non. Priori casu processus *ortus*
decernitur, ubi tria considerari merentur I. subjectum *alterans*
II. Forma. III. Effectus. Subjectum est actor, reus, iudex.
Actor in iudicii præludiis est provocans in iudicio prin-
cipali provocatus. Reus provocans. Iudex non provoca-
ti sed provocantis, cum ille iudex sit adeundus, ad quem
trahendus fuisset per actorem, si eum prius convenisset v.
Dn. Hahn. ad Wesenbec. de Iudic. num. 16. Forma con-
sistit in summario tractatu absque formâ iudicii, unde
nec litis contestatione opus. adde eleg. *Happe in d. Dissp.*
c. 8.

c.8. §. 41. Effectus est sententia non definitiva sed inter locutoria, vim definitivæ, habens, seu ut Mundius *ad l. diffamari s. 5 §. 5 n. 20.* Fertur sententia definitiva non ratione ordinis procedendi sed respectu finis causæ impositi.

§. 10. Posteriori casu, si provocatus iudicium pertinax fugerit, imponitur perpetuum silentium. Id quod in nostrâ lege extulit Paulus: *Etiam exceptionem illi dandam esse.* Hoc est non repellitur libellum supplicem offerens, sed etiam exceptione donabitur: Implicat enim τὸ *etiam* casum de quo minus poterat esse dubii, juxta effatum Practicorum. Stat implicativè casus minus dubitabilis, explicativè magis dubitabilis. Dn D Strauch *Lex. Part. Jur. v. Etiam p. 64. & 65.* Sed qualis, ais, hæc est exceptio? βασιλικ. voce emphaticâ utuntur παραγραφῆ, quæ propriè exceptionem rei judicatæ notat, ita interprete Suida: Παραγραφῆ, ὅταν λεγῆ τις τὸ πρᾶγμα περὶ ἑ τὸ ἐγλημά ἐστιν ὅπερ εἰσὶν ἐν προτερον εἰς δικασήριον γηγύνηται, περὶ αὐτῆ γνώσει, καὶ διὰ τῆτο φησὶ μὴ δεῖ ἔτι συνίστασθαι ἡρίσιν. Paragraphe est quando quis dicit, negotium de quo capitur in iudicium fuisse deductum & super eo cognitum, & propterea excipit non oportere iterum de eò iudicium constitui.

Contraria

§. 11. Cessat provocatio hæc I. in debitò, quod ex die vel conditione pendet, creditor enim ne plus tempore petat, atque sic duplicatas inducias sustinere cogatur eventum conditionis vel dici expectare tenerur v. §. 33. de *Actio* Carpz *tit. 20 art. 7 n. 20.* Si verò provocans saltem sit sub conditione obligatus, nihil obstabit, quominus contra purè obligatū ut agatur, provocari possit, quo de casu loquitur Dn. Brunneman, *ad h l n. 11. II.* adversus ipsum possessorem de ipsa possessione, absurdum quippe esset petitorium seu rei vindicationem injungi ei, qui possidet, quippe quæ contra possessorem datur *l. unic. C. de Alienat. jud. mut. caus.* III. Possessore infirmiori in possessione jure gaudente, adversus alium æque tali, actionem enim seu facultatem agendî ex personâ nostra non ex alienâ metimur *l. 1 §. 1. Si pars hered. pet.*

Affinia.

§. 12. Affinitatem cum hac lege eximiam habet *l. diffamari s. C. de ingen. manum.* unde frequens ab unò ad alterum illatio, & compatibilitas quoque in eodem libellò admittitur v. *Covarruv. 1 Var. resolut c 18. n 3.* In aliquibus tamen ab illâ distinctam retinuit naturam I. in *l. diffamari*, diffamationis notitia, vel per certa documenta, literas puta testes, vel per probabilia iudici faciendâ, unde in *d l. dicitur cum affirmes, i. e. actis publicis fidem facias diffamationē, processisse v. OC. p. 1 tit. 28. R l d. An. 654 §. Cammer-Richter.* At ubi difficultas probationis defactâ diffamatione, agentes absterret, saluberrima leg. nostr. cōdictio arripitur, fatetur enim reus se summò jure obligatum esse v. *Carpz p. 1. Const. 17. D. 29. 30 31.* Unde fluit II, Quod in *l. Diffamari* juramentum calumniæ debeat præstari, quod secus in nostrâ *l. est Brunnem, ad h l num. 12. & 13.* pluribus. adde Gilhauf. *A. C. cap. 2. tit 34. §. 2. num. 115.* ubi de actione hac intra terminum instituendâ agit. Sic

Sic felix cum Jova fit F I N I S.

Cor. I Exceptio excussionis tam in pignore generali qua speciali obtingit.

Cor. II Divisio Reip. in Monarchia Aristocr & Politia est essentialis.



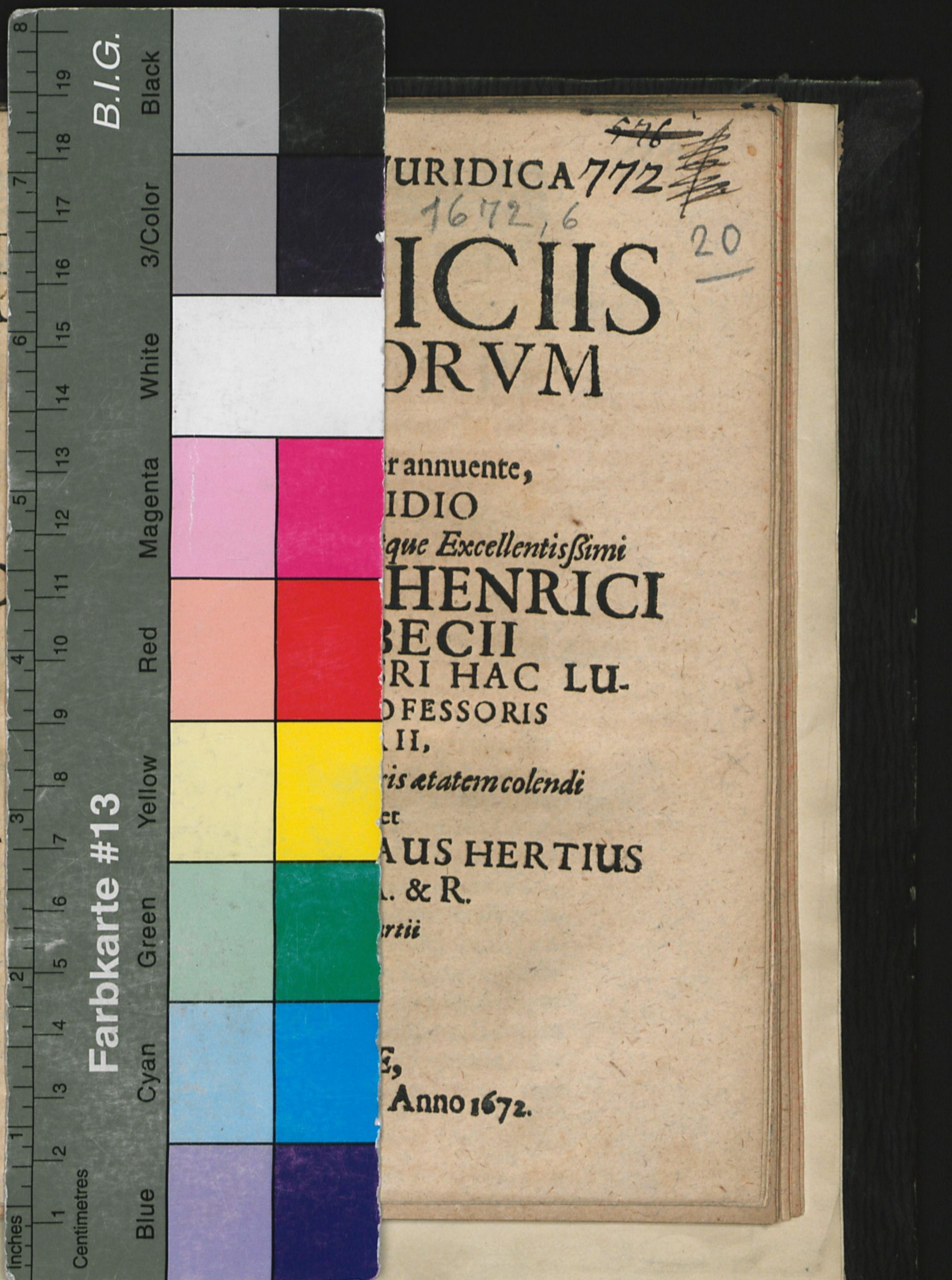


(X2617988)

VD17







Inches
Centimetres

B.I.G.

Farbkarte #13

Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black

~~576~~
URIDICA 772
1672,6

20

ICIIS
DRVM

r annuente,
IDIO

que Excellentissimi

HENRICI
BECII

RI HAC LU.
OFESSORIS

II,

is atatem colendi

et

AUS HERTIUS

. & R.

rtii

3,
Anno 1672.