





1768

1. Hoff

2. Scher

Je

1769.

1. Car

bi

2. Cong

ere

3. Hoff

dit

4. Hoff

Tub

5. Hoff

appe

bi

6. Hoff

Brit

7. Hoff





DISSERTATIO INAUGURALIS IURIDICA  
SISTENS  
QVÆSTIONES QVASDAM  
DE  
BENEFICIO ORDINIS  
SEV EXCVSSIONIS.

1770/1

M

9. 2. 1770

QVAM  
IUVANTE DEO T. O. M.  
RECTORE EBERHARDINO-CAROLINÆ  
MAGNIFICENTISSIMO,  
SERENISSIMO AC POTENTISSIMO DVCE AC DOMINO,  
DOMINO

CAROLO,  
DVCE WIRTEMBERGIAE ET TECCIAE  
rel. rel.

INDVLTV ILLVSTRIS IVRIS CONSVLTORVM ORDINIS,  
PRAESIDE  
PATRE

EBERHARDO CHRISTOPH. CANZ,

PHIL. ET V. I. D. HVJVSQVE PROF. PVBL. ORD.  
SERENISS. DN. DVVIS CONSILIARIO  
PRO GRADV DOCTORIS

Die Sept. MDCCLXX.

H. L. Q. C.

DEFENDET  
AVCTOR

CHRISTIANVS GOTTLIEB CANZ, Tubingensis,  
SVPREMI ADEPELLATIONVM TRIBVNALIS WURT. CAVSARVM PATRONVS.

TVBINGÆ, LITTERIS JO. AD. SIGMVNDI.












## DISSERTATIO.

§. I.

### PRÆLOQVIUM.

 Mirum forte videri posset, me argumentum de beneficio excussionis thematis inauguralis loco elegisse, argumentum, uti videtur, dudum exhaustum a pluribus, & adeo tritum, ut quotidie in foro obvenire soleat; de eoque vix quicquam amplius dici queat. Magna eorum series, allegari posset, qui vel data opera hoc ipsum excusserunt, argumentum, vel certe, quoties de fidejussoribus egerunt, illud negligere nequaquam potuerunt. Prius itaque, quam ad rem ipsam accedam, haud abs re futurum esse arbitror, si vel brevissimis thematis a me propositi rationem aliquam reddam, illudque ab objectionibus hujce & similibus vindicem. Haud recte illos agere, qui acta agunt, qui dudum ab aliis exhausta mere repetunt, recoquantque, immo minus recte illos agere, si tantia plauie in Dissertatione inaugurali proponant, nemo facile inficias iuerit. Verum non statim illi trita & inutilia proponunt, qui ea tractant, de quibus jam alii scripserunt, nullum enim facile argumentum adeo est exhaustum, ut nihil amplius addi possit, maxime si principiorum spectes adplicationem ad varios casus variæque objecta, quæ non potest non infinities variare plurimisque læpius exposita esse dubitis, immo, & illum non plane nihil

A 2





nihil agere arbitror, qui vel ipsa antiqua & sæpius dicta, eo tamen ordine & ad sua revocata principia proponit, ut res ipsa magis dilucidetur, faciliorque fiat principiorum ad casus propositos applicatio.

§. I.

*Instituti Ratio.*

Siquidem illi evolvantur, qui de beneficio excuss. vel ordinesque, quod vocant, scripserunt, facile deprehenditur, principia rationesque, quibus hoc ipsum superstruunt beneficium, aliquando non ita determinata atque concludentia esse, ut ex iis quicunque casus obvientes decidi possint. aliquando autem scriptores unice versari in casibus recensendis, quibus hoc beneficium locum habere, vel non habere statuunt, in hisque ipsis casibus decidendis nonnunquam dubios hæere. Cujus rei ratio iterum nulla esse potest alia, quam ea, quod scilicet circa verum fundamentum & genuinam hujus beneficii rationem fluctent, quæ si certa sit, & prorsus evicta, fieri vix potest, ut dubium aliquod momenti, si casus proponatur specialior, an scilicet hujus beneficio locus sit, nec ne? superiit. Quamobrem mecum constitui, tentare, quid valeant humeri, quid ferre recusent circa fines justos hujus beneficii regundos, & stabilienda principia, quibus superstrui possit decisio nonnullorum casuum, qui dubii adhuc videri poterant, vel hætenus decisos invenire mihi non licuit.

§. II.

*Finis Dissertat.*

Non igitur de beneficio excussionis in genere scripturus, sed de finibus regundis circa concedendum hoc beneficium vel non concedendum & casibus nonnullis maxime specialioribus sollicitus, multa hæc prætermittere possum, quæ alii de hoc beneficio dudum satis superque dixerunt. Neque etiam meum est definire hoc beneficium, cujus definitionem hæc suppono, sed hoc potius mihi agendum esse puto, ut in fundamentum & causas hujus beneficii inquiram, ut inde determinare liceat, quousque competat, & quando frustra ad illud provocet fidejussor, vel alius



alius similis accessorie obligatus, atque eo facilius mihi paretur  
via ad decidendos nonnullos casus ab aliis vel plane non tactos,  
vel controversos certe & dubios (a)

(a) Videtur quidem hic labor frustraneus esse, ex quo in lucem proliit elegantissima  
& eruditissima Commentatio JOH. LUD. SCHMIDII *de fidejussore principali-  
ter obligato*, quae adeo omnia fere exhaustit, ut vix amplius quicquam dici posse  
videatur. Interim tamen, vel ex ipsa inspectione facile patebit, latius patere il-  
lam commentationem, & omnes casus pertractare, quibus ex quacunq; causa sive  
ex persona ipsius fidejussoris, sive ex persona debitoris, sive tandem ex persona  
creditoris cessat beneficium excussionis, meum autem thema speciale saltem esse,  
& rationem praecipue habere nonnullorum casuum specialiorum vel alibi plane non  
decisorum, vel certe controversorum adeoque magis alicujus spicillegii loco esse,  
facile quisque percipiet. Edidit quidem etiam REINHOLD SOMMER *Regiom.  
A. 1715, Diss. de fidejuss. beneficio ordinis non gaudentibus*, sed praeterquam,  
quod multum abist, quin omnem hanc materiam haec Dissertatio exhauriat, non  
nulla etiam, quae ibi derprehenduntur, ita sunt comparata, ut nondum extra  
omnem dubii aleam posita videantur.

III.

*Quae fuerit fidejussorum conditio antiquissima.*

Priusquam ad ipsum hoc beneficium ejusque fundamentum &  
rationem accedam, brevibus inquirendum videtur, in primam il-  
lam fidejussorum conditionem, qualis ea fuerit ante introdu-  
ctum à Justiniano beneficium ordinis, ut inde eo facilius judicari  
possit, quid a Justiniano fuerit mutatum? Extitisse jam prius  
temporibus aliquam legem, qua fidejussor ante principalem de-  
bitorem conveniri vetabatur, vix quisquam dubitaverit. (a) Et  
licet illa lex vel universaliter non fuerit observata, vel postea certe  
ex parte iterum in desuetudinem abierit, manserunt tamen ejus-  
dem haud pauca vestigia in Digestis & in Codice. (b) An ve-  
ro tale quid jam in LL. XII. Tab. sancitum fuerit, nondum  
certum est atque evictum, hinc qualis fuerit illa lex antiqua, in  
medio relinquo. (c)

(a) Et quod talis lex extiterit, ipse Justinianus in Nov. 4. asserit, qui simul fatetur,  
contenta hujus legis, usu approbata non fuisse.

(b) Exempla vero habentur in iis, qui apud rom. pro magistratibus fidejusserunt l. 3.  
§. ult. de adm. rerum ad civit. pertinentium. Sic etiam aliquando ex aequitate alii  
post alios erant conveniendi, nimirum v. g. plures tutores, magistratus, &c. l. 3.  
§. 2.





- §. 2. l. 39. §. 11. de adm. tut. l. 3. pr. de adm. rerum ad civit. pert. l. 1. C. si tutor vel Curator L. 6. C. arb. tut. l. ult. C. de div. tut. LAVTERBACH de benef. excus. §. 9.  
 (c) Certe ex Ciceronis Epistola ad Atticum L. 16. Ep. 15. ad quam provocat Franzk. Resol. L. I. Resol. 12. vix hoc probari poterit, hic enim locus plane nullam LXXII. Tabb. mentionem facit.

## §. IV.

*Continuatio prioris §phi.*

Exstitit igitur olim aliqua lex, quæ fidejussores ante principales debitores conveniri vetuit quidem, sed exceptis paucis casibus in defuetudinem ita abiit, ut ne quidem determinata ac certa ejus memoria remanserit, sed illa Legislatio a Justiniano demum ad usum revocanda videretur. Jure potius tum Digestorum tum Codicis fidejussores æque conveniri poterant ac principales debitores, interque hos & fidejussores erat correalis obligatio, adeo, ut in creditoris arbitrio esset, utrum prius convenire mallet: (a) Neque hoc ipsum abs re erat, ideo enim aliquis videbatur fidejussores accepisse, ut eo certius suum reciperet, in majorem scil. securitatem, & ut saltem minori incommodo illud reciperet. Jam vero multum interesse poterat, an ab hoc potius, an ab illo suum consequeretur creditor? præterea etiam fidejussores simpliciter tales, de quibus mihi heic sermo est, simpliciter & sine ulla conditione atque restrictione se obligaverant, (b) hinc etiam illis, licet vel ante debitorem principalem convenirentur, non videbatur fieri aliqua injuria, conveniebantur enim ex sua conventionem, in qua excussionem præcedentem principalis debitoris sibi non reservaverant. (c)

- (a) L. 51. §. 3. ff. de fidejuss. L. 56. pr. ff. mand. l. 2. L. 3. L. 5. L. 21. C. de fidejuss.  
 (b) Hinc multum differebat, & hodie differt fidejussor simpliciter talis a fidejussore indemitatis, ille enim sese simpliciter obligat, sine restrictione & conditione, hic autem saltem se obligat in illum casum, si creditor suum a principali consequi non potuerit; adeoque sub conditione, qua nondum impleta recte a creditore conveniri nequit, illi igitur etiam veteri jure, & nondum introducto beneficio excussionis, tuti erant a creditoris molestia, prius, quam principalis reus excussus erat. Obligatio enim eorum saltem conditionalis erat, adeoque hætenus suspensa, nec, debitore scil. nondum excusso creditoris nata erat actio adversus fidejussorem L. 116. ff. de V. O. L. ult. pr. ff. de R. C. L. 21. ff. de solut. l. 6. ff. de Novat. L. 41. ff. de fidejuss. l. 2. C. de fidejuss. tut. Hi autem cum eorum obligatio, adeoque etiam actio, jam nata esset, nihil obita.



obstat, quo minus statim conveniri possent. *LAVTERBACH Disp. de indemnitate fidejussore, c. 3. §. 37. seqq.* Hinc etiam formulæ veterum erant distinctæ, in fidejussore simplici formulæ hæc erat: *Fide tua esse jubes? Fide mea jubeo. Fide promittis? Fide promitto.* In fidejussore autem indemnitate formulæ esse solebat. *Quanto minus a Tirio debitore excegissim, tantum fidejubes?* *BARNABAS BRISSONIVS Tr. de Formulæ, & solemnibus Populi Romani verbis, L. 6. c. 188. p. Edu. Bachiana 549.*

- (c) Uti enim nec alii correo debendi injuria fit, dum ex obligatione sua, quam in solidum contraxit, statim solus & omisso altero conveniatur, L. 4. C. de duob. reis L. 5. C. Si cert. pet. ita idem quoque de fidejussoribus, qui correaliter obligati erant, dicendum videbatur. Immo quod apud veteres etiam Germanos eorumque maximam certe partem fidejussores pariter fuerint obligati correaliter, nec beneficio ordinis sese tueri poterint, multis legibus & auctoribus probat Schmid in tract. supra citato sect. 2. C. 3. §. 141. & seqq. id, quod etiam docet antiqua illa juris præmia *Bürger muß man würgen.* *HERTIVS* in præem. jur. L. 1. præem. 94. & *EISENHARDT Grundsätze der Deutschen Rechte in Sprichwörtern, pag. 327.* Et hodiernum multis in locis beneficium excussionis locum non habere, v. g. inter Hispanos, in Delphinatu, atque nonnullis Italiæ districtibus &c. probat *HERING* in tract. de fidejussoribus p. I. C. 17. n. 256. Et quod idem obtineat jure Austriaco, Norimbergensi, Jütico, Dithmarfco, Hamburgensi, aliisque, probat laius *SCHMID* in alleg. tract. §. 49. & seqq.

## §. V.

*Quæ fuerit jure Justiniano?*

Tandem Justinianus jus antiquum iterum restituit, & cum antea privati certe fidejussores pro lubitu creditorum, vel ante vel post debitorem principalem conveniri possent, noluit illos amplius conveniri nisi excussis prius principalibus debitoribus (a) & ita, cum in nonnullis saltem casibus jus antiquum obtineret, hoc prorsus revocavit ad usum, instauravitque. (b)

(a) Nov. IV. c. 1. & Avth. Præsentetur C. de fidejuss.

(b) Primus itaque Author hujus sanctionis non dici potest Justinianus, qui quippe antiquum saltem jus & obsoletum restituit. Licet eatenus, quatenus antiqua restauravit, & forte auxit, recte Author dici queat eodem vel plane majori jure, quo se Authorem legitimæ per subsequens matrimonium proficitur. l. 5. l. 7. l. 10. C. de nat. lib. Nov. 39, c. 7. 2.

## §. VI.



§. VI.  
*Aequitas hujus Sanctionis.*

Fundatum est hoc beneficium in ipsa naturali aequitate. Nulla enim ratio esset sufficiens conveniendi fidejussorem ante principalem debitorem, sed potius major est ratio conveniendi principalem debitorem, cujus causa tamen principaliter & ex intentione agentium debitum contractum est, & ad quem utilitas ex contractu vel negotio principaliter pertinet. (a) Et, cum hoc modo creditor plane nullum damnum patiatur, sive debitorem principalem sive fidejussorem prius excutiat, contra vero fidejussor, si prius excutiat, inani adficiatur molestia, cum solvere cogatur, quod non accepit, & quod solvit, deinde per novum processum a debitore repetere teneatur, si scilicet fidejussio facta non fuerit donandi animo. Immo hoc modo vel ipsa resp. inanibus atque non necessariis litibus cumularetur, atque obrueretur. (b) Supponitur enim debitor solvendo esse, & creditor suum ab eodem aequae commode consequi posse, ac a fidejussore, nulla igitur, introducto beneficio excussionis, creditori infertur injuria, neque vero debitori fit injuria, cum solvat saltem, quod debet, immo plus rationis sit, ut ipse solvat, quam ut fidejussor solvat.

- (a) Eandem naturalem rationem agnoscit ipse Imperator in alleg. Nov. 4. cap. 1. verb. *neque negligens debitoris fidejussoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum qui aurum accepit, debitumque contraxit, & si quidem inde receperit, ab aliis absteat, quid enim ei in extraneis erit, a Debitore completo.* Apparet enim ex verbis novellae citatis, supponere imperatorem, nullam rationem esse, cui molestia creetur fidejussori, & hanc molestiam fore inanem, cum enim a principali debitore suum recipere possit creditor, ita futurum esse, ut sine ratione sufficiente conveniantur fidejussores; immo plus rationis esse, ut principales debitores conveniantur, qui scilicet ipsi contraxerunt, & ad quos uti ait, aurum pervenit, principaliter ex isto negotio utilitatem percipiunt.
- (b) LAVTERBACH *Diff. de benef. excuss. §. 1. ad h. l. o. de except. rei judic. l. 21. R. C.*

§. VII.

*Justinianus tamen non plane sustulit correalem fidejussorum obligationem.*

Justinianus igitur concessit quidem fidejussoribus beneficium excussionis, sed saltem per modum alicujus exceptionis, neque peni-



penitus abrogavit correalem illam obligationem, qua fidejusso-  
 res jure romano creditoribus adstringebantur. (a) Cum enim Ju-  
 stinianus correalem hanc obligationem fidejussorum & actionem  
 creditorum non sustulerit, heic obtinet regula, quod ea, quæ  
 novis legibus non sunt mutata, salva manere debeant, (b) &  
 quod jura nova atque correctoria strictæ sint interpretationis (c),  
 & cum heic fidejussores simpliciter tales subintelligantur, qui  
 sine restrictione & limitatione sese obligarunt, ne potuit quidem  
 facile Justinianus illam obligationem tollere, cum ex ista con-  
 ventione creditoribus jus jam quæsitum fuerit, quod salva justi-  
 tia iisdem adimi haud poterat. (d) Immo ipse Justinianus per  
 mox dicenda, non absolute voluit fidejussores post principalem  
 reum conveniri, sed saltem in nonnullis casibus, jam verò si actio  
 fuisset sublata, vel certe non nata, nisi excusso debitore princi-  
 pali, his casibus exceptis, non potuisset institui. Idem etiam  
 facile a posteriori probari poterit, quia huic beneficio non est locus,  
 si eidem expresse vel tacite renunciatum fuerit, nec si exceptio  
 non fuerit opposita, iudex ejus rationem potest habere, cum  
 enim omnibus his in casibus fidejussor statim conveniri queat,  
 non potest non actio subsistere & nata esse alias enim creditor  
 ageret sine actione, quod esset absurdum. (e) Hinc quin etiam  
 hodiernum differentia haud levis intercedat inter fidejussorem sim-  
 pliciter talem, & indemnitate, nemo dubitabit. (f)

(a) Non igitur actio ipsa sublata est, sed saltem exercitium ejusdem hætenus est su-  
 spensum, donec debitor principalis fuerit excussus, & ante huius excussionem cre-  
 ditor non nulliter, & sine actione, sed saltem præmature agere videtur. *Lib. de  
 benef. excuss. §. 45.*

(b) *L. 26. l. 27. l. 28. de LL. l. 35. C. de inoff. test. l. 27. C. de testam. Cap. I. de  
 Constit. in sexto. B. D. SCHWEDER in Conf. Tub. Vol. 6. Conf. 61. nro. 55.*

(c) *Novella 27. pref. in fine. nov. 118. cap. 2. Quod enim correctum non est, cur  
 stare prohibetur? l. 32. C. de appellacionibus. TEXTOR ad Recept. Imp. noviss.  
 Disp. 14. Th. 78.*

(d) *l. 11. ff. de R. J. l. ult. ff. de pact. PETR. ANT. DE PETRA de jure qua-  
 sita non tollendo cap. 24. B. D. SCHOEFF in Conf. Tubing. Vol. 9. Conf. 29. n. 27.*

(e) Sive actione enim nemo in iudicio agere potest, hinc etiam exceptio actionis non  
 competentis ejus est nature atque indolis, ut omnem agentem statim a iudice  
 dicat

B





dicium repellat l. 6. §. ult. de negot. gest. l. 9. §. 3. de adm. & per. tut. Unde etiam iudex ex officio & non imploratus hanc exceptionem supplere, atque adorem repellere potest. GRASS. in collat. iur. civ. cum R. 7. sect. 10. §. I. pag. 470. & seqq. idem in prax. ant. mod. act. civ. & pretor. cap. l. sect. 2. §. 10. B. D. SCHÖTZER in Conf. Tub. Vol. 9. Conf. 2. n. 33. & sqq.

(f) Indemnitas enim fideiussorem ipso iure tutum esse, dum scilicet principali debitor nondum excusso, Creditori nulla adhuc quaesita est actio, nec ea adhuc est nata, extra dubium est. Condicio enim pendens omnem suspendit obligationem. Hinc & conditionales dicuntur creditores, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel, qui spem habent, ut aliquando competat. L. 14. ff. de V. S. L. 14. §. 1. ff. de novat.

### §. VIII.

#### *Quousque fideiussores ad beneficium excussionis recte provocent?*

Cum igitur ex antecedentibus adpareat, Justinianum veterem illam fideiussorum correalem Obligationem non sustulisse, sed saltem ejusdem exercitium restrinxisse. Queritur jam, quousque igitur fideiussores hodiernum vi correalis illius obligationis conveniri queant, ita ut ad illud beneficium novæ constitutionis sive excussionis & ordinis provocare nequeant, vel ad illud recte provocent? hoc ipsum adparebit ex ipsa Imperatoris ratione, qua commotus fideiussoribus beneficium excussionis concessit. Ratio ab Imperatore ipso agnita atque adprobata est illa ipsa regula æquitatis, quod sine ratione sufficiente singularis molestia fideiussoribus non sit creanda, quia ubi per conventionem debitoris principalis creditoris conditio non fit deterior, hic sine ratione illis molestus fieret. Unde jam prout aliter; quousque hoc ipso, quod creditor suum a debitore repetit, creditoris conditio non fit deterior, eousque etiam, si prætermisso debitore principali fideiussorem adiverit, hic recte provocat ad beneficium ordinis. Dum enim hoc ipso, quod debitorem convenit, ejus conditio non fit deterior, nulla est ratio sufficiens, fideiussorem incommodo aliquo adficiendi plane superfluo & haud necessario, hocque ipso subest ratio Imperatoris, qua motus, hoc beneficium introduxit, recte igitur fideiussor illo sese tuetur. Contra vero: Quo-



ties creditoris conditio, si a debitore suum repetere teneretur, deterior fieret, toties etiam fidejussori haud prodest beneficium ordinis. Non enim indistincte Justinianus concessit hoc beneficium, sed saltem cum creditoris nihil interest, utrum conveniat debitorem principalem, an fidejussorem? ubi igitur cessat ratio, ibi etiam non potest non cessare legis dispositio. Præterea ipse Justinianus non eo saltem casu, quando debitor principalis non est solvendo sed etiam absente debitore licet forsitan solvendo esse queat, negat, locum esse huic beneficio, ipseque addit rationem, acerbum enim esset, creditorem mittere alio, cum mox interesse, fidejussorem &c. possit exigere. Ipse igitur allegat incommodum creditoris tanquam rationem, cur illis in casibus beneficium ordinis locus esse haud possit, & agnoscit hanc propositionem, quod ubi sine acerbitate atque incommodo suum creditor a debitore consequi nequit, vel quod tantundem est, ubi ejus interest, vel ejus conditio deterior fieret, beneficium ordinis cesset.

§. IX.

*Continuatio prioris paragraphi.*

Quotiescunque igitur non nisi majori cum incommodo creditor suum a debitore consequi potest, quam a fidejussore, toties recta via sine formidine exceptionis ordinis adire potest fidejussorem. Non vero heic plane quodvis sufficit incommodum, (a) vel tale, quod plerumque cum omni debiti exactione solet esse junctum, alias enim nunquam fere fidejussor hac exceptione sese tueri posset, sed tale requiritur, quod rarius junctum esse solet cum debiti repetitione, vix enim aliquod datur, cujus repetitio certe non cum aliqua juncta foret molestia, sed tale requiritur quod aliquo modo extraordinarium est; sic nec sufficit quæcunque debitoris morositas, quousque ea mediis ordinariis coerceri potest. Unde facile apparet, hoc ipsum incommodum, quod jam creditor actione in judicio instituta, suum a debitore persequi debeat, non sufficere, ideo enim comparata & in promptu sunt legitima remedia, & semper tacite supponitur, aliquem mediis ordinariis usum fuisse vel sine majori & extraordinario quodam





dam incommodo uti non potuisse. Unde tum demum fidejussorem recte conveniri affirmat Justinianus, si creditor sum vel in totum vel pro parte a debitore consequi non poterit, id est, adhibitis quoque remediis ordinariis, & excusso etiam, quando opus erit, judicialiter debitore.

(a) Hinc nec Justinianus indistincte omnem absentiam sufficere statuit, sed eam tantum, quæ alicujus est momenti, ita, ut ob hanc moram creditoris singulariter interesse possit, non igitur talem, qualis sæpius accidere potest, hinc etiam fidejussori integrum reliquit, ut a iudice peteret certum terminum, intra quem debitorem sistere posset. *all. nov. 4. c. 1.* Unde facile intelligitur, tale heic Imperatorem supponere incommodum, quale non frequentius & ordinarie cum debiti exactione est conjunctum, sed quod rarius est, & aliquo modo extraordinarium. Hinc etiam impedimentum aliquod magnum difficilisque removendum requirit supra laudatus Schmid in cit. tract. sect. 2. C. 2. §. 114. & seq. Quale non est conventio debitoris principalis coram iudice.

### §. X.

#### *Quando minus recte Fidejussor provocet ad Beneficium ordinis.*

Tum igitur fidejussor minus recte provocat ad beneficium ordinis, cum  $\alpha$ ) vel debitor ipsam jam excussus & non solvendo est, vel  $\beta$ ) cum solvendo quidem est, at *non sine molestia conveniri potest.* non solvendo esse potest, sive in totum, sive pro parte. Vtroque tamen casu fidejussor recte conveniri potest: *priori casu quidem in solidum*, posteriori autem pro illa parte, in qua defecit, debitor principalis. Contra vero non sine molestia conveniri posse videtur debitor principalis, si ita comparatum sit illud incommodum, ut *probabiliter creditor sine fidejussore non credidisset*, si ipsi hoc incommodum fuisset cognitum, & tale, quod non forte huic saltem vel illi nimis delicato creditori molestum futurum esset. Hujusmodi si præsto sit *incommodum*, adeoque *extraordinarium*, nec cum omnis regulariter debiti exactione vel frequentius certe conjunctum, quodque & aliis grave videretur, sine excussione debitoris principalis, fidejussorem recte convenit creditor. (a)

(a) His suppositis, jam facile erit intellectu, ad quid iudici sit respiciendum, circa arbitrium, an tale impedimentum vel incommodum magnum sit & sufficiens ad con-



conveniendum statim fidejussorem, an non? Certum enim est, in æstimanda gravitate illius incommodi vel impedimenti plurimum redire ad iudicis arbitrium, ex circumstantiis arbitrari, an sufficiens sit, nec ne? Schmid all. Tr. sect. 2. cap. 2. §. 115. Interim tamen iudicis hac in re arbitrium ad aliquam normam adstrictum esse oportet, ne minus vagum sit.

## §. XI.

*Transitus ad casus speciales.*

Hiscæ præmissis facile jam, vel certe non adeo difficulter resolvæ poterunt quæstiones forte specialiores. Constitui enim tentare resolutionem nonnullorum casuum, quos mihi vel alibi invenire non licuit, vel qui dubii certe sunt, & resolutu paullo difficiliore. Non igitur omnes propositurus sum casus, quod vix possibile esset, immo ne omnes quidem dubios & controversos, in aliis igitur remitto Lectorem ad Eos, qui de beneficio excussionis, data opera scripserunt, sed nonnullos tantum vel non facile alibi obvios, vel difficiliore & forte controversos. (a)

(a) Plurimos hujusmodi casus, quibus locus non est beneficio ordinis collegerunt BERLICH. P. II. Concl. 24. ubi non multo pauciores, quam centum recenset casus, quorum tum multi adhuc dubii sunt, & HERING. Tr. de Fidejussoribus, P. I. c. 27. n. 186. sqq.

## §. XII.

*Quæstio Prima.*

Supra dictum, fidejussorem minus recte provocare ad beneficium excussionis, si a) vel debitor jamjam excussus, & non solvendo est, vel b) si solvendo quidem est, at non sine molestia conveniri, & creditor suum ab eo consequi potest. Hinc nonnullas jam formabo quæstiones, quæ ex supra allegatis principiis forte haud adeo difficulter poterunt resolvæ. Quæstio prima hæc est: si debitor excussus, bonisque cedente, creditori termini longiores assignentur, ita, ut intra longum tempus suum a debitore consequi nequeat, queri potest, an creditor omisso principali, statim ad fidejussorem venire queat? supra jam dictum, Imperatorem Justinianum, post introductum beneficium ordinis, correalem fidejussorum obligationem minime penitus abrogare, sed tantum ejusdem abusum, qui



qui olim frequens erant, cœercere atque impedire voluisse quin igitur Creditoris actio nihilominus salva maneat, nullum est dubium. Hoc itaque in decidenda hac quæstione suppono. Quæstionem autem ipsam affirmandam esse puto, & quidem ex rationibus sequentibus. Probari hoc potest ex ipsa nov. 4, ubi Imperator exceptionem aliquam facit a regula, per verba: *Si vero principalem abesse contigerit, acerbum erit creditorem mittere aliud, cum possit intercessorem, aut mandatorem, aut Sponsorem mox exigere.* Ipse itaque Imperator casum absentię debitoris excipit, & quando debitor absens est, beneficium ordinis cessare affirmat, debitore intra certum temporis spatium à iudice determinatum a fidejussore non exhibito. Jam vero si propter solam absentiam, & quando solutio creditori facienda in justo longius temporis spatium differatur, ex ipsa Imperatoris mente hoc beneficium cessat, idem, ex eadem ratione, dicendum erit, quando creditor præsens quidem est, sed non aliter nisi post longum temporis spatium, atque præterea per particulares exiguæ forte summæ solutiones suam a debitore consequi potest. Quid enim magis acerbum atque molestum esse potest creditori, quam per tantum temporis spatium pecunia sua carere debere, ex qua forsitan ipsi magnum adhuc sperandum erat emolumentum? Accedit etiam hoc, quod incommodum creditoris ita sit comparatum, ut plane extraordinarium sit, non cum exactione cujusvis debiti conjunctum, tale enim incommodum, quod non cum cujusvis debiti exactione est conjunctum, sine dubio cessare facit beneficium excussionis. Ex generali enim illa regula supra jam tradita, beneficium ordinis toties cessat, quoties res debitoris ita sunt comparatæ, ut sine molestia extraordinaria & haud levi suam a debitore recipere nequeat, hoc enim in casu beneficium excussionis cum in speciem aliquam iniquitatis incideret, locum habere nequit. (a) Et Brocardicum Juris heic obtinet: Quod ea, quæ difficulter fiunt, perinde habeantur, ac si plane fieri non possent. Licet enim Imperator in præcipuis allegata novella absentię tantum mentionem fecerit, nihilominus tamen verosimillimum est, eum non solum absentiam, sed omnes reliquos casus, ubi vel eadem, vel major plane æquitatis ratio adest, comprehendere voluisse: Præterea *Ddres in eo unani-*



unanimiter consentiunt, sub absentia non tantum verè & proprie talem, sed omnem conveniendi difficultatem in genere comprehendendi. Fidejussor itaque hoc in casu statim conveniri poterit *cessis tamen ipsi prius a creditore actionibus*, antea enim ad solvendum non potest compelli.

(a) Lib. de benef. excuss. §. 42.

§. XIII.

*Quaestio secunda.*

Vti maxima ereditorum pars debitori partem debiti remittere potest, ita, ut reliqui deinde creditores eandem partem aliquotam debitori vel inviti remittere teneantur, ita (a) notum est, dari etiam tale pactum præjudiciale dilatorium, ita ut si maxima creditorum pars debitori dilationem concedat, & reliqui expectare teneantur. Quæri igitur recte potest; *quid si maxima pars creditorum debitori dilationem concedat, an interim creditor, qui hoc casu vel invitus reliquorum pacto stare tenetur, convenire possit fidejussorem?* Ad decidendam hanc quaestionem ante omnia necessarium erit, ideam pacti dilatorii paullo acuratus determinare, ut eo melius constare possit, utrum hoc in casu fidejussor conveniri possit nec ne? Est autem pactum dilatorium nihil aliud, quam conventio aliqua inter creditorem & debitorem inita, de differenda solutione vel ad certum & determinatum temporis spatium, vel in genere eousque donec debitor ad meliorem venerit fortunam, atque a pacto remissorio in eo differt, quod in hoc pars debiti aliquota remittatur, in illo autem nulla pars debiti remittatur, sed saltem solutionis dilatio concedatur. Ex hac ipsa definitione adparet, hoc pactum magnum asserre creditori præjudicium, neque illud nisi in summa necessitate a creditore iniri. Sic enim creditor pecunia sua, ex qua interim magnum percipere potuisset emolumentum, carere debet, adeoque revera ratione temporis minus recipit, quam delit. Præterea regula supra jam tradita huc quoque adplicari potest, quod, si creditor absque notabili incommodo suum recipere nequeat, beneficium excussionis cesset. Ex his itaque satis luculen-



culenter adparet, hanc quæstionem pariter esse adfirmandam. Quando enim creditor ex ipsa Imperatoris mente propter solam absentiam, & ideo, quia per hanc absentiam solutio nimis diu protrahitur, fidejussorem statim convenire potest, æque hoc dici poterit de hoc nostro casu. Tale enim hoc est incommodum quod statim in oculos incurrit, atque manifestum est. Et id quod modo dixi de pacto dilatorio, suo modo etiam dicendum erit de pacto præjudiciali remissorio ipso, ob eandem rationem. (b) Et hoc enim casu fidejussor statim conveniri potest, certe novo jure, quoad illam partem, quam a debitore principali consequi haud potuit creditor, cum olim statim infolidum conveniri potuisset. Hoc casu enim constat, debitorem pro parte haud esse solvendo, quo casu per se semper cessat beneficium excussionis. Quia tamen vi hujus ipsius pacti debitor ad solvendum totum debitum non est obligatus, hinc etiam fidejussor, licet totum solverit, tantum partem a creditoribus non remissam a debitore actione mandati vel negotiorum gestorum repetere potest argumento L. 7. de pact. Hinc & eadem Lex probat pactum dilatorium fidejussori non prodesse. Obstare tamen aliquo modo videtur sententiæ huic paulo ante a me prolatae, quod exceptio pacti debitori competens, alias etiam competat fidejussori. Jam vero, si pactum etiam prodest fidejussori, sequitur etiam pactum dilatorium eidem prodesse. At respondeo ad hoc dubium, quod hæc sententia vera sit eo tantum casu, quo creditor in pactum consentit, hinc statim adparet, quod si invitus pactum ab aliis initium servare teatur, fidejussor non possit uti exceptione hujus pacti. L. 58. §. 1. mandat. Hoc itaque pacto non obstante, fidejussor hoc casu statim poterit conveniri a creditore. Deinde etiam obstat, quod tamdiu exceptio ordinis profit fidejussori, quamdiu spes aliqua superest, fore, ut debitor creditori aliquando possit satisfacere. Quando autem dilatio conceditur debitori, interim ad meliorem poterit venire fortunam, adeoque debitori satisfacere. Verum enim vero ex supra dictis jam adparet, spem tantum aliquam longinquam atque remotam, fore, ut aliquando debitor ad meliorem veniat fortunam non sufficere posse ad excludendum beneficium excussionis, atque spes hæc ipsa jam satis mole-

stie  
seus  
atque  
ordi  
erit

(b)

(b)

no  
ri  
in  
ri  
ta  
te  
fi  
ge  
n  
ta  
p

stie



stiāe atque incommodi creat creditori, & quamvis si debitor ab-  
sens sit, multum spei adhuc superfit, fore, ut debitor revertatur,  
atque creditori satisfaciatur, nihilominus Imperator beneficium  
ordinis cessare statuit, ergo idem etiam de hoc casu dicendum  
erit, ex eadem ratione,

(a) L. 7. §. 19. L. 8. de pact.

(b) L. 11. de præjud. pact. remiss. majoris partis creditorum §. 49. STRUK de abusu  
rescripti moratorii. c. 2. §. 3. L. 58 §. 1. mand. ubi expresse dicitur, quod si major  
creditorum pars consentiat in remissionem alicujus partis debiti, & illud a præ-  
tore fuerit decretum, ut creditores portionem ab hæredibus ferant, creditorque,  
quo absente pactum hoc cum debitore initum fuit, mandatorem conveperit, man-  
dator non eandem, quam principalis debitor habeat exceptionem, nisi creditor  
quoque præfens apud prætorem consensisset. Lex itaque ipsa asserit, fidejussori non  
prodesse eandem exceptionem, quæ debitori principali, ex hac ratione, quia cre-  
ditores, de quibus hic sermo est, non consentiunt in hoc pactum.

§. XIV.

Quæstio] tertia.

Fieri interdum potest atque sæpius solet, ut debitoribus si-  
ne sua culpa ad inopiam redactis, concedat rescriptum morato-  
rium vel princeps & status cujusque territorii, vel Imperator  
in toto imperio, quod nihil aliud est, quam beneficium debito-  
ribus citra culpam ad inopiam redactis & adversa fortuna facultatibus  
lapis, superioris rescripto concessum, ne intra certum  
tempus debita sua creditoribus solvere compelli possint. (a) Et  
hinc quæri potest, an concessio hoc beneficium debitori, fidejussor, si  
quis datus fuerit, gaudeat beneficium ordinis? Supra jam dictum, be-  
neficium ordinis toties fidejussori denegari, quoties non sine no-  
tabili incommodo & plane extraordinario suum a debitore reci-  
pere potest creditor. Ex hac itaque regula applicatio ad casum  
præsentem non admodum erit difficilis. Rescriptum moratorium  
debi-





debitori concessum magnum atque extraordinarium creare creditori incommodum, nemo facile negaverit. Quando enim creditor, qui forsitan alias statim solutionem exigere potuisset, per hoc rescriptum impeditur agere adversus debitorem, magnum patitur præjudicium. Nihil enim gravius atque molestius esse potest, quam si pecunia per tantum temporis spatium carere debet, ut multo minus emolumentum, quam alias si justo tempore fuisset soluta pecunia, exinde percipere possit: & si propterea solam absentiam, vi ipsius nov. 4. creditor fidejussorem, non excusso debitore principali, statim convenire potest, eadem certe erit ratio in rescripto moratorio. Ex his itaque adparebit, hanc quæstionem esse negandam. At dubitari tamen aliquo modo potest, annon fidejussores eodem beneficio debitori principali concessio etiam uti possint? sed cum hoc beneficium tantum personale sit, & ne quidem in hæredes debitoris principalis transeat, statim adparebit, illud multo minus ad fidejussores esse extendendum. (b)

(a) Confirmare videtur hanc sententiam LAVTERBACH *Diss. de Beneficio deserv. pri mortuarii c. 4. §. 17.* simul dissentientes allegans Carpzovium aliosque.

(b) Nec legali auctoritate hæc sententia destituitur. Arg. L. 12. jud. solvi ubi dicitur, si reus post judicatum solvi ab eodem datum in magistratu sit, nec invitus in jus vocari possit, tamen nisi res boni viri arbitratu defendatur, fidejussores tenentur. Sensus hujus legis non alius esse potest, quam hic, si debitor talis sit persona, quam vel ob dignitatem vel aliam quamcumque ob causam non nisi difficillime conveniri potest, fidejussorem conveniri, nec Exceptionalem personalem debitori competentem & fidejussoribus competere. Jam vero, quod rescriptum moratorium talis sit Exceptio personalis nemo invicias iverit.

## §. XV.

### Quæstio quarta.

Hactenus de specialibus nonnullis casibus, in quibus ratione debitoris beneficium hoc cessat. Jam in genere queri potest, quid



si debitor personali exceptione tutus sit? Non igitur heic loquor de reali exceptione, has enim etiam fidejussoribus semper prodesse, nemo dubitaverit. Ex antecedentibus dociso hujus quaestionis haud difficilis erit. Eadem enim principia quae prius stabilita fuerunt huc quoque sunt reducenda. Quando enim debitor exceptionem personalem creditori opponere potest, nemo dubitabit, ejus conditionem longe deteriorem fieri, atque incommodum hoc ita esse comparatum, ut si illud creditor praevldisset, plane non absque fidejussore crediturus fuisset. Accedit, quod beneficium hoc vel ideo hoc casu cessare debeat, quia personales exceptiones ejus sunt naturae atque indolis, ut plane non ultra personam debitoris extendi queant, ita, ut ne quidem haeredibus debitoris principalis prosint, multo minus itaque fidejussoribus. Quando autem hoc casu beneficio ordinis gaudere possent fidejussores, illis haec exceptio prodesset, quod foret contra intentionem atque mentem legislatoris. Ex his itaque factis sufficienterque adparebit, quaestionem supra propositam esse negandam. (a) Interim tamen aliquando etiam hoc casu fidejussori beneficium ordinis vix denegari poterit, quando nimirum debitor ab ipso creditore atque cum consensu ejusdem exceptionem talem impetravit. Non enim factum creditoris, qui talem exceptionem debitori sua sponte indulsit, tum nocere poterit fidejussori, tamquam tertio innocenti. Sic accidere possit, ut ipse creditor cum debitore pactum dilatorium iniret, vel pactum de non petendo ad certum tempus, vel etiam dum ille vivat, tum enim proprio suo facto fidejussoris conditionem deteriorem facere nequit. Sin autem ponatur casus, debitorem principalem v. g. habere beneficium competentiae, quod non ex pacto cum creditore natum est, sed incio, & forsitan saepius invito illo competit. tum nihil obstabit, quo minus creditor statim convenire possit fidejussorem, neque hic sese poterit tueri hac exceptione. (b) Obstet quidem aliquo modo, quod ideo tamen fidejussori haud denegandum sit beneficium ordinis, licet debitor principalis habeat v. g. beneficium competentiae, quoniam vi ipsius concessionis Imperatoris tantum juris obtinuit

edi-  
cre-  
per-  
um  
esse  
rere  
em-  
pro-  
em,  
dem  
are-  
ali-  
itori  
um  
prin-  
fide-  
  
deser-  
  
itur,  
in jus  
entur,  
a, qua  
venia  
peten-  
alis sit  
  
tione  
quid,  
f





fidejussor, ut prius excuteretur debitor principalis, qualis etiam ille est, qui vel exceptione competentæ vel quacunque alia exceptione personali uti potest adversus creditorem. At respondetur ad hoc dubium, non quidem negandum est, fidejussori beneficium ordinis a Justiniano fuisse concessum, at ipse tamen Imperator in sæpius allegata nov. 4. hanc thesin limitavit, si creditor æque commode suum a debitore principali consequi possit, ac a fidejussore, quod revera plane aliter sese habet in præsentem casu.

(a) l. 7. ff. de except.

(b) Aliud dubium hoc est. Si eo casu, ubi debitor sub conditione obligatus est, fidejussor pure non debet, sed Creditorem agentem repellere potest, sequitur, ut eo etiam casu, ubi debitor personali exceptione tutus est, fidejussor gaudeat beneficio excussionis: Eadem enim videtur esse ratio hoc casu, quæ in antecedentibus: Quia æque difficulter talis debitor obligatus sub conditione conveniri potest, ac ille, qui exceptionem pacti dilatorii vel remissorii opponere potest: Expectare enim debet creditor implementum conditionis, quod a mero pendet casu. At respondeo ad hoc dubium obitare aliquantulum visum: Aliam plane rationem esse inter debitorem exceptione personali gaudentem & inter debitorem conditionaliter obligatum, contra illum enim creditor habet quidem actionem ipso jure, sed ejus exercitium saltem per oppositam exceptionem impeditur. Hoc itaque casu si fidejussor conveniri non possit, creditori actio, quæ ipsi competit, plane inanis atque inutilis foret. Contra hunc vero qui conditionaliter obligatus est, creditor plane nullam habet actionem pendente hac conditione quia pendente conditione & fidejussoris obligatio pendet. Vbi enim nulla est actio sive nullum principale debitum, ibi neque accessorium subsistere poterit: Quia accessorium semper supponit principale aliquod. Vid. L. 2. §. 7. de fidejuss.

### §. XVI.

#### Quæstio quinta.

Haud raro creditoribus sive in concursu creditorum sive aliquando extra illum solutionis loco aliæ res, præter pecuniam à ju-



à giudice assignari, atque in solutum dari solent, fieri aliquando hoc posse, si alia solvendi media non habeat debitor, nec præcise id, quod in obligatione est, solvere queat, extra dubium est. (a) Hinc quæstio oritur: an creditor teneatur præcise acceptare has res in solutum datas, an vero illis repudiatis, statim convenire possit fidejussorem, cæsis eidem juribus? magnum ex hujusmodi assignatione in creditorem redundare incommodum, extra dubium est, cum aliud teneatur accipere, & sæpius plane res vilioris pretii accipiat, quas vix ac ne vix quidem vendere potest, immo plerumque hæc res jam antea sub hasta venum expositæ sunt, & vendi non potuerunt, quia in summum subsidium demum hæc assignatio locum habet. Hoc igitur incommodum sine dubio non est leve, & præterea extraordinarium, quod plane non cum debiti exactione ordinarie est conjunctum. Equilissima igitur videtur illorum sententia, qui hoc casu beneficium ordinis cessare statuunt, & statim fidejussorem cæsis prius actionibus conveniri posse contendunt. (b) Interim tamen hanc ipsam sententiam ad illum casum restringendam putaverim, quo creditor assignationem factam nondum agnovit & acceptavit, (c) quia tum per hanc approbationem donationis in solutum totum debitum extinctum est, & fidejussor eo ipso a sua obligatione liberatus est, cum creditor tum id acceperit, quod in obligatione fuit, & volenti non videatur facta injuria. (d) Idem etiam sæpius locum habere potest, tum, cum creditori difficulter vel plane non exigibilia assignantur nomina. Quodsi enim beneficium ordinis cessat, quoties sum creditor non sine magno & extraordinario incommodo consequi potest ab ipso debitore, idem etiam creditori non poterit impedimento esse, quo minus contra fidejussorem agat, si suum non nisi difficulter a debitoribus assignatis consequi potest.

(a) Hinc etiam dicitur datio in solutum necessaria, vel additio in solutum ab giudice facta. BRUNNEMANN in proc. conc. cap. 7. §. 14. D. HARPPRECHT in resp. 72. nro. 287. BARDILLI de judic. conc. univ. cap. 2. §. 5. & 9. Magnif. Du. D. SMALCALDER vel potius Francob. Du. WEISS L. de judiciali bonor. obavat, assign.







- (b) BERLICH *part. 2. concl. 24. nro 113.* JOH. LVD. SCHMID *de fidejuss. princ. oblig. sect. 2. cap. 2. §. 88. §§. p. 93. & seq.* Hinc & idem dicendum, si bona emtorem difficulter & non nisi post longum tempus inveniunt. SCHMID *de l. §. 92. pag. 26.* Ibiq. allegatus Colerus & Hering.
- (c) apprime confirmat hanc thesin l. 15. §. 3. ff. de re judic. ubi creditor sua sponte hujusmodi res in solutum à giudice assignatas acceptans dicitur pacto transgisse de credito, ita, ut totum creditum videatur esse solutum, nec quoad superfluum debitorem, qui forte ad meliorem fortunam pervenit, convenire amplius possit: Hinc etiam eo ipso fidejussor liberatus videtur. Suadendum igitur erit creditori, hoc casu ut vel statim priusquam hujusmodi nomina vel res acceptet, fidejussorem conveniat, vel certe in ipsa acceptance jura contra fidejussorem competentia sibi reservet.
- (d) l. 1. in fine ff. de A. E. V. l. 14. §. 9. de adit. edict. l. 143. ff. de R. J. cap. 27. de R. J. in Vltro.
- (e) Singulare jus in Ducatu Megapolitano locum habere, vi cujus creditori bona ad dicuntur, si emtorem haud invenerint, ad percipiendos saltem fructus, donec tandem emtor existat, tradit BECMANN *in Diff. de taxar. & accept. in solutio intermissa praediorum debitoris in concursu.* Quin igitur hoc quoque casu creditor, si fidejussorem habeat, eundem statim convenire possit, nullum est dubium, cum incerta sit venditio, eoq. incertior, quia in ipsa subastatione bona illa supponuntur non invenisse emtorem, & solutio ex fructibus successiva maximo alicui incommodo creditorem.

## §. XVII.

## Quaestio sexta.

Absentia debitoris omnium iudicio ex ipsa Nov. 4. c. 1. habetur justa causa, propter quam cessat beneficium ordinis. At! Cum absentia sit varia, quaestio inde oritur: *Qualis haec requiratur absentia ad excludendum hoc beneficium?* Non haec distinguendum esse inter absentiam sive laudabilem, sive indifferentem, sive vituperabilem, neque etiam inter absentiam necessariam



riam & voluntariam, vel ex hoc solo patet, quia in omnibus  
 huius absentiae speciebus eadem est ratio inuitu creditoris, cum  
 semper hæc absentia in locis distitis & remotis haud leve in-  
 commodum secum ferat, & per eam solutio differatur, atque  
 difficilior reddatur; si enim vel maxime ponamus, laudabilem  
 absentiam, siue necessariam, siue voluntariam, hæc ipsa tamen  
 absentia tertio creditori non potest inferre iniquam conditionem,  
 & ejus causam deteriorem reddere, & hoc ipsum incommo-  
 dum magis nocere debet fidejussori, qui in solidum est obliga-  
 tus, quam creditori, qui, ut evitaret has molestias, sibi  
 fidejussoribus profexerit (a) At! de hoc dubitari posset, an  
 absentia quævis etiam ordinaria sufficiat, ita, ut quotiescun-  
 que debitor alienæ jurisdictioni subest, eo ipso statim cesset be-  
 neficium ordinis? sunt quidem, qui, non sine summa specie,  
 hanc quæstionem adfirmant, (b) eo, quod in jure absens ille  
 videatur, qui nobiscum non in eadem provincia domici-  
 lium habet. (c) At! quod pace Virorum Celeberrimorum dixe-  
 rim, non universaliter vera, immo potius neganda mihi vide-  
 tur hæc quæstio. Non enim regulariter cum majori molestia con-  
 juncta est conventio alterius, licet sub aliena jurisdictione vi-  
 vat, modo judex non sit justo morosior, quod tamen heic non  
 præsumitur, nec hoc ipsum quadrat saltem in judicem extra-  
 neum, sed idem etiam locum habere potest in judice commu-  
 ni. In extraneo igitur qua tali, non est ratio singularis vel  
 præcipua molestia metuenda, si scilicet ille non nimis remotus sit,  
 nam tum ob aliam rationem cessaret beneficium ordinis. Ne-  
 que etiam hoc incommodum est extraordinarium, sed ordina-  
 rium, semper enim creditor tenetur prius tentare convenire de-  
 bitorem apud judicem, si conventio hæc non cum singulari &  
 extraordinaria molestia conjuncta sit, quam quidem suum a fi-  
 dejussore repetere possit. (d) Interim tamen fieri aliquando pos-  
 se, ut hoc casu beneficium excussionis esset, haud negaverim.  
 Si forte ille judex extraneus, vel remotior sit, vel difficilior,  
 & justo morosior, vel & si forte statim ab initio ideo fidejusso-  
 rem acceperit creditor, ne cum debitore coram alieno judice  
 litigare





litigare teneatur, id, quod ex circumstantiis erit iudicandum. e)

(a) LENZ DISS. VITEMB. MDCCLII. de beneficio ordinis. §. 72.

(b) BERLICH CONCL. PRACT. P. II. Concl. 24. n. 39. laud. Joh. Ludw. SCHMIDT  
cl. Ir. sect. 2. cap. 2. §. 121. p. 132.

(c) L. ult. C. de præscrip. longi temp.

(d) In hac sententia sunt præter SICHARDVM, CYPRIANVM, REGNERIYM  
& alios. GAIL L. 2. Obs. 27. n. 35. CARPZOV. Iprud. for. P. II. Consl. 18. Def.  
II. LENZ cit. Diss. §. 71. Et conspirant Iſti Tubingenses apud B. D. SCHWEDERVM  
Conf. Tub. Vol. I. Conf. 110. n. 14. seqq. Maxime hanc sententiam firmant  
etiam verba Imperatoris, acerbum &c. non autem hoc solo acerbior videtur  
excussio, si debitor alienæ subit jurisdictione.

(e) Qualem casum in Cam. Imp. decifum in causa Leers contra den hanburgischen  
Stadt: Rath refert Perill. Dn. a Cramer. in den weglarischen Neben-Stunden  
P. 70. n. III. p. 41. seqq.

### §. XVIII.

#### Quæstio septima.

Sunt, qui negant, beneficium excussionis locum habere  
tum, cum debitor principalis exceptione præscriptionis vel alia etiam  
exceptione peremptoria tutus est. (a) An igitur, & quousque hæc  
enunciatio recte sese habeat, brevibus dispiciendum est. Ex-  
ceptiones peremptorias omnes vel facti, vel juris esse, inter  
omnes constat, si ponamus, creditori obitare aliquam exceptio-  
nem facti, supponitur simul ipsa actio principalis extincta esse, (b)  
unde prono alveo fluit, sublata principali obligatione, & ma-  
xime ipso jure sublata hac obligatione, durare non posse ob-  
ligationem fidejussoris accessoriam, quæ quippe sine principali  
obligatione existere nequit, & hac extincta, ipsa quoque ex-  
tincta videtur. (c) Non igitur hoc sensu adfirmari poterit, ces-  
sare







excussionis, quæ quippe est saltem dilatoriæ, non peremptoria minime facta, & præterea à iudice non ex officio supplementa, uti hæc.

(\*) Quo ipso quoad effectum parum differt ab except. facti seu intentionis, & hinc non incongruo parum interesse adfirmat Iustus PAVLVS, in l. 112. ff. de R. J. An ipso jure actione quis non habeat, an per exceptionem infirmetur?

(f) L. 7. §. 1. l. 19. de except.

(g) Quod latius probavit ЛИТВАЧЪ in Coll. Th. Tir. de div. temp. prescript. §. 19.

### §. XIX.

#### Quæstio octava.

Addo denique octavam quæstionem; *An fidejussor, qui pro debitore cambiali fidem adstrinxit suam, & litteris cambialibus subscripsit, eo ipso amittat beneficium, an vero non obstante illa subscriptione & obligatione cambiali, creditori cum effectu opponere possit exceptionem excussionis, ita ut hic prius excutere debeat principalem debitorem?* Quæstio est paullo intricatior & a diversis diversimode decisa. Sunt enim haud pauci, si non plurimi, qui fidejussori litteris cambialibus subscribenti & cambialiter sese obliganti beneficium excussionis competere negant, (a) quibus scilicet ratio processus executivi hujusmodi exceptionem dilatoriam minus ferre videtur. Conspirant etiam hac in re multæ immo pleræque forte ordinationes cambiales, quæ fidejussori hoc modo sese obliganti beneficium ordinis non tribuunt, sed expresse adimunt: Si quidem mihi dicendum sit, quid mihi videatur, hæc sola fidejussoris subscriptio litterarum cambialium & obligatio cambialis, si non aliæ concurrant circumstantiæ, ex alia causa beneficium ordinis excludentes, vix mihi sufficere videntur ad excludendum hoc beneficium. Ratio si quidem hujus beneficii est ipsa æquitas naturalis, ne sine ulla ratione fidejussor ante debitorem principalem conveniatur, cum potius major ratio sit primo loco debitorem principalem excutiendi. Hæc ratio autem stringit æque in fidejussore, qui ad rigorem juris



juris cambialis sese adstrinxit, ac quidem in alio. Nam cum heic, quod suppono, ipse quoque debitor cambialiter obligatus sit, utrinque eadem est conditio, adeoque etiam hoc casu nulla foret ratio conveniendi fidejussorem ante debitorem principalem, cum eadem facilitate creditor a debitore ipso consequi suum possit ac a fidejussore: Quin vero si aliæ præsto sint rationes, quæ excludunt beneficium ordinis, illud etiam hoc casu exclusum sit habendum, dubitandum non est. Præterea legis scil. Nov. 4. sanctio est generalis, & Jus Justinianeum ignorat obligationem cambialem, atque aliàs regula est, quod, ubi in ordinationibus cambialibus nihil singulare constitutum est, standum sit juri communi. (b) Vbi igitur in aliqua Ordinatione non in specie fidejussori beneficium ordinis ademptum est, ibi hoc vix poterit haberi exclusum. Nec obstat, quod in multis, immo forte in plerisque LL. cambialibus expresse excludatur hoc beneficium, namque hæc jura singularia & particularia nusquam obligant, nisi in territoriis, in quibus lata sunt, in reliquis igitur territoriis secundum jus commune erit pronuntiandum. (c)

(a) STRYER Diss. de litr. camb. accept. cap. 5. §. 10. HEINECCIUS Elem. jur. camb. cap. 6. §. 10. in not. p. 58. sibi tamen ipsi aliquo modo contrarius, c. 3. §. 27. LYDOWICI Einleitung zum Wechsel-Proceß cap. 5. §. 10.

(b) Illustr. D. D. GODOFR. DAN. HOEFMANN. de opifice & rustico cambianze p. 4. & 8. Illustr. DN. D. KAPFF. Diss. de locazione cambii proprii in concursu creditorum §. 2. p. 5.

(c) Immo vero multæ etiam dantur ordinantes cambiales, quæ diserte beneficium executionis admittunt, quosum referendæ die königlich preussisch erneuerte Wechsel-Ordnung Dd Berlin den 30. Jan. 1751. Art. 13. apud Uhl in der ersten Fortsetzung des corp. juris cambialis. pag. 5. die churfürstliche Wechsel-Ordnung de Ao. 1726. §. 53. apud Siegel in dem corp. juris camb. P. I. p. 402. & imprimis hæc etiam referri meretur die herzog. württembergische Wechsel-Ordnungen opp. 6. §. 11.



Multæ fortæ adhuc proponi potuissent quæstiones, quæ  
pariter non extra controversiam positæ sunt, ne autem in ni-  
miam molem mea exerescat Disertatio, vela jam contrahō.

F I N I S.





VD18

ULB Halle  
007 455 496

3











TIO INAVGVRALIS JVRIDICA

SISTENS

STIONES QVADAM

DE

ICIO ORDINIS

EXCVSSIONIS.

1770 A.

QVAM

IUVANTE DEO T. O M.

EBERHARDINO-CAROLINÆ

MAGNIFICENTISSIMO,

AC POTENTISSIMO DVCE AC DOMINO,

DOMINO

ROLO,

TEMBERGIAE ET TECCIAE

rel. rel.

STRIS IVRIS CONSVLTORVM ORDINIS,

PR AE S I D E

PATRE

DO CHRISTOPH. CANZ,

V. J. D. HVJVSQVE PROF. PVBL. ORD.

RENISS. DN DVCIS CONSILIARIO

GRADV DOCTORIS

Sept. MDCCLXX.

H. L. Q. C.

DEFENDET  
A V C T O R

GOTTLIEB CANZ, Tubingensis,

ONVM TRIBVNALIS WURT. CAVSARVM PATRONVS.

LITTERIS JO. AD. SIGMVNDI,

