



1
2
3
4
5
6
7
+ 8
9
10
11
12

Jan. 2
Feb. 7
Mar. 15
Apr. 22
May 30
June 11
July 20
Aug. 31
Sept. 10
Oct. 20
Nov. 30
Dec. 31

FL



HALLE a.S.
Universität
~~H~~Dissertationen
1792-94

1. Deutsch, Chr. Frdr.: De graviditate abdominali. 1792.
2. Woltaer, Joh. Chr. & Stalzer, Chr. J. L.: De furibus armatis. 1792.
3. Gautier, Joh. Luth.: De irritabilitatis notione ... 1793.
4. Meckel, Phil. Frdr. & Maschke, Wilh. Th.: Historia litis verac-sectionis in pleuritide saec. 16. inprimis habitae. 1793.
5. Meckel, Phil. Frdr. & Scheller, Andr.: De hydrocephalo interno. 1793.
6. Peipers, Goswin Frdr.: Tertii et quarti nervorum cervicalium Descriptio. 1793.
7. Roth, Chr. Heinr. Willh.: De transpiratione cutanea... 1793.
8. Bierdemann [?], Karl: De legato generis sec. ius commune 1793⁴.
9. Gilbert, Ludw.: De natura... mathoscos priniae... (1794) 1795.
10. Meckel, Phil. Frdr. & Davidson, Wolf: De consensu partium corporis humani. 1794.
11. Tiefbrunk, Joh. Heinr. & Schitting, Joh. Frdr. Willh.: Theses... 1794.
12. Woltaer, Joh. Chr. & Gründler, Karl Aug.: De fideiussore... 1794.
13. Zollkofer v. Altenklinger, Kap.: Sensus intercus. 1794.

X

SIN



1794 12 4

DISSERTATIO INAUGURALIS
DE
FIDEIUSSORE FIDEIUSSORIS,
NEC NON
DE
DIFFERENTIIS
INTER
FIDEIUSSOREM SUCCEDANEUM ET INDEMNITATIS.

QUAM
ILLUSTRIS IURISCONSULTORUM ORDINIS
AUCTORITATE
PRO
SUMMIS IN UTROQUE IURE HONORIBUS
ET
PRIVILEGIIS DOCTORALIBUS
RITE OBTINENDIS

PRAESIDE
D. IOHANNE CHRISTIANO WOLTAER,
PROF. IUR. PUBL. ORDIN., H. T. DECAN. FACULT. IURID.
DIE III. MAII MDCCXCIV

DEFENDET
A U C T O R
CAROLUS AUGUSTUS GRÜNDLER,
HALENSIS.

HALAE,
TYPIS FRIDERICI AUGUSTI GRUNERTI.

(1794)

DISSERTATIO INAUGURALIS

FIDELISSORUM FIDELISSORIS

DIFFERENTIIS

FIDELISSORUM SUCCESSIONUM ET INDEMNITATIS

ILLUSTRISSIMO IURISCONSULTORUM ORDINI
AUCTORITATE

SUMMIS IN UTROQUE IURE HONORIBUS

PRIVILEGIIS DOCTORALIBUS

BEAERIDE
D. JOHANNI CHRISTIANO WOLFFER

DE IURE HUIUSMODI

A U C T O R
CAROLUS AUGUSTUS GRÜNBACHER

HALLE



C. A. GRÜNDLER

DOMINO

D. CAR. FRIDER. ZEPERNICK,

REGII CAUSARUM CIVILIVM IUDICII HALENSIS DIRECTORI,
CIVITATIS SCULTETO AC COMITI REGIO REI SALINARIAE HALENSIS,
UT ET REGII SCABINATUS ASSESSORI,

ET

IOHANNI AUGUSTO GRÜNDLER,

MERCATORI MENSARIOQUE, ASSESSORIQUE
COLLEGII PAUPERUM,

PATRI MEO AMANTISSIMO,

SALUTEM.

Fquidem iam dudum optavi occasionem opportunam publice
TIBI, VIR CLARISSIME ac CONSULTISSIME,
amorem meum animumque gratissimum testandi. Beneficia
enim, quibus me cumulasti, tanta sunt, quanta a patre filius
vix possit vel petere vel expectare. TUA prudentia atque
amplissima doctrina, studia mea egregie adiuvit. TE duce
viam

viam sum emensus, quae ad templum Musarum rectissime ducit.
Accipias igitur gratias, quas sincerrimo animo TIBI ago.
Semper ita agam, ut me gratissimum et TUORUM benefi-
ciorum memorem merito iudicare possis.

Et qui gratias TIBI, CARISSIME PATER, refer-
re nequeo, sponte primitias meae qualiscunque disciplinae sa-
cras esse volo. Pietatis meae publicum testimonium ea mente
eaeque benignitate animi recipias quaeso, qua summa TUA be-
neficia in me contulisti. Re enim mihi pater fuisti, non ap-
pellationis usura contentus. Adeo perpetua et constanti custo-
dia una cum optima matre me persecutus es, ut votis meis
nil superste, nisi TE et pietissimam MATREM summum nu-
men ut mihi longissime servet. In id omnem intendam ope-
ram, ut TE, carissimum caput, curarum et sumtum nunquam
poeniteat.

SECTIO

SECTIO PRIMA.

DE

FIDEIUSSORE FIDEIUSSORIS.

Ante oculos damnus est, si fias sponfor amici,
Pro magno reputes, solverit ille lucro.

§. I.

Brevissime Franciscus Petrarca ostendit periculum, quod inest fideiussioni parum lucri cui inest. Ego quamquam eandem sententiam foveo, tamen conditionem nostro ex iure, fideiussoris mitiorem, esse duriozem vero video, quae eius erat ante *Divi Hadriani* constitutionem. Et maiores nostri germani olim fideiussores magis obligatos voluerunt. Et iure romano et iure germanico veteri creditori permiffum fuit ^{a)}, debitore principali omisso, fideiussorem cogere, ut datam eisdem liberaret, relicta electione, quem primum in ius vocare veller.

a) Reform. norit. anni 1479 tit. 28. verbis: eine jede Weerburg oder ander Burg aldiweil und Zeit der in

solcher Burgschaft freet soll zu gleicher Pfirde und Pflicht verbunden sey in aller der maas als der Selbstschuld.

A

vellet ^{2a)}). Quis non videt, durissimam sane fideiussoris fuisse conditionem, quam solenne illud proverbium: den Bürgen muß man würgen ^{b)}, clare ostendit. Duriore vero hocce iure amplius non utimur. Et si vero durus iste obligationis nexus amplius fideiussionem non sequitur, nihilominus et hodie fideiussionis pericula committantur; et quamvis officii ratio exigit, non raro amico ut adsumus sponsores, tamen molesta nobis et periculosa et cum iactura non raro coniuncta est patrimonii nostri pietas. Cum isto incommodo comparare tamen, utique nos oportet utilitatem, quae ex fideiussione in hominum vitam communem maxime commerciorum usum propululat. Rem aleae plenam prudentiam legislatoris regere debet, et principis sapientia fideiussionum coërebit facilitatem, easque adstringer observandis solennitatibus, quibus subiicer, qui ad fideiubendum procliviores moventur, ne detrimenti quid patiantur in providorum res familiaris. Igitur caute romani ad fideiussiones adiciebant stipulationem solennitatem, ut monuisse videantur contrahentes, ut serio et deliberato animo demum fideiussoriam obligationem in se reciperent. Laude dignas illas ideo leges censemus, et hominum consuetudines, quae fideiussiones causa demum cognita et interposita, magistratus iurisdictione contrahi permittunt ^{c)}. Inutilem crederemus cautelam, si probitas, morumque integritas, qua maiores

^{2a)} *Meister* in opuscul., Tom. I. ops. VI. §. 9.

^{b)} *Schilzer* in praxis iuris rom. exercit. 48. §. 20—22. *Heineccius* in elementis iuris germanici, Tom. I. lib. II. §. 449. *Eisenhardt* Grundleitze des teutschen Rechts in Sprichworten, p. 327.

^{c)} Churfürstlich Pfälz. Fürstenthum in Oberbaiern Landrecht von ordnen und gebiethen: und wollen wir, das hinfüro alle der Bürger und Bauern und Burgschafften, si sey so geringe als sie wollen, mit jedes Orts ordentlichen Obrigkeit — auch durch briefliche Urkunden oder ordentlich

res nostri olim claruerunt et datae fidei sanctitas eadem in nostris hominibus esset conspicua. Et romanos harum virtutum sanctimoniam, reliquisse ex rei romanae historia clare demonstrari potest. Numa quidem Pompilius fidei templum dedicasse fertur, et memoriae proditum legimus, datae simplicis fidei auctoritatem, et iuramenti vim fuisse eandem. Sed hos bonos mores novior abiecit romanorum progenies. Minuta igitur datae fidei sanctitate, curae debebant legislatores, ut creditores securos redderent, de debitorum suorum fide. Inventae sunt media, quae ex iuris romanae disciplina personam debitoris concernunt, sunt, quorum ope credita corroborantur alterius intercessione. Introducto in foro nostro germaniae, iure romano quasdam in hanc rem factas constitutiones, nostras fecimus, propria tamen habet quoque germania, corroborandarum obligationum media, romanis omnino ignota, est *cambii* est *obstaggi* ^{d)} exemplum, quamvis hocce leges imperii et territoriorum germaniae passim reprobaverunt.

A 2

§. II.

chen Verzeichniss in eines jedem Orts gerichtsbuch mit allen Umständen notiret. *Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten*, 1. Theil. XIV. §. 202. Zu einer verbindlichen Burgschaft wird in der Regel die ausdrückliche Erklärung für die Verpflichtungen, haften zu wollen, erfordert; diese Erklärung muß ohne Unterschied des Gegenstandes schriftlich oder zum gerichtlichen Protocoll abgegeben werden.

d) *Obstadium* nempe est pactum, quo debitor aut eius fideiussor se obligat. in casum morae cum comitibus locum definitum finire et inde non de-

cellurum, fore antequam creditoris de sorte, usuris et expensis, fuerit satisfactum. Moribus introductum, legibusque provincialibus stabilitum dici quoque poterit, pactum de sese sistendo, et non recedendo ex definito loco, antequam obligationi satisfactum fuerit. Quamvis reprobatum per ordinationem *polit. de an. 1577* in quibusdam in imperio provinciis retentum est, et occurrit cautio renunciationis in hunc modum: und obgleich so wohl in den gemeinen beschriebenen Rechten, als auch des heiligen römischen Reichs Abtheilung die obstagia und Leistungen verbotet!

§. II.

Fideiussionem romani *intercessionem* definiunt *stipulatione* *) *extra novationem susceptam* †): *intercessionem* vero alienae obligationis susceptionem. Antiqua dialecto *intercessionem* et *fideiussionem* promiscue usurpabant. *Stipulationem* vero, contractum verbalem, quo quis congrue et in continenti se daturum facturumve §) interroganti se obligabat, fuisse omnibus nota res est, quam *stipulationem* ad omnes contractum formas admittere permisisse leges romanas, ut magis firmaretur obligatio constituta. Sed nostri fori usus hanc definitionem respicit, quippe

boten, so thun wir uns doch solcher Rechten und Reichsabschieden ausdrücklich verzeihen.

e) Cuius ope distinguitur

a. a mandato, quia hoc.

1. solo consensu contrahitur D.

XVII. 1. l. 1. pr.

2. ideo negotium bonae fidei est § IV. VI. §. 28.

3. mandator non alienam obligationem suscipit, sed suo nomine obligatur quod significat illum, qui mandatum recipit et expedit ex consensu non habet dominum negotii obligatum, sed illum ipsum non dominum, qui eum impulit, ut se alienae rei immisceret, cum mandans semper sit negotii dominus, qui cum mandatario contraxit. D. 44. 7. l. 1.

§. 8. Qui vero alicuiam obligationem recipit, *fideiissor* dicitur. Porro hac nota distinguitur

b. constituto debiti alieni cum

1. constitutae pecuniae reus ex solo pacto teneatur, deinde

2. constitutae pecuniae alienae debitor alienam rem dare praestare potest quam reus; nam vi Dig. 13. 1. §. 5: si quis centum debens frumentum eiusdem pretii constituit valet constitutum, ideoque

3. obligatio constituto alieno maior esse potest, et ratione temporis et loci quod in *fideiissione* nequaquam procedit, D. 13. §. 1. 4. l. 5. D. 46. 1. l. 8. §. 7. *Vinnius* ad Inst. lib. 3. tit. 21.

f) *Expromissor* semper novandi animum affert, nam *expromissor* principaliter obligatur D. 42. 1. l. 4. §. 3. Quamvis sint, qui hanc legem antiquam dicant, negantes creditorem eligere potuisse, an debitorem aut *fideiissorem* convenire velit, quia *Iustinianus* hanc constitutionem in *Novel. 4* legem veterem dixit, legibus duodecim tab. insertam v. *Cuiacius* ad *Nov. 4. Dig. 46. 1. l. 8. §. 1.*

§) D. 45. 1. l. 5. §. 1.

quippe qui stricte iuris contractus inter quos ius romanum et stipulationem numerabat, cum ipsa stipulationis forma ignorat^{h)}. Verborum solemnitatem *Leonis* imperatoris *constitutio* abolevit, quam *Imperator Iulianianus*ⁱ⁾ confirmavit. Sed cave tibi, concludas fideiussionem non stricte esse interpretationem contra iuris nostri constitutionem^{l)}. Nos fideiussionem in pactorum numerum referimus, quae quibuslibet verbis iniuntur modo clare seriam voluntatem sese obligandi, exprimant. Ideo non verbis solum, sed etiam factis consensum declarantibus ad alienas obligationes fideiubentes accedimus. Hinc fideiussionem dicimus *pactum, quo alienam obligationem in subsidium recipimus*, et hac ratione fideiussionem a *mandato, consueto debiti alieni*^{m)} et *expromissione* facile distinguimusⁿ⁾.

§. III.

Ob fundamenti fideiussionis varietatem eam bipartimur. Non solum enim in gratiam *creditoris* ubique eam recipimus, nonnunquam et in *fideiussoris* utilitatem. Expediti iuris est, cum romani, tum nostri, illum fideiussoris vinculo non esse obstructum, qui debitori spondit pro illo soluturum fore. Fieri enim

h) *Hornberg* de non usu stipuli: utriusque pacto: in foris germaniae.
Cocceji de usu et differentia hoc. pactorum et stip.

i) *C.* 8. 38. l. 10. l. 3. 16. §. 1.
 Postea *Leonis* *Constitutio* verborum solemnitatem sustulit et consensum utriusque contrahentis quibuscumque verbis declaratum sufficere iussit.

l) *Deckberg* in *Sin. relati Relat.* 13. n. 61. *Runde* teutisches Privat-recht, §. 220.

m) *D.* 50. 16. l. 99. *Struvenus* rechtl. Bedenken, Bed. 1. 2. *Lexyfer* ad *D.* Sp. 524. *Med.* 2. dissentit *Ludovici* in *Doct. D.* l. 46. §. 9.

n) Quia debitum alienum constituens et in alio loco solutionem promittere potest *D.* 13. 5. l. 1. §. 5. dissent. *Gudelinus* de iure noviss. lib. 3. cap. 2. *Stryck* ad *Lant.* l. 13. Tit. 5. o. intercessionis. *Poetius* ad *Dig.* lib. 46. t. 1. §. 1.

enim nequit, ut quis apud eundem pro eodem intercedat ^{o)}; quamquam debitori quis promittere potest, se pro illo apud alium fideiussurum fore, neque actio contra illum minime denegatur, si forte, consilio mutato, fideiussionem recipere nolit ^{p)}. Creditor vel *unius*, vel *plurium*, fidem interpositam exigit, et modo plures dari sibi postulat fideiussores, vel uno contentus est. In illo casu iterum duplici modo distinguimus; nam datus fideiussor vel omnem alienam obligationem in subsidium recipit, vel creditorem de indemnitate securum promittit, ille *fideiussor simpliciter*, iste vero *indemnitate* ^{q)} vocatur. In posteriori casu, plures hi fideiussores vel ita coniuncti fidem interponunt, ut singuli integrum debitum in solidum in se receptum solvere promittant, vel subordinati, ea lege solutionem pollicentur, ut deficiente primo creditori satisfactionem addicant, hinc, si plures adsint in solitum obligati, *confideiussores* nominantur, qui vero deficientis fideiussoris primi loco se soluturum spondit, *fideiussor succedaneus* ^{r)} nominatur. Hi sunt fideiussores omnes in gratiam creditoris. Sed si quis in gratiam fideiussoris fideiussionem suscipit huncque securum facit ^{s)}, *fideiussor est fideiussoris*, in quo omnia locum habent, quae de fideiussore generatim obtinent.

§. IV.

Quibus praemissis patet, suscepta fideiussione principalem et accessoriam obligationem semper quidem distingui, et eam quae

o) D. 16. l. 1. 19. D. 46. l. 56. §. 1.

p) Beck de iure sistendi cap. ult. tit. 4. Cod. Fab. l. 8. l. 28. Dec. 36. Mantica de tac. et ambig. conv. l. 15. tit. 13.

q) D. 46. a. l. 6. Quanto minus a Titio debitoris transmissum fideiussor? D. 46. r.

D. 12. l. 42. Magdeb. Polizeyord. cap. 53. §. 5.

r) D. 46. l. 1. 27. §. 2. C. 11. 65. 3. D. 26. 7. 3. §. 9.

s) D. 46. l. 8. §. 13. Pro fideiussore fideiussorum accipi nequaquam dubium est. D. 46. l. 1. l. 27. §. 4.

quae ex fideiussione succedanea oritur relata ad creditorem ipsum, semper manere accessoriam. Posita fideiussione, fideiussionis est quidem obligatio intuitu eius, quae inter creditorem et fideiussorem constituta est, sed fideiussionis fideiussoris dies non venit, nisi ex quo fideiussor, apud quem fidem suam deposuit, ex sua fideiussione creditori satisfecerit et per hanc creditoris principalis dimissionem sui fideiussoris evaserit. Consequor: *quidquid iuris inter creditorem et fideiussorem est, idem iuris est inter ipsum fideiussorem et fideiussorem fideiussoris.* Quae quamvis sint verissima, sunt tamen ubi diversum ius constitutum videatur, de quibus infera. Ideo iure romano, vas vadis [†]), nomi-

†) Regum temporibus apud Romanos fideiussionum usum extisse certum non est, ad verisimilitudinem fideiussiones iam ante Tab. XII. leg. apud Romanos fideiabilis, facit exemplum, quod apud Dionys. Halic. lib. 10. Caesonis Quintii Lucii Cincinati filii ex carcere dimissi cum dedisset decem vades. Et Decemviri legem scribendarum de fideiussionibus cavisse probabile est, quam et Festus De Verb. Sign. in v. reo, iam Numae Pompilii temporibus asserit. More nempe romano in ius vocatus, ire debebat Hoffmann Hist. iur. rom. Part. II. p. 162. Heineccius in Antiq. iuris rom. pag. 235. Duobus casibus hae necessitate eximebatur, nam ut Caius, D. 2. 4. 1. 22. §. 1. ait, qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet: et si tum in ius venit de re transactum fuerit. Romani curatoris distinguere vadem praedem et vindicem,

Vas fuit, qui in iudicio publico pro reo fidem obligabat ut docent Varro de Ling. Lat. Lib. 7. v. vas est, ille, qui pro altero vadimonium promittit et praes qui populo se obligabat, cum his collineant Festi de Verb. Sig. v. praes: praes interrogatus quae a magistratu si praes sit ille respondet praes. Vas praecipue in re capitali dabatur, quod probant Festi l. c. v. vades. Vas sponsorem significat datum in re capitali. Sed recentiores istam distinctionem neglexerunt, solebant pro vade vadem sumere ut is quasi illi fideiussor esset ut Salmasio videtur de modo usur. Cap. 16. Ab utroque differt vindex. Vindicatio, ait Cicerone de inv. Lib. 2. cap. 54. est per quam vis et iniuria et omnino, quod abfuturum est, defendendo aut ulciscendo propullatur. Itaque vindicare nihil aliud est, nisi consentiente in ius vocante iusto ac legitimo modo vocatum praesumve liberare ac defen-

nominator nominatoris ^{u)}, curator curatoris ^{x)}, et iure feudali vassallus vassalli non ignoti, et ipsae leges nostrae fideiussorem fideiussoris nominant ^{y)}. Primo intuitu fideiussoris fideiussoris constituendi artificium, omni omnino carere utilitate. Cum dicat quispiam, fideiussoris fideiussor solvere debeat, simul atque fideiussor principalis creditori suo solverit, cur non statim omisso fideiussore principali, fidem suam deposuit immediate penes creditorem, ut iste debitor non solvente ius suum consequatur ab isto fideiussore, cur non debitor, qui fideiussori dedit fideiussorem, cur non effecit, ut iste non statim confideiussorem susceperit. Sed salva res est, creditor, qui fideiussorem, quem debitor obrulit, semel probavit et idoneum recepit, finito negotio consilium mutare nequit et reprobare, nisi ex clausula rebus sic stantibus; at qui fideiussionem in se recepit, saepius de suo debitore diffidere potest, iure et quem solvendo putavit debitorem, de suscepta fideiussione demum adeo timere potest, ut fideiussionis susceptae vinculo se liberari gestiat. Utile paratum debitori auxilium, qui oblato fideiussori fideiussore securum illum omnino reddit, adeo, ut, qui lapsa fideiussionis die continuationem susceptae fideiussionis non detrectet, et creditorem, qui suam securitatem ex fideiussoris persona iudicat, ad agendum ex lege, si condonat, non provocet. Est ea, quae maior huius nexus utili-

defendere ut *Gellius* Noct. att. Lib. e. interpretatur leg. XII. Tab. § si tamen sit aliquis, qui pro in ius vocato vel presso fideiubiat dimittitur. Sed postea haec omnia obsoleverunt et fideiussor, sponsor, et adpromissor promissive dictus. Germani olim verb. vadium in vim fideiussoris posuisse cre-

duntur ab *Heumannus* in opusculis, pag. 317. et c. *Meister* opus. Tom. I, pag. 269. *index et var.*
^{u)} C. 11. § 3. l. 2.
^{x)} D. 3. 5. l. 30.
^{y)} D. 46. 1. 8. § 12. *Voetius* ad Dig. ibid. § 6.

utilitas, quando leges quempiam in aliqua causa idoneum fideiussorem negent, debitor vero idoneum ad suscipiendam fideiussionem movere alia lege nequeat, nisi dato ei fideiussore hoc idoneo, illi admodum idoneo. Ponamus, causam creditoris exigere fideiussorem praedem, qui vero fideiussionem spondet, immobilia quidem non possidere, cuius tamen fides apud istum res immobiles possidentem maxima est. Detrectabit certe immobilium possessor fideiussionis periculum, de quo nullus dubitat, si iste fidem suam interponat pecuniosus immobilium possessione destitutus. Constituta iam fideiussione fideiussionis, salvae res sunt et creditoris et debitoris et ipsius fideiussoris, et contractum negotium. Hinc Rennemanus ait²⁾: „*infrequens non est, si fideiussor alium fideiussorem in eum eventum, quo ipse cogatur solvere, adsciscat sibi, qui non in gratiam debitoris sed fideiussoris adhibetur. Cuius usus in Saxonia inferiore frequens, de quo non creditor, sed debitor sollicitus est, qui aliter fideiussorem non potest invenire, nisi alius in subsidium succurrat, qui forte creditori gratus non est, ex quibus etiam apparet, ut fideiussor fideiussoris ante contractam fideiussionem constitui potest.*“

§. V.

Fideiussor fideiussoris^{a)} est in sensu latiori fideiussor, qui ob susceptam obligationem alienam fideiussorem securum reddit, quem in

2) Rennemannus in Iurisp. rom. germ. de iure oblig. disp. 22. th. 38.

a) Schneidewin ad Inst. lib. 3. tit. 21.

Brannemann ad Inst. lib. 3. tit. 21.

§. 4. et ad Dig. lib. 27. tit. 1. ad l. 8.

Stopp in Comment. ad Inst. tit. 21.

Poetius ad Dig. lib. 46. tit. 1. §. 6.

Hering de fideiuss. cap. 4. §. 48.

Kreitmaier in Comp. Cod. Bavar. part. 4. §. 19. 20.

Müller Promt. iuris novi Tom. 5. v. fideiuss.

v. Ill. Dabelow in System. iuris priv. Part. Ip. Sect. 1. tit. 1. §. 2523.

Madin Princip. iur. rom. Memb. 1. Dist. 1. Cap. 4. §. 272. fideiussorem

suocedaneum duplici sensu dici do-

B

cet,

in lingua vernacula *Asterbürge* ^{b)} nomino. Iste vel totum debitum vel damni solius periculum in se suscipit, quod fideiussor ob susceptam fideiussionem timet. In priori casu est *proprie fideiussor fideiussoris*, in posteriori vero casu *fideiussor indemnificatus* apud ipsum fideiussorem, quem securum iussit. Fideiussor fideiussoris omnes patitur divisiones, quae in fideiussore in genere obtinent; inutiles ergo opera abstineo in enarrandis variis speciebus. Sed et fideiussio fideiussionis producit obligationem accessoriam, atque requirit, ut obligatio consistat inter creditorem et fideiussorem principalem. Ideo tamen non requiritur, ut momento fideiussionis fideiussionis susceptae iam certa sit ista obligatio principalis. Suscipi enim potest sub conditione, quando fideiussor principalis ex sua fideiussione ad solvendum constringatur ^{bb)}. Deinde requiritur, si fideiussor fideiussoris obligetur, ut fideiussor principalis solverit creditori ^{c)}, nam ea mente

cer. Prima significatio indicat fideiussorem in gratiam fideiussoris accedentem, promittentemque se soluturum fore, quod fideiussor, qui principalis nominatur, loco debitoris solvere debet solumve a debitore principali consequi nequit. Altera significatio indicat fideiussorem in creditoris utilitatem intercedentem, dum promittit solutionem eius quod creditor neque a creditore neque a principali fideiussore consequi forte possit etc.

b) Eodem modo quo dicimus *Asterwäsel*, *Astermitler*, et voce *aster* indicamus personam ius alterius exercentem. Sic qui conduxit a conductore, ille contractum locationis conductionis inquit eum eo qui iure conducti gaudet iure locandi; sed qui conduxit

a conductore, nexum non fecit cum locatore sui locatoris, hinc quando locator impedit conductorem, qui conduxit a conductore, quo minus iste re locata uti frui possit, tenetur suo conductori non solum de locario, sed etiam de omni, in quod locator ex conducto conductori suo condemnatur. *Brannem.* ad Dig. 19. 2. 1. 7. n. 2. *Wegens* de locat. cond. pag. 27. Sed *Asterbürge* seu *Bürge von Bürgen* distinguendus est a *Rückbürgen*, qui fideiussor succedaneus est.

bb) *Brockes* Observationes forenses, Observatio 426.

c) Si fideiussor insolvens est, pro fideiussionis obligatio cessat, quia in illum creditor habet regressum nullum.

mente inita est fideiussionis fideiussionis obligatio, ut tunc demum fideiussor fideiussori principali solvat, si iste creditori solverit. Nam si creditori contra fideiussorem principalem deneganda sit actio, vel haec inutilis sit, si quis et hoc casu fideiussorem fideiussoris obligatum diceret, certe fideiussorem fideiussoris in succedaneum mutaret fideiussorem. Proinde consequor fideiussorem fideiussoris tunc demum obligari, quando debitor principalis solvendo non sit. Licet vero fideiussor principalis beneficio excussionis renunciaverit; contra fideiussorem suum prius experiri nequit, nisi demonstrat, rem salvam habere non posse a debitore principali. Hinc quamvis renunciatus beneficio excussionis, conditionem creditori meliorem utique iure facere possit; ideo tamen neque impeditur post praestitam satisfactionem creditori, quominus ius suum persequatur contra debitorem, minime vero conditionem fideiussoris fideiussionis deteriore facere potest. Quae non obstant, quominus fideiussor fideiussionis beneficio excussionis renunciaret. Qua renuntiatione facta, quae nunquam praesumitur, fideiussor principalis post dimissum creditorem optimo iure experitur contra fideiussorem fideiussoris.

§. VI.

Fideiubentium *habilitatem* et *idoneitatem* probe nos distinguere oportet. *Habilitatem* dicimus hanc hominis qualitatem, quod legibus non impediatur, quominus fidem iubeat. Sunt enim plures homines pecuniosi, qui solvendi animum habent, et, si fideiusserint, ob legis prohibitionem nihil egisse videntur. Integrum locum de idoneitate et habilitate ad fideiubendum hic longius persequi superfedeo. Satis est monuisse, quosdam natura, quosdam vero lege a fideiussione arceri, eosque solos

apud fideiufforem intercedere posse, qui neque natura, neque lege a fideiuffionis officio repelluntur. De *foemina* quaedam adducere lubet, cum in hoc loco neque praxis cum theoria omnino conspiret, et quidam legibus alium sensum, quam recipiunt, sublicere videntur. Qua in disputatione ius romanum a iure nostro separare ideo placet, quia non omnes iuris articulos nostra receperunt, qui romanis legislatoribus arriserunt. Ex Digestis scimus, quod *Lucius Syllanus* ^{cc)} et *Velleius Tutor* consules ad Senatum retulerint ^{d)}, censerentne patres ut foeminae intercedenti succurratur, quia non aequum videatur eam virilibus fungi officiis et cum maribus eodem vinculo intercessionis obstringi. Rationem, quae movit consules ad removendas foeminas a fideiuffionibus, quaesivisse consules in eo videmus, quod istas officiis virilibus impares iudicaverint; recedit ab eis Paulus, quaerens fundamentum in periculo, quod ex intercessione rei familiari immineret. Quae Pauli sententia diversitatem iuris antiquioris et a Iustiniano constituti invexit, quam in eo constitui posse arbitror, quod Pandectarum iure actio quidem daretur contra foeminam intercedentem, in cuius defensionem paratum fuit auxilium exceptionis SC. Velleiani. Ideo non omnino inutilis videbatur mulieris intercessio; quamvis haec propter semper praesentem exceptionem Senatusconsulti parum securitatis tribueret creditori, hinc in nostro casu fideiuffori, apud quem fidem suam foemina adstrinxit. Iustinianus pro more suo et in isto articulo ius innovavit. Nam *primum* ^{e)} constituit ex fideiuffione obligari foeminam post biennium

cc) Non Marcus, vid. Grut. Inscript. p. CCCCLXX. No. 1. 2. L. Siliano Flamini Martiali C. Velleio Tutore Conf. non. Decembr.

d) D. 16. 1. 2. Ante Senatusconsult. Velleiani edicta D. Augusti V. C. DCCLIX. et Claudii aderant.

e) C. 4. 29. 22.

nium repetita. Quam ex prima intercessione obligatam noluit, ex repetitione post biennium obligatam voluit, quia opinatus est, sufficiens habuisse foeminam temporis spatium inquirendi in facultates debitoris principalis, et deliberandi, an fideiussionis periculum in se recipere velit. *Deinde* iussit f), nullam omnino contra foeminam intercedentem actionem dari, nisi foemina in instrumento publico vel trium testium subscriptione munita, adeo ut ista solemnitate neglecta nulla sit et invalida mulieris intercessio, eique Senatusconsulti Velleiani beneficium opus non sit. Contra has regulas generales permittit quasdam exceptiones, nominavitque quosdam casus, in quibus creditori ex fideiussione simplici contra foeminam intercedentem in iure experiri permittit:

- 1) quando foemina decipiendi animo intercesserit. Legum enim aequitas g) non decipientibus, sed deceptis optulatur;
- 2) quando in foeminam ex intercessione plane nullum damnum redundet h);
- 3) quando mulier solverit i); tandem
- 4) quando foemina non animo alienam obligationem in se recipiendi, quam potius animo donandi intercesserit l).

Communi hoc iure reguntur omnium foeminarum intercessiones; sed in proprium favorem iustarum *uxorum* constituit idem Iustinia-

f) C. 4. 29. 23. §. 2.

g) D. 16. 1. 2. §. 3. 30.

h) D. 16. 1. 4. §. 1. II. 13. 16. 21. 22. C. 4. 29. 33. Si foemina itaque honorarium pro suscipienda fideiussione accipit, non gaudet SC. Velleiano.

C. 4. 29. 23. Quod tamen in instrumento debet adnotari.

i) D. h. t. 8. §. 5.

D. h. t. 8. §. 2. 3. 21. C. h. t. 9 D. 12. 6. 40 pr.

l) Pro filio suo fideiubente non potest opponere SC. Velleianum. D. h. t. 8. §. 1.

Iustinianus, ut nuptiarum intercessiones pro maritis factae nullae sint, nisi proberur a creditore, pecuniam, quam maritus accepit, in mulieris suae uxoris utilitatem esse versam^{m)}. Opportune quaerimus, an pecunia, quam maritus in alimenta uxoris mutuam accepit et ex qua uxorem aluit, in rem uxoris versa ea lege dici queat, ut uxoris intercessio pro hoc debito valeat? Equidem negamus. Id enim in rem alterius versum est, quod eius vel patrimonium auxit, vel ex quo sumtus facti sunt, quos alterum facere oportuisset, et qui, si fecisset, patrimonium eius diminuissent. Qui vero pecuniam marito eo animo mutuam dat, ut uxorem alar, neque uxoris patrimonium auxit, nec uxorem a sumtibus necessariis faciendis liberavit. Onus enim alendae uxoris maritum sequitur, et qui marito in hanc rem pecuniam dedit, postea in uxoris alimenta expensam mariti rem meliorem fecit^{m m)}: quapropter creditor iste non uxoris, sed mariti negotium gessit. Satis aperte ex his apparet, ius ita constitutum permittere quidem foeminarum fideiussiones legitime et solenniter factas, sed quae de fideiussionum foeminarum observanda solennitate loquuntur leges, ad renunciationem Senatusconsulti Velleiani trahi posse nullo modo. Itaque ex iuris romani disciplina, foemina neglectis debitis solennitatibus fideiubens, nihil agit, etiamsi renunciaverit Senatusconsulto: quia clare Iustinianus constituit, contra Senatusconsultum Velleianum mulierem intercedere non posseⁿ⁾.

§. VII.

m) C. h. t. authent. *Richter* in expositione authent. si qua mulier. n. 7. *Leyser* med. ad Dig. Vol. III. Sp. 170. m. 2.
m m) *Lobshaus* *Eherecht*, 2 Th. 2. Buch, II. Ab. 1 Haup. 4. 7.

n) C. h. t. 14. Mulier contra auctoritatem SC. Velleiani non potest intercedere; non obstat D. h. t. l. fin. §. 4. cavere debuit, exceptione se non usuram et sic ad iudicem ire. Propter auctoritatem nempe Praeferis

§. VII.

Germani isto iure non ubique utimur. Ante ius romanum receptum foemina tutore auctore negotia iudicialia explicabat; maioris aetatis extraiudicialia *) explicans tutore opus non habebat, quamvis ob laesionem intervenientem in integrum restitui, petere possēt p). Recepti iuris romani auctoritas, non in omnibus Germaniae territoriis patrii iuris praecipua oppressit. Sunt igitur provinciae Germaniae, quae iure romano quidem utuntur, sed in isto capite, fideiussionum scilicet foeminarum, ius antiquum retinuerunt. Sunt vero et aliae Germaniae provinciae, in quibus et foeminarum fideiussiones pure ex Iustiniani legibus indicandae sunt. Et cum ius romanum in complexu sit receptum, illudque in dubio sequatur usus fori, quae Iustinianus de foeminis fideiubentibus disposuit sunt servanda, ideoque fideiussio foeminae in instrumento publico facta valet, neque renuntiatione SCti Velleiani opus est. Eodem iure foeminae intercessio in privato facta instrumento, iure romano applicato, non valebit. Attamen et ad hunc locum ius canonicum, quod praxis sequi solet, novi quid attulit, cum et in istis provinciis foeminarum simplicem fideiussionem valere iubeat, quam renuntiatione Senatusconsulti Velleiani,

ris, et ne iudicium fiat elusorium. Stryck Cant. contr. Sect. II. Cap. 11. §. 12. Reinhard ad Coestin. Vol. III. Obf. XV.

o) Ius laxonicum l. 1. art. 45. Suev. cap. 110.

Thomasius Disp. de usu exiguo Senatusconsulti Velleiano in Germania, Halae 707.

Ludewig Disp. de differentiis iuris rom. et german. in SC. Vellei. atque mulierum oblig. Halae 720.

Hellfeld Comm. de intercessione mulierum et SC. Vellei.

p) Schilter Exerc. ad Dig. Ex. II. th. 9. Jacobi in diff. de in integrum rest. mulierum. Witteberg. 1671.

ni, iuramento corroborata, comitatur. Secundum iuris canonici praecepta ^{q)} omne iusiurandum servandum est, quod non contra aeternae salutis est acquisitionem. Itaque hodie valet foeminarum fideiussio solenni iureiurando firmata ^{r)}; requiritur vero foemina intercedens iuransque de iure suo certior reddita ^{rr)}. Sola enim et iuramento firmata renunciatio nullius est momenti, quae a foemina iura sua ignorante facta est ^{s)}, quamvis haec sententia claris iuris romani legibus sit contraria ^{t)}. Licet iure romano foeminae fideiussio in securitatem debiti valet, quod in eius rem versum est, tamen hodie ista versionis probatione non indigemus, cum fideiussio illarum valet, quam iusto iuramento firmata beneficiorum renunciatio comitatur: an vero iuramentum in scriptis consignatum sufficiat, aut actu corporali enunciatum requiratur, disceptari video. Saxones corporale iuramentum desiderant, coram competente iudice et consentiente sexus curatore praestandum ^{u)}. Sed extra Saxoniam iuramentum scriptis consignatum sufficere arbitror, deficientibus legibus nominatim corporale iuramentum exigentibus. Modo liquido constet, foeminam sponte, nulla

q) Cap. VIII. X. de iureiurando.

r) *Strubens* rechtliche Bedenken, Med. XXIV.

Siegel de invalida uxoris promissione de iurat. SC. Vellei. valide renunciare. Lips. 754.

Cramer ob eine Weibsperson, welche sich vor einen so gar eidlich verbürget, auch bezahlt, ob sie gleich gewünscht hat, daß sie des Benef. SC. Vellei. halber gesichert, das bezahlte Cond. indeb. zurückfordern könne?

rr) *Hausmann* Diss. de SC. Vellei. renunc. Arg. 669.

s) *Cramer* ob die von einer Frauensperson auf die Auth. qua mulier, von deren Inhalt sie renuncirt, gefעהene renunciatio ungültig sey?

t) In arg. C. II. XLIII. III. Huiusmodi autem sacramento corporaliter praestito nullum tibi superelle auxilium, percipiendi iuris est.

u) *Berger* oeconomia iuris L. III. Tit. III. Th. VIII. not. 8.

nulla vi importuna, nulla sollicitatione nullaque fraude deceptam fideiussisse, renunciaſſe et iuraſſe. Omiſſio enim actus corporalis vim iuramenti non impedit, cum iure canonico iuramenti vis in actu externo non conſpiciatur, quippe quod ſolum intentionem iurantis hic inſpiciendam iuber *). Neque Senatusconſulti Velleiani auctoritas eſt, neque iuramento firmandae renunciationis neceſſitas requiritur hodie in foemina pro marito fideiubente, quocum bona habet communia. Ratio quaeri poteſt, cum in praefumptione debitum in uxoris rem eſſe verſum y), tum in eo, quod ipſa ſit debitrice, quae in ſpecie fideiuſſionis propriam principalem contraxit obligationem. Sunt quoque, qui omnia haec in foeminis illuſtribus z), ut et in foeminis mercatricibus zz) exulare ſtatuunt, quia opinantur iuris romani auctoritati haec non eſſe obnoxias. Ut foeminarum fideiuſſiones valeant, requirit ius *Borufforum noviffimum* a), ut

a) foemina certior fiat, antequam intercedat, et ut apertis clarisve verbis enuncietur haec certioratio, et ut facta mentio fiat in ipſa fideiuſſionis ſcripta cautione. Ut vero

b) haec

x) C. 72. Clauſ. XXII. Q. 1.

y) D. h. t. ff. 2. 44. *Gothofred.*
in rub. auth. ſi qua mulier C. h. t.

Schiltzer exercit. ad Dig. Ex.
XXVIII. §. XIII.

z. Conveniunt plures leges provinc.
de Belgio teſtis eſt *Regnerus* ad h. t.
de Civitate horica *Ritterſhuſen* ad
Nov. p. 1.

Ius Lubecenſ. L. 1. Tit. X. art. 3.
Gailius L. II. Obf. XC. n. 5. *Mae-*
voius part. II. Divif. 206. n. 3.

zz) *Schiltzer* l. cit. §. VI. *Dein-*
linus Diſſ. de vera indole SC. Vellei.
ad uxorem mercatricem pro marito
intercedentem, 1751.

Cramer ob bey denen nicht han-
delnden Weibſperſonen auch in cauſis
cambialibus das SC. Vellei. ſtatſinde?

Boehmer ob und in wie weit eine
Weibſperſon, ſo einen Handel treibt,
aus ihrer Bürgſchaft verbunden ſey.

a) *Allgem. Geſetzb.* Tom. I. Tit. V.
§. 199.

b) haec certioratio et renunciatio coram iudice fiat, requiritur quidem, sed iuramento neque opus est, neque iurata admittitur renunciatio. Ius enim hoc aperte prohibuit pacta firmari iureiurando b), proposita multa quinque thalerorum, quae ad decem extendi potest, quae generalis sancio legis poenalis locum sibi vindicat in iuramento tam iudiciali, quam extra iudiciali. Deinde uxorum fideiussiones in iure fieri praecise cavet c), et ad iudicis officium sancte curandum pertinet: videat iudex competens foeminam hic uxorem fideiubentem animo deliberato ac serio rem agere. Foeminae mercatrices iure masculorum negotiatorum vitam agentium utuntur d), et ideo ius nostrum iuris romani constitutiones redintegrasse et iuri canonico derogasse patet.

§. VIII.

Post foeminas intercedentes videamus de clericis, militibus, et minoribus. Iure romano miles a fideiussionibus arceatur, quia impeditur, quo minus privatis negotiis sese immisceat e). Ratio legis apud nos quidem exultat, merito tamen dispositionem legis servamus, nisi legibus provincialibus contrarium placuerit, ideoque his militem non admittentibus eum fideiussorem non idoneum censeo. Constitutio haec militem a fideiussione arcens, ordini datum continet privilegium f), cui

b) A. G. Tom. II. Tit. XX. §. 1425
et §. 1426.

c) A. G. Tom. II. Tit. I. Abl. IV.

d) A. G. Tom. II. Tit. VIII. Abl.
VII. §. 488.

e) C. 4. 65. 31. *Ayrer* Praeclus.
de fideiussore militis, Goetting. 742.
Kirschhoff Abhandlung von den besondern Soldatenrechten, Vorzügen und Freyheiten, Hamb. 762.

f) *Stryck* Ulu mod. I. 46. tit. 1. §. 3.

cui renunciari non licet. Et iure Borufforum argumentum approbare idem arbitror. Qui enim mutuum pecuniam accipere non prohibetur, illum et ad fideiussionem suscipiendam esse admittendum dico, cum iam iure Borufforum miles observatis definitis quibusdam solemnitatibus valide mutuum pecuniam accipiat ^{g)}, iisdem solemnitatibus servatis valide intercedere posse concludo ^{h)}. Clericis pro laicis intercedere prohibitum est, ne secularibus negotiis irretiti animum divinis meditationibus subtrahant ⁱ⁾. De usu huius legis disceptant Doctores et in illorum descendo sententiam, qui clericos a fideiussionibus arcent: ratio enim Novellae legis et hodie obtinet, ne scilicet sacra ministeria impediatur ^{l)}.

Clericus iure Borufforum in privatis negotiis cum laicis iure communi fruitur, liberoque de re sua familiari disponendi arbitrio. Hinc clericum a fideiussione exclusum non arbitror ^{m)}. Minorum fideiussiones sine curatoris consensu susceptae, ipso iure nullae sunt ⁿ⁾; si vero minor consentiente curatore intercesserit, in integrum restitui petere potest ^{o)}. Sed re-

C 2

ceptae

g) Edict v. 2. Decemb. 1766. in *jurist. B. v. 31*. p. 65. Disponitur ut reales quidem actiones contra militem admittantur, personales tum demum, si debitum cum consensu praefecti militum contractum sit.

h) A. G. B. T. I. Tit. II. §. 677. seq.

i) N. 123. cap. 6.

l) Stryck l. cit. *Kellin* Diff. de fideiussore clericor. prol. laicis, lent. 1740. *Reinhardt* Progr. de fideiuss. clericorum, Hal. 1740. *Madin* pra-

cipia iuris rom. M. 1. Diff. I. Cap. V. §. CCLXXXVII.

m) A. G. B. Tom. II. Tit. II. §. 99.

n) *Brannemann* ad l. 101. D. de Verb. Oblig. Stryck Cant. Cont. Sect. I. op. 2. §. 21. *Hering* de fideiuss. 17. n. 86.

o) C. 2. 22. 3. *Huber* praelect. ad Ius Lib. 3. T. 20. §. 11.

Stryck Syntagm. iuris l. 4. Tit. I. §. 37.

Niehaus Diff. de fideiussore minoris, Goetting. 1778.

ceptae usurae minorem intercedentem obligant p), quas maior factus accepit, quia tacite ratam habuit in minore aetate factam intercessionem.

§. IX.

Quae obiectum fideiussionis concernunt regulae generales, utilitate non excedunt sua applicatae ad fideiussiones fideiussionum. Neque criminalis causa respuit fideiussionem, ideoque consequor fideiussorem in causa criminali admitti posse, si in reatu constitutus praestare debeat, quod perinde est an ipse an alius praestet, quod cum in causa mulctae ut et expensarum criminalium procedat, fideiussio admitti poterit, sed perperam satisfactionem delinquens fideiussorem offeret, si corporis afflictiva poena immineat, meliori vero iure, si de *Wergeldo* solvendo securitatem afferre gestiat q), cuius *Wergeldi*, quod Saxones ex antiquis temporibus r) retinere, licet, Pace Publica in imperio constituta, peraeque in Germania oboluerit quodammodo.

Ius Brandenburgicum novissimum s) restituit, cum naturali aequitati nihil magis consentiat, quam homicidam obligari ad alendam familiam occisi.

Sed si de poena corporali agatur, fideiussionem non admitti statuunt, et iuris criminalis doctores t), et leges u), quamvis

p) *Pütter* auserl. Rechtsfälle, B. II. Decif. CCXI.

q) P. IV. Conf. II. et 12. Corp. Qu. 34. *Küfner* Disp. de *Wergeldo*. Lips. 1742. *Quisberg* Grundfaetze des peinlichen Rechts f. 230. *Meißner* rechtl. Erkenntnisse, Decif. 35. n. 32.

r) Cap. 12 et 21.

s) A. G. B. Tom. I. Tit. VI. f. 98; seq.

t) *Wiegner* Disp. de fideiussore in causis criminal. p. 45.

u) *Rodig* Disp. de fideiussore delinquent. 1677.

Quisberg peinlich. Recht. Tom. II. f. 842.

A. G. B. I. Theil, Tit. XIV. f. 249. 250.

n) C. XI. XXXIV. 1. Fideiussores magistratum in iis, quae ad reipublicam

vis non desint exempla in contrarium *). Qui ob fugae suspitionem pro delinquente apud iudicem intercessit criminalem, liberatur si iudicem admonuerit de aucta fugae suspitione, et carceri illum mancipari petierit †). Et in causis feudalibus fideiussionum ‡) utilitas conspicitur.

An uxor in dotis securitatem a marito fideiussores iure accipiat, quaerunt. Ius romanum fideiussiones dotis servandae causa factas respuit et exigi prohibet a); iniquum scilicet opinans mulierem de bonis diffidere, quae suam vitam marito credidit, fidemque alienam potiorum habere fide maritali. Cuius prohibitionis ratio in matrimoniorum favore posita est, et ne fideiussorum inveniendorum difficultas matrimonia contrahenda impediret, quae leges romanae quam maxime promovent. Sed hanc constitutionem iuris romani quodammodo Innocentius III. sustulisse videtur ††). Quamvis enim epistola decretalis maritum ad inopiam vergentem supponat, tamen, cum Pontifex non de ipsa quaestione, an pro dote fideiussio admittatur, respondeat, sed definiat, qualem securitatem praestare debeat maritus, pater approbasse pontificem fideiussores in dotis securitatem accipi. Absurda enim foret decisio de qualitate fideiussionis exigendae, si omnis fideiussio pro dote esset reprobata b).

§. X.

eae administrationem pertinent tene-ri, non in his, quae ob culpam vel delictum eis poenae nomine interrogantur, tamen mihi quam D. Severi Patri placuit.

x) Cicero lib. 3. offic. Valerius Maxim. Lib. 4. cap. 7.

†) Froelich de Froelichsburg Comment. ad Caroli V. peinliche Gerichtsorden. Lib. 1. Tit. 20.

Kress. C. ad CCC. Art. IV. et 15.

z) Schwäb. Lehnrecht, Cap. LXVI.

a) C. 5. 20. 1. 2. Brunnemann ad Cod. l. V. Tit. XX.

aa) l. 4. 20. X. Cap. 7.

b) Leyser vol. VII. Sp. DXXIII. m. 8. Vol. XII.

Eisenhardt Diss. de fideiussionib. dot. §. 9. in opus. p. 32. seq.

Hoopf-

§. X.

Fideiussionis negotium, quo fideiussor principalis securus redditur, contractus est, quo fideiussor fideiussoris principali fideiussori obligatur. Sed susceptae fideiussionis dies apud fideiussorem principalem tunc demum venit, quando creditori principali solvens satisfecit fideiussori principali. Nam fideiussore principali dimisso, citra onus fideiussoris ipso iure extinguitur obligatio, quam fideiussoris fideiussio in se suscepit. Ut igitur ex fideiussione fideiussor principalis contra suum fideiussorem agere possit, requiritur, ut ab alio principalis fideiussor indemnitate suam consequi nequeat; et cum culpa delinquentibus non subveniatur, constat liberatum esse fideiussorem fideiussoris, si iste indemnitate neglexerit, quam assequi potuisset. Quae dicta indicant

- a) fideiussorem fideiussoris liberari, debitore principali solvente, aut si creditori a confideiussoribus fideiussoris principalis creditori satisfactum fuerit;
- b) temporis lapsu aut conditione existente. Quod apud Romanos eatenus obtinuit, ut non ipso iure, sed demum ope exceptionis liberatio contingeret c).

At subtiliori isto iure non utimur d), sed eodem, quod de die obtinet in fideiussione sub conditione suscepta.

c) Fide-

Hoepfner Comment. ad Inst. §. 839.
 Cannegiesser in Dec. sum. prov.
 sen. Hoff. Cass. T. XI. Dec. CXLII. n. 3.
 Greenewegen de legibus abrogatis
 tit. ne fideiuss. dotis dicent
 Mucetius in Decif. part. II. Decif.
 367. idem in Comm. in ius Lubecense
 lib. I. tit. 5. Art. 10. n. 14.

c) D. 44. §. 44. §. 1. in. 3. 16. 3.
 d) Titius Obl. in compend. iuris
 Lauterbachii Obl. MCLXX.
 Res eodem redit, sive simpliciter te
 ad certum tempus obliges, sive in
 super protestationem addas, utroque
 enim casu animus restricte se obligan-
 di satis apparet.

c) Fideiussor creditori neglecto excussionis beneficio solvens aut incuriosus dilapidationis debitoris principalis frustra suum fideiussorem actione pulsatur. Rem enim quidem suam negligere potest, non aequè fideiussoris sui conditionem deteriorem reddere f).

d) plane non obligetur, debitore nondum excusso, salvis omnibus tamen exceptionibus, de quibus infra.

Sed quando creditorem frustra admonuit contra debitorem ius suum tueri, ex naturali aequitate fideiussor principalis liberatur, et per consequentiam ille, qui apud fideiussorem principalem fidem adstrinxit. Securius quidem ad agendum creditorem provocat fideiussor principalis, et eodem remedio quoque consultitur fideiussori fideiussoris. Si fideiussor contra fideiussorem suum, antequam dies obligationis venerit, agere voluerit, exceptione plurispetitionis tempore actionis nondum natae et doli mali repellitur g).

§. XI.

Indoles obligationis, quam fideiussor apud principalem fideiussorem contrahit, ex inito pacto intelligitur demum, quod ideo curate inspiciendum erit. Vel autem in *omnem causam* fideiussit, vel pro *determinata quantitate*, in illo casu et si expresse promiserit, er wolle als Bürge für alles haften, et sortem et usuras omnesque sumtus restituere debet fideiussori.

Vinnius in Select. iuris quaest. Lib. II. Cap. XXI.

Wernher Observ. forens. part. VII. Obl. XXXIV.

Rosmann Disp. de fideiussore indemn. Erlangae 1743.

vid. *A. G. B.* Tom. I. Tit. XIV. §. 316. leg. §. 320.

e) *Sande* Decis. aureae, Lib. III. Tit. 10. Dec. 3.

f) *D.* 17. 1. 44.

g) *Lauterbach* Disp. de fideiuss. indemn. th. 37.

ri h). Alias stricte interpretatur fideiussionem, et iudex proclivior esse debet ad absolvendum fideiussorem fideiussoris. At in altero casu, quando scilicet fideiussor pro certa quantitate, certaue summa intercesserit, exempli gr. ich verbürge mich dem Caio für die hundert Thaler, welche Maevius den Sempronius schuldet, illam quidem solvere debet, neque plus praestat quam promisit. Qua usuras, iure romano usurae non praesumuntur deberi i), sed in contractibus aut stricti iuris aut bonae fidei promissae demum debentur l), ita tamen ut in contractibus stricti iuris expresse promittantur, cum in contractibus bonae fidei et tacite oblatae, quid quod ex officio iudicis ob aequitatem naturalem adiudicari possint, quod praecipue quando debitor in mora est, vel furtum usus pecuniae commisit, contingit m). Hinc cum ex iuris romani disciplina fideiussio contractus stricti iuris esset, fideiussor usufruarum

h) D. 50. 8. 2. §. 12. D. 45. 1. 34.
 §. 2. *Leyser* Sp. DXXIV. m. 5.

Topp de fideiussore usuras solvente
 et non solvente. Helm. 767.

i) C. 4. 32. 1. Si interrogatione
 praecedente promissio usurarum recte
 facta probetur, licet in instrumento
 non scripta non sit, tamen optimo iure
 debentur.

l) C. 4. 26. 8. Si mandator pro fi-
 lio tuo exististi, vel in fido tuo cum eo,
 quem in potestate tunc habuisti, con-
 tractum est: intelligis et forte et usur-
 is te parare oportere, si te his omnibus
 obligasti, ut res, quae pignoris iure de-
 tinentur, liberari possint. Quod si
 fideiussor creditae pecuniae interces-

sisti, teneri te ex ea obligatione ex-
 plorati iuris est. In illa lege nulla
 distinctio, ut mihi videtur, inest, quod
 tamen *Schmidt* in *lib. suo de fideiussore pla-
 ne non obligato* L. III. n. 5. dixit, ubi
 fideiussor simpliciter
 intercedens, ideo de usuris
 tenetur, quia intellexe-
 rit illas in obligatione debi-
 toris principalis esse: si se ad
 usuras obligavit, certe etiam intel-
 lexerit, et non scientiae causa, sed pro-
 pter susceptam obligationem tenetur.
 Quia contractus mutui iure romano,
 ad contractus gratuitos numeratur,
 creditor duntaxat id repetere potest,
 quod dedit. D. 2. 14. 17.

m) C. 1. c. 34.

rarum nomine non obligabatur, nisi expressa usurarum mentio facta esset. Itaque fideiussor pro pecuniario mutuo fideiussor, ad usuras non obligatur, cum quia mutui contractus stricti iuris non est ^{a)}, tum quia negotium gratuitum est ^{b)}, ideoque usurae non debentur, nisi ex stipulatione ^{p)}. Sed hanc regulam non ubique pure ius romanum sequitur, quo nimirum usurae quamvis non promissae non debentur civitatibus ^{q)}, creditori frumenti ^{r)}. Iure nostro alia ratio est, in usuris *conventionalibus* ^{s)}, alia in *punitoriis* ^{t)}, cum illas solvere debeat, si in eas fideiussionem suam extenderit. Quamvis id iuri romano congruere non videatur, urgeo fideiussiones adhuc strictae esse interpretationis, ideoque cum qui pro sorte fideiussit, et pro usuris fideiussisse non censeri ^{u)}. Si vero ob moram usurae debeantur, mora debitoris fideiussoris et eius fideiussoris distingui debet. Usuras enim, quas debitor ob moram solvere debet, fideiussor fideiussoris non restituit, quippe qui se ad illas non obstrinxit. Neque obligatur ad usuras refundendas, quas fideiussor ex mora sua creditori debet, cuius scilicet negligentia ei soli nocet. Sed quando tandem ipse fideiussor fideiussoris ex mora usurarum obligationem contraxerit, suae quoque negligentiae poenam luit ^{x)}. In sumtibus tandem distinguendum est, an ex necessitate vel minus facti sunt ^{y)}: necessarios, quales inprimis sunt facti

n) J. I. II. §. 2. D. XLV. I. 126. §. 2.

o) D. 20. 6. 8. D. 12. I. II. §. 1.

p) D. 50. 16. 121.

q) C. 4. 32. 30.

r) C. h. t. 12.

s) D. 22. 2. 7.

t) N. 136. C. 4.

u) D. XLI. I. 68. §. 1. *Madihn* princip. iuris rom. l. c. §. 280.

x) D. 45. I. 59. *Berger* El. D. I. Supp. Part. I. conf. LXXXIII.

y) C. 8. 41. 10. D. XLVI. I. In amplius fideiussores non tenentur. Hoc enim non debet imputari fideiussoribus, quod ille propter suam poenam praestitit.

D

Goed.

facti in perfectionem fortis moto a debitore concursu creditorum^{a)}, fideiussor fideiussionis restituere debet, non vero hos.

Iure civili et naturali factum alienum inutiliter promittitur^{b)}, valet vero stipulatio, qua quis se effecturum promittit, ut quis in alterius utilitatem agat^{c)}. In hoc casu et fideiussio admittitur, sed susceptae huius fideiussionis fideiussor non intelligitur, quia aperte degeneraret in promissionem facti alieni; quamvis non is sim, qui negat, ut ille, qui se effecturum pronunciat, ut alter quid faciat, fideiussionem det in damnum, et in id, quod fideiussoris interest, ut ille fecerit, quem promoturum se spondit.

§. XII.

An fideiussor fideiussoris in causam duriolem se possit adstringere, quaeritur? Quam quaestionem equidem nego, nam obligatio quae ex fideiussione fideiussionis oritur, est accessoria, quae constanter principalem obligationem, si obiectum spectas, imita-

Goeddens in comment. de contrah. et comment. stipul. Cap. II. conclus. 10. n. 136. et 137.

Vinnius Select. iuris quaest. lib. 2. cap. 10.

Heving de fideiuss. cap. 24. n. 246. non obstat D. 45. 1. 18.

^{a)} Moto concursu creditori electionem competit aut interpellare fideiussorem aut se in concursum immiscere vult, si illud non faciat fideiussor liberatur. D. 46. 3. 95. §. 11. Si itaque fideiussor non est interpellatus a creditore, et ille se non in concursum

immisit, etiam fideiussor fideiussoris liberatus erit. *Heving* de fideiussore liberato, licet debitor principalis ad solutionem obligatus est.

^{b)} J. 3. 20. 3. si quis alium daturum factorumve quid promittit, non obligetur: veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret, spondiderit, obligetur.

D. XLV. 1. 83.

Puffendorf de iure naturae et gentium L. 3. Cap. 7. §. 10.

^{c)} *Leysler* Med. ad D. Sp. DXXI. §. X.

imitatur d). Quod adeo verum est, ut ius romanum nequidem fideiussorem, qui pro maiore summa fidem adstrinxit, quoad summam concurrentem obligatum pronunciet f). Nihilominus tamen fideiussor duriori vinculo adstringi potest, ut susceptam obligationem die veniente exsolvat g), qui pro naturali obligatione fideiussit, civili iure ex fideiussione et perfecte obligatur h). Ideo fideiussio et iuramento et hypotheca et ubi permissum obstagio corroborari potest i), qua in re et ius Porussicum suo modo collineat l).

§. XIII.

Fideiussionis nexus non solius fideiubentis personam, sed etiam eius heredes afficit, et dubio caret heredes fideiussoris fideiussionis teneri m), quorumque consensus in fideiussionem non desideratur. Obligatio enim a defuncto fideiussore in he-

D 2

redes

d) J. 3. 21. §. Fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debitor, pro quo obligantur.

f) D. XLVI. 1. 8. §. 7. J. 3. 21. §. 6.

g) D. XLIX. 1. 59. D. 50. 8. 3 et 4. Magis est in pignore quam in fideiussione §. 17. 20.

h) J. 3. 21. §. 1. D. XLIX. 1. 6. §. ult.

Conradi de fideiussore in maiorem summam, quam quae debetur, adhibito. Helm. 734.

Müller Diff. de latitudine nexus fideiussoris 768.

Elfasser ob derjenige Bürge, der eine höhere Verbindlichkeit als der Hauptschuldner übernimmt, nach der Theorie des R. R. zu nichts verbun-

den ist. (gemeinnütz. Beobachtung. 3 B. n. 6.)

i) *Koppen* Decif. 56. n. 7.

l) *Allg. Gesetz b.* Tom. I. Tit. XIV. §. 278. Wohl aber kann sich der Bürge zu einer bessern Sicherheit, als der Hauptschuldner, verbinden.

Hamburg. Stadtrecht, part. II. tit. 6. art. 3., die Bürgen können nicht so verbunden werden, daß sie mehr sollten bezahlen, denn der Principal-Schuldner, wiewohl sie gestrenger obligirt werden können.

m) l. 3. 21. §. 2. Const. Elect. Saxon. XX. part. II.

Frisse de herede fideiussoris. Ienae 704.

Frisse de nexu heredum ex fideiussione defuncti, R. 735.

redes transit, ideoque *Ulpianus* ⁿ⁾ heredem obligatum reliquisse dicit ^{o)}. Quando vero fideiussor fideiussionis expressae suam tantummodo personam teneri voluit, morte fideiussoris obligatio expirat ^{p)}; quod vero constitutum non praesumitur, nisi forte iuris provincialis auctoritate ^{q)}. Quando vassallus in domini directi utilitatem fideiussorit, ex facto pendet quaestio, non ex iure, ad quosnam pertineat fideiussore extincto fideiussionis vinculum.

Ius vero Borussicum cum iure communi eadem principia servat ^{r)}.

§. XIV.

Vi regulae supra §. IV. expositae, quod, quidquid inter creditorem et fideiussorem valet, id etiam obtineat inter fideiussorem et fideiussorem fideiussoris; omnia beneficia, quae fideiussori tributa sunt, competunt quoque fideiussori fideiussoris. Nam quamquam dies obligationis ex suscepta fideiussione fideiussionis oriundae tunc demum venit, quando fideiussor principalis solvit, et debitor principalis inutiliter excussus est, tamen fieri potest, ut debitore non excusso fideiussor fideiussoris forte

n) D. XLII. l. 4. §. 1. *Leysen* med. Sp. DXXIII. §. 13.

o) C. 8. 38. 13.

p) D. 2. 13. ³ D. 50. 17. 23.

Magdeb. Polizeyordnung cap. 51. §. 12. Die Bürgschaften verbinden auch in unserm Herzogthum Magdeburg der Bürgen Erben, wenn gleich deren in der Vertheilung nicht gedacht, soweit des Bürgen Nachlass sich erstreckt, es wäre denn in der Vertheilung ausdrücklich abgehandelt, dals anstatt des verstorbenen Bürgen der

Schuldner dem Gläubiger einen andern setze, welchenfalls der Bürgen Erben aus der Bürgschaft Vertheilung nicht besprochen werden sollen.

q) In nonnullis statutis ordinatum est, ut obligatio fideiussoris non ad heredem transiens sit.

Esferle Stadtrecht. Walchs Beyträge. Theil V. §. 37.

Mühlhanser Stadtrecht, P. 3. Art. 67. §. 23.

Mecklenb. Landrecht v. Jahr 1621. §. 2.

r) l. c. §. 334.

forte conveniatur. Eadem ratione, quia non semper creditorem agentem excutiendi debitoris praescriptione repellere potest fideiussor, ita et haec in fideiussore fideiussoris compulsio contingunt. Neque naturae fideiussionis fideiussionis repugnat beneficii ordinis renunciatio, quae scilicet renunciatio in fideiussione indemnitate fideiussionis intelligi nequit. Ratio in apriço. Fideiussore enim indemnitate fideiussoris principalis remittens beneficium excussionis, a natura fideiussionis recedit, et eodem iure, quo fideiussor indemnitate iudicatur, qui ut fideiussor ad solvendum adstrictus censetur *). Quando fideiussor fideiussoris renunciavit beneficiis suis, distinguo, an principalis fideiussor iam tunc renunciaverit beneficio excussionis, nec ne. In illo casu dubio caret, fideiussorem fideiussoris statim, et quamvis debitor non sit excussus, conveniri posse; volentibus enim non fit iniuria. Quando vero in secundo casu fideiussor principalis creditori solverit, omisso beneficio excussionis non obligatur fideiussor fideiussionis, (§. X. n. c.). Quando vero fideiussor fideiussoris beneficio ordinis non renunciaverit, et a fideiussore principali conveniatur, qui neglecta excussione debitoris principalis solvit, reus fideiussor fideiussoris plane non obligatur. Sed quid si fideiussor principalis principaliter obligatus solverit creditori, num etiam et tunc statim fideiussor fideiussoris conveniri poterit a fideiussore principali et uti ordinis praescriptione, cui non renunciavit? Num fideiussor principalis in eadem conditione positus censeretur poterit, quasi renunciasset beneficio suo post receptum fideiussoris fideiussoris? Pro certo habeo, in illo casu beneficio suo uti non posse fideiussorem fideiussoris, quia fidem suam dedit fideiussori, si solverit.

Absol-

*) Schilter exercit. ad L. XLVIII. §. XXVIII.

Abfolvendum putarem in hoc casu, si fideiussor principalis cul-
pae aut doli reus probari queat. Quando itaque fideiussor
principalis creditori coactus solverit, vel propter inopiam de-
bitoris non solvendo existentis, vel propter privilegium, vel
quia latitat *), ideoque fideiussor principalis excutiendo debi-
torem, rem salvam habere non potest, denegandum quoque
est fideiussori fideiussoris beneficium, et confirmata adest regu-
la, quod fideiussor principalis, quoties absque culpa aut dolo
condemnatus fuerit, toties fideiussor fideiussoris beneficio ex-
cussionis uti nequeat, sed pure in rem fideiussoris principalis cre-
ditori solventis condemnandus sit. Si itaque debitor principa-
lis moratorium a principe impetraverit, et a creditore conveniri
nequeat, et fideiussor et per consequentiam fideiussor fidei-
iussoris de solutione praestanda tenetur. Secundum enim,
quam rectam arbitror sententiam iureconsultorum ^{u)}), mora-
torii beneficium, quod mere personale est, fideiussori neutri-
quam competit. Quamvis leges provinciales et locorum sta-
tuta exceptionem quandoque suppeditent, moratorio vim benefi-
cii realis tribuentes ^{x)}). Qua quaestionem, quatenus fideiussor
et in consequentia fideiussor fideiussoris obligetur, si creditor
diem solutionis in favorem debitoris prorogaverit, distingo,
an hanc dilationem volens lubensque aut invitus creditor con-
cesserit. In illo casu dubio caret, creditorem et debitorem et fidei-

*) Auth. prae C. de fidecomm.
Nov. IV. ver. I.

D. 17. r. 12. D. XLVI. 1. 29. 4. 59. 1.

Schott an absentia debitoris prin-
cipalis sub aliena iurisdictione sit ho-
die infra causa fideiussor ordinis ben-
ef. privand. Lips. 1773.

u) Cöler de process. execut. P. I.
Cap. 10. n. 384.

Maevius P. III. 261. n. 1.

Boehmer Exercit. ad Dig. Ex. 46.

§. II.

x) D. 44. r. 7. Zanger in tr. de
except. P. III. cap. ult. 263.

fideiussori dilationem concessisse. In posteriori vero casu, si iudex dilationem concessam extorserit, aut pactum dilatorium cum maiore parte creditorum initum, quam pauciores sequi debent ^y), fideiussor omnino tenetur. Hoc enim casu ad idem res recedit, quasi debitor principalis solvendo non sit, et fideiussor principalis obligatur. Et inutilis foret omnis fideiussio, si fideiussor de solutione praestanda non teneretur. Idem obtinere arbitror, si fideiussor beneficio excussionis uti nequeat, quia debitor principalis latitat ^z). Certum ius est, fideiussori non prodesse exceptionem, quae debitori principali non competit, quia creditor non consentit ^a). Si vero per pactum remissorium ^b), et quod omnino differt a pacto dilatorio, et si creditores quora debiti parte soluta debitorem dimittant, utique interest, an extrajudicialiter, quod maxime hodie mercatores sequi solent ^c), ad evitandum concursum

y) D. XIV. 8. Maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit, quod cum aequales sunt, in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praefendus est.

z) *Cap. de beneficia ordinis seu excussionis* §. XIII.

a) D. XVII. 1. §. 1. Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit, deinde defuncto debitore maiore parte creditorum consentiente, a Praetore decretum est, ut portionem creditoris ab heredibus ferant, absente eo creditore, apud quem mandator exsisterit. Quaero, si mandator conveniatur, an eandem habet exceptionem, quam heres debitoris? respondit: si praesens apud Praetorem ipse quoque consenserit, pactus videtur

intra ex causa, eaque exceptio fideiussori danda esset et mandatori. Sed cum proponas eum adfuisse, iniquum est auferri electionem, sicut pignus aut privilegium, qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare decretum praetoris: nec enim, si quis dixerit summovendam creditorem, heredi consulitur, sed mandatori, et fideiussoris quibus mandati iudicio eandem partem accepisset, an reliquum permittendum esset, creditori fideiussorem convenire dubitatum sit? Sed videtur consentire decreto, conveniendo herede.

b) *Boehmer Exercit. ad Dig. Ex. XXXIX.*

c) *Kobit de pecunia mutuatice tute collocanda, Cap. VII. §. 10.*

cursum ex odio sumtuum, et an in illud ipse creditor consenserit; quo in casu neque fideiussorem, neque fideiussorem fideiussoris teneri arbitror. Creditor enim satis luculenter declarat, quod illa parte, quam debitor offert, contentus esse velit; nam quid naturalius, cum debitorem non excusserit? Si vero pactum iudicialiter initum fuerit, invitus creditor hoc pacto obligatus dici nequit, quia neminem iudex, ut suum ius omittat, cogere potest ^{d)}, cuius potius est officii, suum cuique tribuere. Idemque ius procedit in fideiussore et fideiussore fideiussoris. Quae principia et sequi debemus, quando fideiussor principalis confideiussores non habet. Si vero fideiussor principalis confideiussores habens, condemnatus fuerit, ut solvat fideiussori fideiussoris, exceptionem excussionis denegandam esse statuo. Fideiussor enim fideiussoris, cum confideiussoribus fideiussoris sui principalis non contrahenti, ei nulla iura contra illos competunt, neque fideiussor principalis cogi potest, ut contra confideiussores agat, quia commodior ei est actio in fideiussorem fideiussoris competens.

§. XV.

Fideiussori fideiussoris contra suos confideiussores denegari nequit *beneficium divisionis*. Constat pluribus confideiussoribus fideiussori pro eodem debito datis sine partis mentione adiecta, beneficium divisionis locum fortiri ^{e)} eiusque exceptionis vim esse, ut fideiussor fideiussoris ultra ratam suam condemnari

^{d)} *Thomassin's* Disp. de protestatione iustitiae per amicabilem compositionem partium litigantium a iudice tentandam.

Heimburg de transactione iudiciali invita.

^{e)} Beneficium divisionis a *Dico Hadriano* introductum, ut contra confideiussores, si in solidum teneantur, obligatio divideretur, adeo nempe ut creditor a singulis, qui litis contestatae tempore solvendo sunt, parte petere

nari non possit. Sed ut hoc beneficio uti possit, requiruntur confideiussores, qui litis contestatae die solvendo sunt ^{ee}). Actore vero negante hosce rei confideiussores solvendo esse, fugienti fideiussori probationis onus incumbit, cum quia affirmat, idoneos esse, tum quia quod solvendo sint, allegatio unicum exceptionis fundamentum efficiat et excipiens agere videtur ^f). Si vero post litem contestatam demum bonis lapsi fuerint, hoc fideiussori fideiussoris excipienti non nocet, sed fideiussori, quamvis is vel maxime minor fuerit, quia deceptus non videtur, et vitium alienae cessationis alterius non cessantis dispendio cedere iuris ratio non patitur ^g). Fideiussor solvens solumque a fideiussore fideiussoris repetens, ut actiones suas contra debitorem principalem cedat, obligatur. Utile est hocce beneficium fideiussori fideiussoris, si adsint vel confideiussores fideiussoris, vel parata sit contra debitorem principalem actio man-

petere compellantur, cum si quis tunc solvendo non sit, pars eius ratione creditoris reliquos onerat. D. 14. 6. *26* sicut et, si ante exactam a se partem sine laevade decesserit, non enim ipso iure beneficium divisionis indulgetur. Epistola illa, (nam epistola pro edicto ponitur, quod ex *Bachii Historia iuris rom.* p. 452 videtur.) edicto perpetuo inserta est; unde etiam *Paulus in Select. sententiar. 1. 20.* illam ex edicto perpetuo derivat. Ius antiquum, quod creditori electionem inter confideiussores concessit, per edictum non mutabatur, si confideiussores beneficium Hadriani ignorabant. Doctores, inter alios *Mynster. de Inst. a Cassi in Prael. ad Tit. Cod. de constituta pecunia, in Meermannii*

Theatro, Tom. I. p. 721. epistolam illam non Hadriano, sed D. Pio tribuunt, sed *Heinecius in antiquit. iuris rom. L. III. Tit. 21.* demonstrat, D. Pium auctorem huius beneficii non esse, quia certum est, edicto perpetuo insertum esse. Edictum perpetuum nempe an. N. C. 131. publicatum est, et D. Pius an. 138. imperium obtinuit. Videtur tamen D. Pius illud beneficium nova epistola stabilivisse, D. XLVI. 1. 4. §. 1.

ee) *Noodt in probat. iuris civil. Lib. II. Cap. 1.*

f) *D. 44. 1. 1. C. 8. 36. 9. D. 22. 3. 18. §. 1.*

g) *D. XLVI. 1. 51. 54. Cap. 5. §. 2. arg. l. 1.*

E

mandati, vel actio negotiorum gestorum ^{h)}, vel si denique actio, quam creditor contra debitorem principalem habet, adeo sit privilegiata, ut in cessionarium transire queat, nam tunc cessã actio facit ius præcipuum fideiussoris, qui mandati vel negotiorum gestorum actione indemnitatem consequi non possit. Præcipue vero fideiussor fideiussoris cessã actionem tunc contra debitorem instituet, si iste ad meliorem fortunam forte pervenerit, sed iam quaeritur de forma beneficii cedendarum actionum. Iure romano cessio inutilis est solutione iam facta ⁱ⁾, aut pure aut sub conditione actionis debitore cedentæ. Quando fideiussor fideiussoris solverit fideiussore principali non cedenti actiones, quas contra confideiussores fideiussoris habet, fideiussori fideiussoris plane nulla contra confideiussores competit. Ex opinione quorundam ^{m)} fideiussori etiam competit beneficium cedendarum actionum contra debitorem, cui neglecta quamvis non renunciata exceptio cedendarum actionum solverit, cum ei in id contra debitorem ex emto actionem concedant. Sed fundamento hæc sententia destituitur. Cessio enim non ubique ex causa emtionis venditionis fit, neque quæ inter emtorem et venditorem obtinent, omnia in cessione actionum defendi possunt, quod exempli gratia in causa evictionis præstandæ manifestum est.

§. XVI.

Actiones ex fideiussione oriundæ moventur vel a fideiussore fideiussionis contra debitorem, vel instituuntur a fideiussore

h) Voet. Comment. ad Dig. L. XLVI.
1. §. 28.

m) Hering de fideiuss. Cap. 28.
n. 35—49.

i) D. XLVI. 1. 39.

Sive in Syntagm. iuris civil. Ex.
47. th. 45.

fore principali contra fideiussorem fideiussoris. Fideiussor fideiussionis contra debitorem uti potest

A. *actione mandati contraria.* Est haec actio personalis, qua fideiussor fideiussoris eiusque heres a debitore principali eiusque herede reperit volente creditore solutum; ut competat, requiritur

a) contractum negotiorum mandati;

b) ut actor, qui hic fideiussor fideiussoris, satisfecerit.

Quo actionis fundamento deficiente deficiat necesse est, ipsa actio, quae institui nequit a fideiussore fideiussoris, a fideiussore principali fideiussionem remittente liberato, utpote qui solutione non liberatus est. Sed non competit actio, quando fideiussor fideiussoris non creditori principali, sed fideiussori solverit, si debitor principalis mandaverit, ut creditori solveret. Intendimus per hanc actionem, ut

1) debitor fideiussori fideiussoris restituat, quod fideiussori solverit. Non implicat, solutionem hanc et per apocham fideiussoris instrumentum obligationis contractae restituentis probari posse ⁿ⁾. Et hac scriptura deficiente, ex chirographo debitoris probatio instrui poterit, quamvis solius chirographi possessio, si de quantitate soluti quaeratur, probationem non absolvat. Sed iurisiurandi auxilium forte accedere possit ^{o)}. Porro hac actione repetuntur

2) usurae, non solum, quas actor fideiussori principali solvit, sed etiam eae, quas sibi ipsi a momento solutionis praestari

E 2

stari

Карповъ Jurisprudencia forensis
P. II. conf. 1716.

Hoepfner Comment. ad Inst. L. 3.
T. 21. §. 845.

n) Schmidt Tract. de fideiuss. plane non obligato, p. 135.

o) Maevius P. VII. Decif. 213. n. 3. et Part. VI. decif. 388.

flari desiderat p). Suntque qui hic usuras usurarum praestandas defendunt q). Persequimur eadem actione

3) et impensas necessarias, et

4) omnem indemnitate[m] ex causa susceptae fideiussionis. Aequitas non permittit, ut actor damni, quod culpa sua passus est, refarcitionem petat r), cum in damno ea esse non videatur.

A fideiussore conventus veniente die solutionem tamen iniuria retractans, quando condemnatus est in sumtus litis hos eadem ratione non repetit: suae enim temeritatis poenam luit. Nec in hac re ius Brandenburgicum a iure communi dissentire video s).

Cessat denique mandati actio, si nullum mandati negotium contractum fuerit, aut dissolutum.

Altera,

B. quae competit, *negotiorum gestorum actio* est. Hoc remedio solvens fideiussor fideiussoris utiliter utetur, cui debitor mandatum nullum dederit, et actor animo obligandi debitorem principalem solverit. Cessabit haec actio, si invito et prohibente solverit debitore, cum animo donandi magis solvisse videatur t).

Haec de remediis, iam de forma. Ius scilicet suum et in processu executivo persequi poterit fideiussor fideiussoris, modo instructus sit iis probandi mediis, quae huius processus natura desiderat u).

Quaeri

p) D. 17. 1. 12. §. 9. D. 22. 1. 32. 2.

q) Cramer Wetzlarische Nebenst. Th. LXV. p. 133.

r) Maccius Part. VII. decil. 201.

s) A. G. 1 Th. 14 T. §. 351.

t) D. 17. 1. 6. §. 2. C. 2. 19. 1. ult.

u) Wernher Tom. 1. Part. II. Obs. 498.

Quaeri potest, an fideiussor fideiussoris actione mandati honorarium petere possit, quod debitor spondit *), cuius rei praecipua utilitas in causa mulieris intercedentis erit et beneficio SC. Velleiani carentis. Ius Brandenburgicum non probat pro suscepta obligatione fideiussionis honorarii promissionem, determinans quantitatem in id, ut unum procentum non excedat †).

§. XVII.

Fideiussori contra fideiussorem fideiussoris actio ex stipulatu merito competit, quamvis hodie in fideiussionibus contractantis stipulationis forma non utamur. Dicta de obligationibus, quae in fideiussorem fideiussoris cadunt, iam repetere nolo. Potius de quaestione videre liceat, an fideiussor, qui ex bonis, quae fideiussor fideiussoris tempore susceptae fideiussionis possidebat, satisfactionem et indemnitatem consequi nequit, eam ex illis, quae postea quaesita sunt, petere possit. Fideiussio strictam interpretationem admittit, ideoque fideiussor fideiussoris in cautione fideiussionis de bonis loquens, de futuris et adhuc quaerendis bonis cogitasse non videtur, et expressis verbis omnia sua bona oppignorare debet, et se obligare in omnem indemnitatem. Nam generalis bonorum oppignoratio non ad sola bona, quae debitor tempore oppignorationis possidebat, sed etiam ad futura pertinet, quae iuris principia et in isto loco obtinere debent †). An statim, simul atque fide-

*) D. 17. 1. 6. §. ult. h. t. 6. 7.

†) A. G. Tom. I. Tit. 14. §. 363 — 368.

*) *Leyser* Sp. 223. n. 5. *Braunemann* ad l. ult. C. quae res pignori ed. possunt.

C. 8. 17. 9. Si quis in cuiuscunque contractus instrumento ea verba posuerit, fide et periculo rerum ad me pertinentium vel per earum exactionem satisfacere tibi promitto, sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in

fideiussor solverit, contra fideiussorem fideiussoris agi possit, ut novo processu opus non sit, porro quaeritur? Quam quaestionem dicta indicant, actionem tum demum institui posse, quando dies obligationis venerit, et debitor moram solvendi contraxerit. Sed cum fideiussor fideiussoris exceptionibus forte defendi possit, quae fideiussori non competebant, et ipsa actio, qua a creditore fideiussor compulsus est, omnino differat, quam contra fideiussorem fideiussoris movet, consequens est, ut fideiussor fideiussoris nova et separata actione conveniri debeat, cum inauditum condemnare incivile sit, et pro condemnato haberi non evocatum ^{a)}. Et ut actio fideiussoria regulariter et heredibus detur, et contra heredes, etiam in hoc loco idem obtinere arbitror, nisi aliter partes convenerint inter se ^{b)}.

§. XVIII.

Conferendo modos liberandi fideiussores cum iis, quibus fideiussor fideiussoris liberari potest, omnia fere inter se convenire videntur; sunt tamen quidam modi proprii, qui fideiussorem fideiussoris liberant.

a) Defectus fideiussoris primi. Deficere videtur fideiussor principalis, qui tempore solutionis praestandae solvendo non fue-

in praesenti debitor habet, quam futurorum hypothecam sancimus, nec ex prioribus functionibus minus habere specialis hypothecae memoriae videri: cum sit iustum, voluntatis contrahentium magis, quam verborum conceptione inspicere; super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas suppo-

nere debitor dixerit non adiecto, tam praesentes quam futuras, ius tamen generalis hypothecae etiam ad res futuras producat.

a) *Stryck* in *Diss. de effectu rei iudic. contra tert.* §. 50. D. 48. 17. 1.

b) *Schmidt*: *Klagen und Eirreden*, 2 Th. §. 841 seq. C. XXXVIII. XLI. 2. 5. 9.

fuerit, vel supremum diem obierit heredes ex sua fideiussione non obligatos relinquens. Nam quando heredes, quod regulariter fieri solet, fidem defuncti fideiussoris liberare debent, mors ipsius fideiussoris principalis fideiussorem fideiussoris non liberat. Quando fideiussio fideiussionis principalem fideiussionem antecesserit, inutilis est: accessoria enim obligatio deficiente principali intelligi nequit. Ex facto quaesitum inuenio: Titius Caio debet, apud quem Maevius sub ea conditione fidem suam pro Titio obstringit, si Sempronius fidem habere iusserit. Sempronius non intercedit, et debitor Titius adeo bonis cadit, ut rem suam ab eo Caius creditor salvam habere non possit, qui ideo Maevium compellit ut solvet. An competat contra Maevium actio, quaeritur? Equidem non puto: intercessit quidem Maevius in gratiam debitoris, et per consequentiam tantum in gratiam creditoris, sed quod maximum est, fideiussio addita conditione, quae non fideiubente Sempronio aut deficiente non existit; evanescit igitur obligatio, quam Maevius suscepisse videtur, qui ideo obligatus dici nequit, cum fideiussiones magis sint coarctandae, quam extendendae. Proferam ideo speciem, *Iureconsultis Ienensibus* ^{c)} oblatam. Rudolphum Lüderum centurionem Rex Sueciae procuratorem reddituum in Wolfhagen constituit, quod officium subiens de duobus millibus thalerorum fisco satisfacere debet, datis fideiussoribus immobilia possidentibus. Rudolphi affinis hypothecam constituit in bonis Oldendorffiae fitis, indigenae bona possidente pro Lüdero apud fiscum fidem interposituro. Verba cautionis publicae in hanc rem conscriptae ita fluunt: und dann, dieses meines Herrn Schwager Caventen billig mit hinlanglicher Rückbürgschaft hinwiederum zu versehen ist:

Sed

c) *Brookes* Observationes forens. arg. CCCCXXVI.

XL SECTIO I. DE FIDEIUSSORE FIDEIUSSORIS.

Sed Lüderus non invenit immobilium in his terris fitorum possessorem, qui intercederet. Moritur interim centurio et disiunctae rationes debitorem ostendunt DCCIII Thalerorum. Fiscus postulat ab affine Lüderi solutionem huius pecuniae publicae residuae: conventus reus se fidem suam dedisse fisco negat, et extinctam urget, propter non impletam conditionem promissam. Sed cum iste fideiussor fideiussoris in ista verba fidem iussisset: so verbinde und verpflichte ich mich hiermit und kraft dieses mit ausdrücklicher Verpfändung — dergestalt und also, daß ich des gedachten Rentmeisters nach abgeschlossenen seinen Amtsrechnungen alsdann schuldig bleibenden Rest zu bezahlen, in entgegengestellter Bezahlung aber Königl. und Hochfürstl. Rentkammer zu Cassel oder einem getreuen Inhaber dieses Briefes sich aus besägten meinen Erbländern bezahlt zu machen Fug. und Recht habe; merito condemnatus est. His enim formulis aperte sese obligatum velle Camerae declaravit, ex quibus patet eum non ut solum fideiussorem fideiussoris, sed etiam eum confideiussorem fidem iubere voluisse d).

b) Transactio, quam fideiussor principalis cum fideiussore fideiussoris inicit, hunc liberat; ut et

c) Remissio, quam vel a creditore, vel a fideiussore impetravit. Nam si creditor fideiussorem dimiserit, per consequentiam liberatur fideiussor fideiussoris. Denique

d) Culpa fideiussoris principalis nonnunquam liberabit fideiussorem fideiussoris. Nam si fideiussor in ius vocatus litem negligens condemnatus fuerit, licet iudicato satisfecerit, a fideiussore fideiussoris nihil repetet.

d) Bömer Diff. de interpret. fact. contra eum, qui clare loqui debuiff.

SECTIO SECUNDA,

SISTENS

DIFFERENTIAS INTER FIDEIUSSOREM
SUCCEDANEUM, INDEMNITATIS, ET
FIDEIUSSOREM FIDEIUSSORIS.

CAPUT PRIMUM.

DE

DIFFERENTIA FIDEIUSSORIS SUCCEDANEI
ET FIDEIUSSORIS FIDEIUSSORIS.

§. I.

U^t magis principia de fideiussore fideiussoris exposita pateant, inutile non videtur con'erre habitum fideiussoris fideiussoris cum illo, quo aliae fideiussorum formae conspiciuntur. Prima sit inspectio de fideiussore succedaneo, quem Rückbürge ^{a)} nomina-

a) Verbum illud Rückbürge non de dorso derivari licet, sed de retro: qui retro securitatem promittit, si fideiussor primus deficit. *Magdeb. Polizeyordnung* Cap. LIII. v. Bürgschaften §. 8. Der Rückbürge soll nicht ehr in Anspruch genommen werden, als bis der erste Bürge ausgeklagt, wenn er sich gleich des Beneficii excussionis ausdrücklich bege-

ben hätte. *Allg. Gesetz b.* fideiussorem succedaneum ita definit: der sich zur Schadloshaltung des Bürgen anheiselig macht; sed ille est fideiussor indemnitate fideiussoris: quam sententiam *Gailius* lib. 21. *Obf.* 72. n. 13. *Schneidewin* *Inst.* §. 6. *Trentler* *Select. disput.* vol. 2. *disp.* 18. th. 3. fovent.

F

minamus. Qui hanc provinciam administrandam sibi sumserunt, quod non frustra mireris, passim succedaneum fideiussorem cum fideiussore fideiussoris eundem reputant b), a quo tamen aperte distinctus est. Ex appellatione iam discrimen intelligi potest. Quid enim est succedere? nisi locum alterius occupare, quod de fideiussore fideiussoris dici nequit, qui scilicet locum fideiussoris non occupat, eius obligationes erga creditorem in se suscipiens. Sed fideiussor succedaneus loco deficientis fideiussoris primi creditorem securum facit, eumque fideiussorem nuncupo, *qui in gratiam creditoris in eum eventum fidei iubet, quando fideiussor primus non solvendo sit vel deficiat* c). In contrahendo vinculo fideiussionis succedaneae intercedit negotium pactumve inter creditorem et fideiussorem succedaneum. Quamobrem fideiussori primo nihil iuris in fideiussorem succedaneum competere potest. Et hoc fideiussorum genus utilitati vitae communis et commerciorum opitulatur, et utilitatem affert non solum creditori, sed et ipse fideiussor eam percipit, ex hoc negotio oriundam. Creditor nimirum securior evadit, qui duos obligatos habet; fideiussor vero succedaneus

b) *Th. Dabelow* in Syft. iuris priv. I. Theil. l. c.

Madibn princip. iuris rom. §. 272.
Willenberg de fideiussore succedaneo.

Müller in Promptuario iuris novi, Tom. 10. Fideiussor §. 19.

c) Quae differentia etiam in legibus fundata est, quamquam ea respectu nominationis non adest; quod ex D. XLVI. l. 27. §. 2. videtur. Praeterea si quaeratur, an solvendo sit principalis fideiussor, etiam vires sequen-

tis fideiussoris adgregandae sunt; quod tamen de fideiussore fideiussoris dici nequit.

Boenigk in Dig. Lib. 10. tit. 24. ita recte definit: Est ille, qui in maiorem creditoris securitatem ita fideiubet, ut si creditor nec a debitore, nec a fideiussore suum consecutus fuerit, in hunc eventum et in subsidium ipse teneatur. Rückbürge.

Hering de fideiuss. Cap. IV. §. 59.
Goddacus de contrah. et commut. stipul. Cap. V. §. 133.

daneus non tanto periculo exponitur, quod ei timendum foret, quando confideiussor intercessisset, quia succedaneus fideiussor non obligatur, nisi salvam se non posse habere rem suam, demonstraverit creditor, a debitore eoque excusso a fideiussore primo ^{cc)}. Quae inspectio sola demonstrat, fideiussoris succedanei conditionem deteriore fieri, si beneficio excussionis renunciaverit. Conditio fideiussoris primi omnino non mutatur, si creditor fideiussorem succedaneum receperit. Qualitas fideiussoris succedanei non contrahitur nisi interveniente pacto, quod inter creditorem et fideiussorem initum est, quamquam non requiritur, ut statim fideiussio succedanea accedat ad principalis fideiussionis susceptionem, sed pactum fideiussoris succedanei principalis fideiussoris stipulationem et sequi et antecedere potest. Si fideiussio succedanea fideiussoris principalis obligatione anterior est, nihilominus fideiussore principali non obligato fideiussio succedanea evanescit. Intelligi enim nequit efficax succedanea fideiussio principali non existente, et si debitor principalis non solvendo sit, non ut fideiussor simplex conveniri poterit, sed ideo liberatus est, quia nunquam obligatus fuisse videtur ^{d)}. Eodem modo, quo fideiussores fideiussoris partiti sumus, etiam fideiussores succedaneos distribuimus, et ad fideiussorem succedaneum omnia applicamus, quae in fideiussore communia principia iuris scimus obtinere. Frustra fideiussor succedaneus a quibusdam cum fideiussore indemnitate confunditur, quamvis succedaneus fideiussor esse nequeat, quem leges ab omni fideiussionis negotio repellunt.

F 2

§. II.

cc) D. XLVI. 1. 52.

d) D. XLV. 1. 116. a Maevio enim

ante Titium excussum non recte petatur.

D. XII. 1. 1. fin. D. XLVI. 3. 21.

§. II.

Quaeritur, quando dies fideiussionis succedaneae veniat? Ipsa fideiussio succedanea in eum eventum suscipitur, quando fideiussor non solvendo est, ideo semper fideiussor primus frustra excussus requiritur. Fideiussori enim succedaneo, ut omnia beneficia fideiussoris communia habet, nec beneficium ordinis negari potest. Sed hae propositiones non ubique vim suam retinent. Tenetur nimirum nonnunquam fideiussor succedaneus debitore nondum excusso. Quod contingit

a) praecipue, si rerum suarum parum curiosus beneficio excussionis renunciaverit. Quam sententiam defendo respectu habito ad debitorem, relata enim ad fideiussorem principalem absurda foret, cum ipsam tolleret fideiussoris succedanei notionem. Deinde

b) beneficio excussionis non utetur, qui illo sese indignum fecit, quod maxime contingit, si fideiussor creditorem impulerit, ne contra debitorem agat e). Amittit quoque beneficium, qui a creditore conventus dolo malo fideiussionem inficiatus fuerit, cuius probationem attulit creditor actor f), aut si de iudicato solvendo, aut ut quis se iudicio sistat, succedaneam fideiussionem susceperit. Prouti, antequam fideiussor principalis excussus non est, fideiussor succedaneus conveniri nequit, ita etiam eius obligationis dies ob alias causas quoque non venit g). Sic nimirum principalis fideiussor succedaneus obligatur, si fideiussor primus ob impedimenta, quae eius convenien-

e) C. 10. 19. 3. *Hering* tr. de fideiussor. Cap. 27. p. 1. n. 238.
Lanterbach Colleg. pract. lib. 48. tit. 1. §. 39.

f) *Rivinus* Diff. de fideiussore inficiant. Lips. 1748.

g) *Faber* in C. ad tit. de fideiuss. l. 3. *Müller* ad Struv. exer. XLVII. ch. 47.

veniendi ius intercipiunt, conveniri nequeat. Quae impedimenta vel iuris vel facti sunt. Illius generis impedimentum adest, quoties fideiussor primus propter legum prohibitionem conveniri nequit. Sic succedaneus fideiussor eius, qui naturali tantum fideiussionis obligatione constringitur, scilicet prodigi beneficio excussionis uti nequit, et ideo statim obligatur. Et hoc inde venit, quia excussio non intelligitur, cum ius romanum contra naturaliter obligatum actionem esse neget^{h)}, quam sententiam Marcelliⁱ⁾ Imperator^{l)} approbavit, quamquam Ulpianus^{m)} aliam amplexus est. Iam de quaestione: an fideiussor succedaneus privilegium mulieris fideiubentis contra creditorem habeat (§. 8.), iudicari potest. Et exceptione senatusconsulti non uti poterit, quia fideiussore primo non solvente obligatur, et nihil interest, an ideo primum locum occupet, quia primum amplissimi ordinis decretum liberaverit. Neque obstat, si quis dixerit: qui pro foemina intercedit, non obligatur, foeminae enim intercedentis obligatio naturalis tantum est, iure novo reprobata, et foemina ex fideiussione solvens solummodo conditione indebiti repetit, hinc obligatione principali inutili accessoria quoque inefficax est, eapropter quia initio iam, ut *Diocletianus* et *Maximianus*ⁿ⁾ rescripserunt, per exceptionis auxilium obligationi tuae adhaesit securitas, qua conventus defendi poteris. Sed in promptu est ad haec responsio. Foemina

h) D. XLVI. 3. 24. §. 4.

i) D. XLVI. 1. 25. Marcellus scripsit: Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigore vel furioso fideiussor, magis esse et ei non subveniatur, quoniam his mandati actione non competat.

Lesfer Med. ad V. VII. Sp. DXXXIV. m. 7.

l) Inst. 3. 21. 1. *Schmidt* de fideiuss. plane non oblig. §. LIV.

m) D. XLV. 1. 6.

n) D. 16. 1. 3. §. 4. C. 4. 29. 15. Si uxor pro marito contra senatus consultum intercessura, te rogavit mandatario nomine, ut pro ea tuam fidem obstringeres, initio contractus

mina enim hic est ipsa debitor, et non fideiussit pro debitore, cuius rei magna hic est auctoritas. Fideiussor quidem succedaneus fidem interposuit pro foemina, cuius debitum vero lex non reprobavit; alia foret conditio fideiussoris pro foemina intercedentis, quae naturaliter est obligata. Porro fideiussor succedaneus fideiussoris primi locum qua obligationes occupat, sed non eius iura et beneficia in se derivat. Omne dubium ergo cadere puto, quod fideiussor pro foemina intercedente teneatur.

§. III.

Iam videamus, quomodo et in quam summam fideiussor succedaneus teneatur, qua in quaestione semper tenendum est, fideiussorem nostrum teneri ex pacto. Iam vero creditori fidem addixit, vel in omnem causam, vel pro parte. In illo casu et fortem et usuras et impensas solvere debet, et in usuris nil interest, an a debitore, an a fideiussore praestandae sint. In omnem enim se obligavit causam, ideoque et omne damnum, quod in creditorem redundat, rescire debet ^{o)}. Nec immerito de impensis tenetur, si modo necessariae fuerint, quo pertinent et sumtus litis. Si vero pro parte debiti fideiussit, in hanc tantummodo obligatur, et in hoc loco fideiussio strictae est interpretationis, ideoque in usuras ^{p)} nequidem punitorias non condemnabitur, nisi ad eas solvendas sua mora se obligaverit

per exceptionis auxilium obligationi
tuae adhaesit securitas, qua conven-
tus defendi potes.

Somer de fideiuss. beneficio ordi-
nis non gaudentibus.

^{o)} D. XIX. 2. 45. D. XLVI. 1.
56. §. 2.

Leyser Med. Sp. DXXIV. m. 7.

^{p)} D. XLVI. 1. 68.

Walcch in int. in cont. iuris civil.
Sect. III, Cap. 10, mem. II. sub. II. §. 5.

verit q). Nec de fructibus tenetur, nisi in se receperit r), quo casu et de usuris tenetur s), uti constat eum liberari solutione quantitaris promissae ss). Non dubitatur, fideiussorem succedaneum se arctius posse obligare, quam ipse fideiussor primus obligatur. Ut istis obligationibus fideiussor satisfaciatur, datur creditori actio fideiussoria t), quae etiam eius heredibus u) competit.

§. IV.

Facilis est iam enumeratio casuum cessantis obligationis fideiussorum succedaneorum. Toties obligari plane negatur, quoties creditori contra illum omnis actio denegatur, quae vel ex persona fideiussoris, vel ex natura fideiussionis, vel ob culpam aut dolum creditoris denegatur. Dicere non attinet de fideiussore succedaneo ideo tuto, quia neque fideiubere potest, neque fideiussio efficax est. Haec enim communia sunt, et singularia quaedam adduxisse potius habeo. Fideiussor saepius omnino non tenetur.

a) Sic debitore nondum excusso non obligabitur, non quidem ipso iure, sed ope demum exceptionis tutus, modo exceptionem non omiserit.

b) Fideiussor succedaneus conveniri nequit, quando creditor omnino non impeditus contra fideiussorem primum non egerit.

q) D. XLV. r. 49. At si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est, quae omnia et in fideiussoris personam dicuntur.

r) *Leyser* med. Sp. XXIV. m. 7.

s) D. 50. §. 2. §. 12. nisi proprie quid in persona eorum verbis obligationis expressum est.

Nec obstat D. XIII. to. 8. nam in illa lege fideiussor se obligaverit illam summam Capuae solvendi.

Schmidt de fideiuss. plane non obligato, §. 56.

ss) D. XLVI. l. 51.

t) *Schmidt's Klagen*, §. 841. *Heering* tract. de fideiuss. cap. XXI.

u) D. XLVI. l. 4. §. 1. C. 8. 41. 24.

rit. Pendet enim adhuc conditio, neque dies venit obligationis succedaneae *).

c) Plane non obligatur, quoties creditor sua culpa vel suo dolo rem suam aliunde non salvam habet. Sibi enim soli nocet, non aliis y), et Justinianus non permittit negligenti creditori, ut intercessoribus molestus sit z). Si igitur creditor, a fideiussore succedaneo provocatus, contra fideiussorem non egit, aut in executione negligens fuit, a fideiussore succedaneo satisfactionem non petet, patetque actionem non dari contra fideiussorem succedaneum, quae nequidem contra fideiussorem primum institui potest, quia forte eventus adhuc pendet. Eodem iure fideiussor succedaneus liberabitur creditore solutionem iusto tempore oblatam recusante, si debitor postea bonis exutus foro cesserit. Nam et fideiussor primus et fideiussor succedaneus creditorem agentem repellent, excipientes creditorem solutionem repudiasse a). Idem frustra creditor contra fideiussorem primum vel fideiussorem succedaneum agat, si debitori debitum prorogaverit, et iam solvendo esse defierit. Viduo tamen hic doctores b) distinguere tempus ad finiendam obligationem ab eo, quod ad finiendam solutionem adiectum est. In illo casu fideiussorem obligatum negant bb), nisi creditor liquido probaverit, iam tunc debitorem solvere non potuisse c).

In

x) D. XLVI. 1. 116. a Maevio enim ante Titium excussum non recte petatur.

Meier Colleg. argent. tit. de fideiuss. §. 18.

y) D. 50. 17. 203.

z) Nov. 4. cap. 1.

a) Boehmer doct. de actin. Sect. 2. cap. 8. §. 50. D. XLVI. 3. 72.

b) Schmidt de fideiuss. plane non obligat. §. 213—219.

bb) Vinnius Select. iuris Quaest. Lib. II. Cap. XXI. C. 8. 41. 26.

c) Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit, 1793. Bemerkung 79. Mit Recht machen jedoch bewährte Rechtslehrer, so viel die vergangene Zeit

In posteriori vero casu fideiussorem ideoque et fideiussorem succedaneum condemnant, nisi expresse protestati fuerint. Quando creditor dolose versatus est, fideiussor succedaneus non tenetur, sed de dolo malo excipiens petentem creditorem repellit. Quae quoque exceptio tuebatur fideiussorem contra creditorem, qui debitori debitum remisit et absente debitore solutionis praestandae tempore debitum a fideiussore petat; decipiendi enim animo consilium mutasse videtur.

§. V.

Quia omnia beneficia fideiussoris et succedaneo fideiussori competunt, nec ei ordinis beneficium denegari potest, item beneficium cedendarum actionum habet. A sua obligatione liberatur fideiussor succedaneus iisdem modis, quibus fideiussor generatim. Ex notione fideiussionis succedaneae intelligitur, fideiussorem succedaneum liberari fideiussore solvente. Fideiussor enim succedaneus obligatur quidem creditori, sed non fideiussori primo. Ponamus vero, creditorem fideiussorem primum dimisisse, aut reddito fideiussionis instrumento aut alio modo; sed ne tunc quidem ei contra succedaneum fideiussorem agendi ius erit, quia eventus non adest, in quem sese obligavit, quo cessante dies non venit^{d)}, et dimittens fideiussorem primum clare indicat, se aliquid petere a fideiussore primo nolle.

§. VI.

Zeit betrifft, die Einschränkung, daß der Gläubiger gleichwohl aus der Bürgschaft den Bürgen, anoch besprechen könne, wenn er zu beweisen im Stande seyn soll, daß er dennoch zur Bezahlung nicht würde haben gelangen

können, wenn er sich gleich früher oder zu der Zeit, da die Bürgschaft noch wirklich bestand, gemeldet und auf seine Bezahlung gedrungen habe. Puffendorf Tom. 2. Obl. 42.

d) D. 50. 16. 213.

G

§. VI.

Iam clare constat differentia, quae fideiussorem succedaneum et fideiussorem fideiussoris intercedit, quae praecipue in origine obligationis et in modo tollendi eam conspicitur. Nam quod ad prius, fideiussoris succedanei acceptio negotium est, inter creditorem et fideiussorem succedaneum gestum, cum e contrario, quod fideiussorem fideiussoris facit, negotium sit inter fideiussorem principalem et fideiussorem fideiussoris celebratum. Deinde fideiussor succedaneus in gratiam creditoris, fidem interponit: fideiussor vero fideiussoris in gratiam fideiussoris principalis. Et qua obligationem ipsam differunt, quod fideiussor succedaneus creditori respondeat de eo, quod a fideiussore primo servare nequit, fideiussor vero fideiussoris solvere debet, quod fideiussor principalis a debitore principali recuperare nequit. Qua tollendi obligationem modos differunt, quod fideiussio succedanea solutione a fideiussore primo facta expiret, fideiussor vero fideiussoris liberetur, si inopia fideiussorem principalem excusaverit. Cum vero vulgo fideiussorem succedaneum cum fideiussore fideiussionis commisceant, non est quod insolentiam casuum in practicis libris miremur.

CAPUT SECUNDUM.

DE
DIFFERENTIIS FIDEIUSSORIS INDEMNITATIS
ET FIDEIUSSORIS FIDEIUSSORIS.

§. I. *In isto loco a definitione fideiussoris indemnitis ordiri placet, cum in ea formanda non ubique eandem sententiam foveant. Fideiussor indemnitis* ^{dd)} *in genere dicitur: qui damni reparationem promittit. Huius promissio vel creditori fit, vel fideiussori, illa fideiussorem indemnitis in specie efficit. Ideo fideiussor indemnitis, in specie respectu creditoris est, qui fidem suam apud eum deposuit, de solvendo eo, quod minus creditor a debitore vel a fideiussore sit consecuturus. Fideiussor indemnitis in specie respectu fideiussoris est, qui eum securum reddit de damno ex fideiussione suscepta oriundo. Quot sunt species fideiussorum in genere, tot sunt fideiussorum indemnitis. Nam fideiussio indemnitis neququam requirit fideiussorem iamam existentem. Si itaque fideiussor iam fideiusserit, et deinde fideiussor indemnitis promittat creditori, quod minus a fideiussore obtinebit, fideiussor indemnitis succedaneus erit et non fideiussor indemnitis simplex. Neque sana ratio, neque legum auctoritas impedit, quominus fideiussor indem-*

G 2 nitatis

dd) XLVI. II. 6. Quanto minus a Titio debitore exegissem tantum fide-

iubes?

D. XLV. I. 116.

nitatis expromittat, quod creditor nequidem a fideiussore succedaneo obtinere potest. Fideiussor indemnitis in specie, qui in gratiam fideiussoris fideiussit, vel fideiussor indemnitis vel fideiussor fideiussoris indemnitis est. Omnes has species vero exequi instituti ratio prohibet, cum apud animum constituerim de solo fideiussore indemnitis in genere hic quaedam addere.

§. II.

De fideiussione indemnitis oratio ab indemnitis verbi vi et potestate pendet: fideiussio vero indemnitis a promissione indemnitis multum distat. Promissio indemnitis, sive cautio indemnitis ^{e)}, ad incertum et non determinatum damnum spectat, et in quocunque negotio interponitur. Cum fideiussione haec cautio nullam habet communionem, cum ^{ee)} ex fideiussione certum quodammodo damnum imminet. Semper fideiussio indemnitis notionem damni comitem habet. Fideiussor indemnitis in genere creditorem securum facit de damno ex fideiussione oriundo, eiusque promissio non tam ex verbis, quam potius ex mente contrahentium iudicatur ^{f)}.
Quan-

^{e)} D. 36. t. 16. §. 14.

^{ee)} Heing. Tract. de fid. Et hoc amplius fideiussorem indemnitis in solidum non obligatum, unum et eum fideiussore fideiussoris et cum conlaudatore faciunt, ut patet ex Gailio l. c. n. 13. Sed profecto male, non enim omnis fideiussor fideiussoris est fideiussor indemnitis, cum etiam fideiussor fideiussoris ab initio in solidum teneri possit, quod secus est in fideiussione indemnitis, quia in ea tantum tenetur, quanto minus creditor

a debitore consequi possit. — Interim non nego etiam pro primo fideiussore alium fideiussorem intervenire posse, qui quidem non in solidum tenetur, sed indemnitate tantum promittit, quemadmodum quotidie videmus.

f) D. XVI. t. 8. §. 1. ex quo textu non patet, magnam esse differentiam inter promissionem indemnitis et fideiussionem indemnitis. Quamquam certum est, solemnam non fideiussore posse et promissione indemnitis

Quando itaque fideiussor indemnitas in omne damnum se obligaverit, stipulatio de damno privativo accipi nequit, sed tantum de damno positivo, illud enim re vera laesionem non efficit ^z). Damnum a fideiussore determinatum, verbisque expressis definitum, non ubique omne damni genus complectitur ^h). Inde ut fideiussor indemnitas vel generaliter vel restricte indemnitatem asseverare potest: restricte nimirum, quando ad tempus vel ad quantitatem fidem adstrinxit.

§. III.

Dies fideiussionis indemnitas venire non potest, antequam debitor excussus est, illo enim demum excusso de damno et eius quantitate constat. Quæri potest, an fideiussor indemnitas, beneficium ordinis repudiare possit. Eum posse renunciare, omnino nego ⁱ), quia natura fideiussionis indemnitas repugnat, et pacta, quæ naturam rei principalis tollunt, inutiliter ineuntur ^l), pactaque non adici debent, ut principale negotium destruant. Igitur si fideiussor indemnitas beneficio excussionis renunciarit, natura negotii adeo convertatur necesse est ^m), ut quod revera gestum sit intelligi non possit,

tis obligatam fieri; illud tamen non ex eo fundamento, quia fideiubere nequit, derivari potest, nam de eo casu in lege mentio non facta est, sed de determinato casu, si pro filiis indemnitas promiserit; nam nunc non alienam obligationem suscipit, sed se ipsam obligatam fecit. conf. *Leyser* Sp. D. XXIII. m. 9.

^g) *Lanterbach* Colleg. th. pract. p. lib. XLVI. tit. 1. §. 8.

^h) *Cannegieter* in dec. summ. prov. sen. Hass. Cass. T. 1. D. 51. n. 2.

ⁱ) C. 5. 57. 2. in fin.

^l) D. 43. 26. 12 pr. *Stryck* usu D. 1. 46. tit. 1. §. 20.

^m) *Hipp. de Mars.* tract. de fideiussor. n. 23.

Trentier. Fideiussor autem indemnitas, etsi non renunciet, nequidem

possit, neque refert hanc renunciationem deliberato animo esse factam an inconsulto ^{m m}). Nec renunciatio, ad quam iuramentum accessit, attendenda erit. Corroborandi scilicet quidem animo iuratur, sed si principale negotium non adest ⁿ), et iuramentum inutile est ^o). Et inutiliter quaeritur ^p): an ex statuti aut consuetudinis auctoritate fideiussori indemnitas non liceat beneficio excussionis renunciare, nam substantia fideiussionis, uti diximus, non maneret ^q). Quidsi vero fideiussor quis indemnitas extiterit creditoris, hominis, qui a creditore vario modo impedito conveniri nequeat, an manebit obligatio fideiussoris indemnitas? Distinguendo respondeo; fideiussor enim indemnitas vel sciens creditorem convenire non posse debitorem, vel ignorans impedimentum creditoris, intercessit. In priori casu non fideiussor indemnitas, sed magis est

ex natura obligationis conveniri potest ante principalem.

Coler l. c. cap. 10. n. 8.

Schilt er de renunciat. Cap. 10. §. 23.

^{m m}) *Leyser* M. ad D. Sp. 533. med. 12. — Si tamen de seria partium voluntate in renunciatione constet, aliud dicendum, atque per hanc formulam priorem explicatam aut correctam potius arbitror. Si serio animo fideiussio a fideiussore indemnitas contracta est; et postea seria voluntate eius per renunciationem mutavit obligationem suam, unum falsum esse debet, quia prima obligatio altera tollitur. *Schmidt* de fideiuss. princip. obligato.

ⁿ) D. §. 17. 129. §. 1.

^o) C. I. XIV. 5. §. I. Secundum itaque praedictam regulam, qua ubicunque servari factum lege prohibente censemus, certum est, nec stipulationem huiusmodi tenere, nec mandatum ullius esse momenti, nec sacramentum admitti.

^p) *Lauterbach* Diff. de fideiuss. indemn. §. 22. affirmat hanc quaestionem.

^q) *Magdeb. Polizeyord.* Cap. 53. §. 5—6. Soll er das Beneficium excussionis, ob er gleich demselben in der Verschreibung renunciret, dennoch geniesen. Es genieset auch solchen falls der Schadlosbürge des Beneficii excussionis, wenn gleich die Verschreibung mit den verbindlichen Wor-

est expromissor ^r), quem credimus principaliter se obligare voluisse; in posteriori vero casu inutilis est stipulatio, cum expromittendi animus intelligi nequeat, et indemnitis fideiussio non procedat, quia in illum eventum se obstrinxit, si damnnum patiatur reus propter debitoris inopiam. Nec Maeuius enim, ut ait Papinianus, pendente stipulationis conditione recte potest conveniri. A Maevio enim ante Titium excussum non recte petetur ^s), et ante interpellatum debitorem debitor tanquam excussus non potest iudicari, ergo non interpellato debitore neque fideiussor indemnitis poterit conveniri. Si itaque creditor neglexerit excussionem debitoris, qui postea solvendo esse desiit, non recte poterit indemnitem suam a fideiussore exigere.

§. IV.

Ex his etiam intelligimus, quando dies obligationis fideiussoris indemnitis veniat, de qua re plura dicere superfedeo. Quod vero ad ipsius obligationis artiner quantitatem fideiussor indemnitis, qui generaliter creditori indemnitis securitatem promittit, tenetur in id, quod minus creditor a debitore consequitur. Prae-

Worten, trenlich sonder Arglist und Gefehrdte, eingerichtet worden.

^r) D. XLVI. II. §. 5. *Brunne-*
mann Ex. Inst. 19. ad Lib. 3. T. 21.
p. m. 161.

^s) D. XLV. Tit. 1. 116. Decem sti-
pulus a Titio postea, quanto minus
ab eo consequi potes, si a Maevio sti-
puleris, sine dubio Maeuius univer-
si periculum potest sobire, sed et si
decem petieris a Titio, Maeuius non

erit solutus nisi indicatum Titius sol-
verit. Paulus notat, non enim sunt
duo rei Maeuius et Titius eiusdem
obligationis, sed Maeuius sub condi-
tione debet, si a Titio exigi non po-
terit, igitur nec Titio convento Mae-
uius liberatur, qui an debitor sit,
incertum est; et solvete Titio non li-
beratur Maeuius, qui nec tenebitur,
cum conditio stipulationis deficit, nec
Maeuius pendente stipulationis condi-
tione recte potest conveniri, a Mae-
vio

Praeterea vero etiam de usuris, impensis et sumtibus litis tenetur. Sed in hoc iudicium non venit, quod creditori eius culpa aebet. Igitur moto concursu creditorum debitoris, quando nomen suum non profectus est creditor apud acta concursus, fideiussor indemnitas frustra convenietur, quia de culpa creditoris constat. Eadem est sententia, si creditor ignorans convocationem creditorum debitoris sui iudicem adire neglexit. Culpa enim iudicis concursus laesus indemnitem suam instituta competenti actione a iudice male iudicante impetrabit ^t). Sed si probabit, se ex concursu creditorum nihil accepturum fuisse, indemnitas fideiussor condemnabitur, cum praclusio ei non nocuerit. Decem stipulatus es a Titio, postea quando minus ab eo consequi possis, si a Maevio stipulaveris, sine dubio Maevium universi periculo postea subiecit Ulpianus ^u). An fideiussor indemnitas, qui generatim fidem obligavit, de casu quoque praestando obligabitur? Nisi pacto adiecto casum receperit, illum ad eum pertinere nego. Quae dispositiones et in tutoribus honorariis obtinent. Tutores enim honorarii instar fideiussorum sunt indemnitas, quia suo periculo curare debent, ut tutores gerentes suo officio satisfaciant, et ideo ipsi in subsidium pupillo tenentur de damno a gerentibus dato ^x). De fideiussoribus indemnitas vero, et iis, qui pro tutoribus fideiusserint, rescriptis Alexander Severus, quod maneat pupillo obligati ad id, quod

vo enim ante Titium excussum non recte petatur.

t) Sed si debitor extraiudicialiter cum creditoribus suis transegit, ut hodie saepius inter mercatores contingit, et ille creditor, qui fideiussorem indemnitas habet, non ab eo certioratus fuit, semper ad concursum forma-

lem provocare potest. Si vero ille certioratus fuit et non admonuit fideiussorem indemnitas, cum debitore autem transigit, desiderare a fideiussore nequit, ut superfluum illi praestet.

u) D. XLV. 1. 116.

x) D. 23. 2. 60. §. 2. D. 26. 7. 3. §. 2.

a) tutoribus vel curatoribus servari nequit r). Fideiussor indemnitate restricte intercedens, de eo tantum tenetur, quod promissit, quia et hic stricta interpretatio procedit. Si itaque certam summam indicavit aut certum tempus adiecit, lapsu temporis finitur fideiussio, aut si definitum damnum receperit, ex. gr. si Titius mutuam pecuniam Lipsiae non restituerit, maiorem indemnitate creditor consequi nequit z).

§. V. Quae dixi, satis clare distinctionis utilitatem inter fideiussorem indemnitate et fideiussorem in genere ac fideiussorem fideiussoris demonstrant. Leyserus utilitatem discriminis condemnit, hodie nullum esse discrimen aiens esse inter fideiussorem simplicem et fideiussorem indemnitate *)). Sed humani quid passus est. Nam fideiussor simplex, qui in solidum intercessit, semper gaudet beneficio ordinis b). Quamquam sint, qui statuunt, fideiussorem simplicem, quamvis renunciantem beneficio excussionis, nihilo minus illud opponere posse c). Est igitur discrimen. Fideiussor simplex beneficium excussionis repudiare potest, non aequè fideiussor indemnitate, nisi de-

stru-

y) C. V. §. 2.

z) Quaeritur adhuc, an beneficium cedendarum actionum illi competat, et certe competit, si ante excussum debitorem solvat: semper tamen rarus erit casus, quod per istam solutionem suam conditionem quam maxime deterioriorem facit et quam fideiussor simplex se ipsum obligavit.

a) Leyser Med. ad D. Sp. XXXIII.

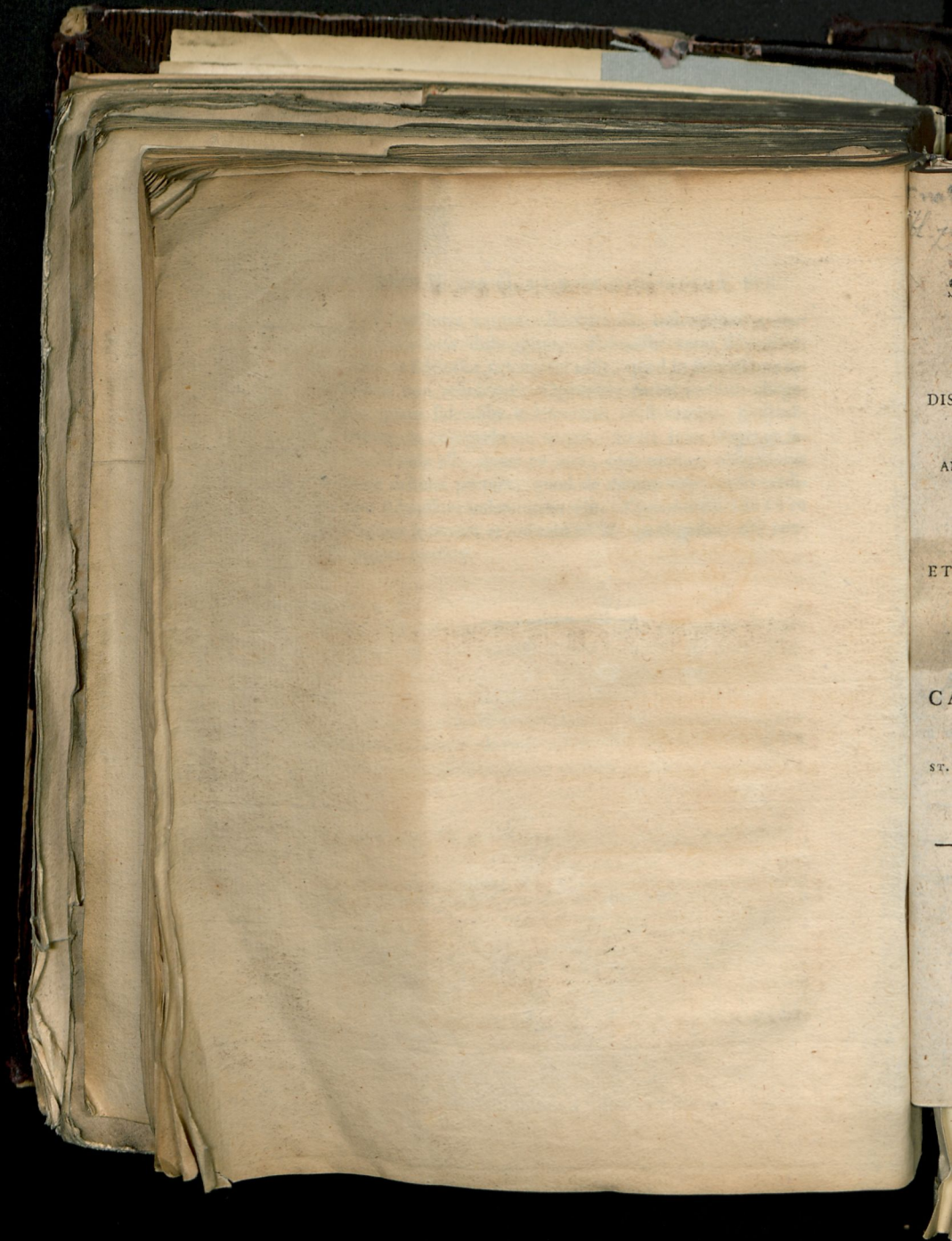
b) Hering de fideiussoribus Cap. 5. §. 62.

c) Quiforp rechtl. Bemerkung. Bem. 2. Pütter's Rechtsfälle, Tit. 3. Bed. 30.

Schaab de fideiussore, qui ut debitorem principalem se obligaverit, beneficio ordinis gaudente. Mogunt. 1786.

Walch J. in cont. iur. civ. p. 358.

structa fideiussionis natura. Et fideiussor indemnitas a fideiussore fideiussoris distinguitur. Fideiussor enim fideiussoris requirit, ut fideiussor principalis adsit, quod in fideiussione indemnitas non requiritur. Quousque pateat ambitus obligationis, quam fideiussor indemnitas in se recepit, generaliter una regula comprehendi nequit. Causa enim magis ex facto diiudicanda est, quam ex iure, cum omnem obligationis ambitum definiat pactum, quod de damno refarciendo creditor cum fideiussore indemnitas iniit. Quamobrem hac de re cum legibus lectorem et iudicem ad id, quod gestum est, iam potius remitto.



DIS

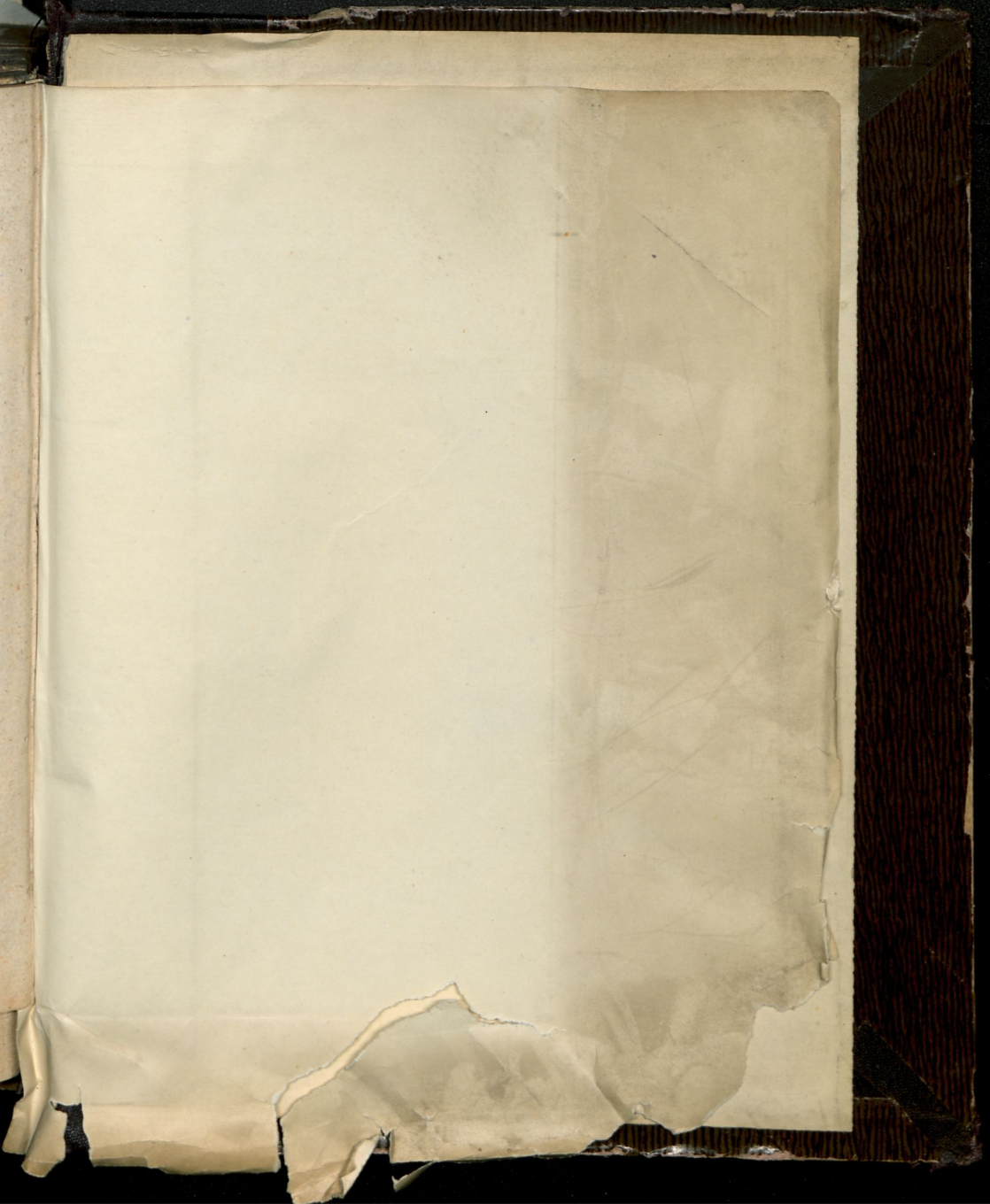
A

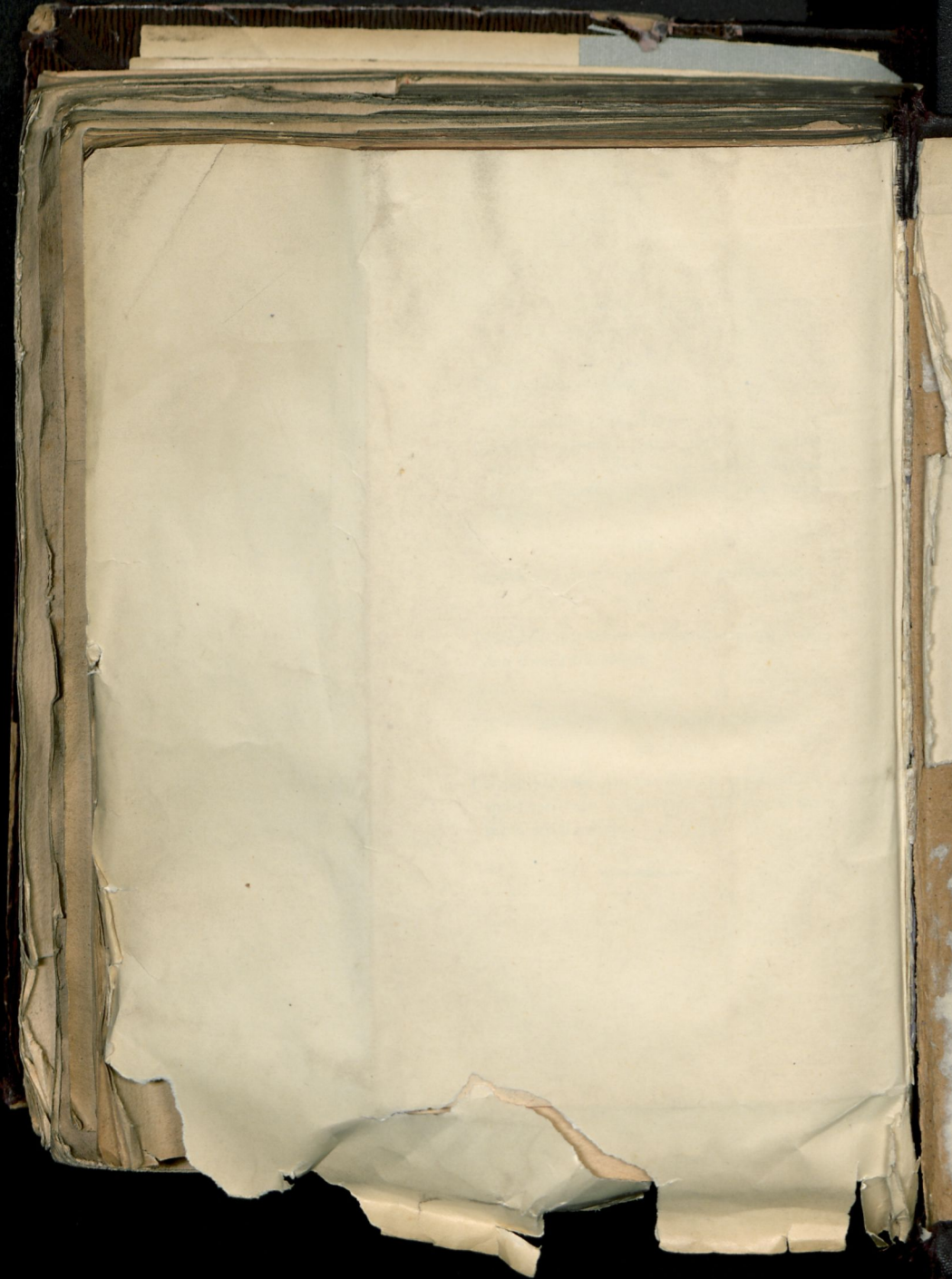
ET

C

ST.







ULB Halle

001 930 540

3



Sb







B.I.G.

Farbkarte #13

DISSERTATIO INAUGURALIS
 DE
FIDEIUSSORE FIDEIUSSORIS,
 NEC NON
 DE
DIFFERENTIIS
 INTER
 FIDEIUSSOREM SUCCEDANEUM ET INDEMNITATIS.

QUAM
 ILLUSTRIS IURISCONSULTORUM ORDINIS
 AUCTORITATE
 PRO
 SUMMIS IN UTROQUE IURE HONORIBUS
 ET
 PRIVILEGIIS DOCTORALIBUS
 RITE OBTINENDIS
 PRAESIDE
D. IOHANNE CHRISTIANO WOLTAER,
 PROF. IUR. PUBL. ORDIN., H. T. DECAN. FACULT. IURID.
 DIE III. MAII MDCCXCIV
 DEFENDET

AUCTOR
CAROLUS AUGUSTUS GRÜNDLER,
 HALENSIS.

HALAE,
 TYPIS FRIDERICI AUGUSTI GRUNERTI.

(1794)

12
1794

