



DE
CONSTITVTO DEBITI ALIENI
EIVSQVE
A FIDEIVSSIONE DISCRIMINE
DISSERTATIO

4, 116. 114
273
1772

AVCTORITATE
INCLITI IVRECONSVLTORVM ORDINIS
IN ACADEMIA REGIA KILONIENSI
VT
ADITVM SIBI PARARET
AD
SVMMOS IN IVRE HONORES
OLIM CONSEQVENDOS
AD DISCEPTANDVM
PROPOSITA
AB AVCTORE
IOANNE CHRISTIANO KOCH
RVGIO-POMERANO

KILONII HOLSATORVM

A. D. XXVIII. MAII A. O. R. MDCCCLXXVII.

DE
CONSTITUTO DEBITI ALIENI

AD
A. P. DIVISIONE DISCRIMINE
DISCRETIVO

UNIVERSITATE
INCIPIIT IRRACIONALITATEM ORDINIS
IN ACADEMIA REGIA HILTONENSIS

VE
A. P. DIVISIONE DISCRIMINE
A. P.

SAMMOS IN IURE HONORES
OLIM CONSERVANDOS

AD DISCRETIVUM
PROLOGUM

AN AVCTORE
IOHANNES CHRISTIANUS FOCH
LITTO-TOURNAI

UNIVERSITATE
A. P. DIVISIONE DISCRIMINE



Instituti ratio.

Dum libellum hunc, qualiscunque ille sit, more academico defendendum in lucem emittimus, si quis forte suspicaretur, gloriolae captandae studio nos ad scribendum accessisse, is sane iniquus et iniustus foret instituti nostri censor, quum satis, si quis alius, intelligamus, quanto melius conveniat iuuenili aetati, doceri ac erudiri, quam scribendo quasi magistrum agere. Quare quum id tantum intendimus, ut hoc specimine proposito testemur, ea ratione eoque certe consilio ad litteras nos incubuisse, ut studiorum qualiumcumque academicorum possint aliquando et amici et patria fructum a nobis repetere, non est, quod vereamur, ne lucubratiunculae et iuuenilis huius, quidquid est, scriptionis adeo seueros experiamur arbitros, qui nec aetatis, nec virium imbecillitatis, nec temporis angustiae, quae omnia nos premunt, iustam habeant rationem. Elegimus autem de constituto debiti alieni scribendi materiam, tum quod locus iste dignus videbatur, qui vberius exponeretur, tum quod in finienda eius natura, describendoque eiusdem a fideiussione discrimine, posse aliquid in medium nos proferre existimabamus, quod nondum in aliorum libris traditum inueniretur, certe a nobis iuuentum non sit ^{a)}. Qua quidem in re ita versabimur, ut, paucis praemissis de intercessione in genere eiusque variis formis, curatius finiamus tam fideiussionem, quam constitutum debiti alieni, ubi et de recepto et de constituto possessorio obiter quaedam dicendi locus erit, tum constituamus, in quo potissimum utrumque negotium differat, tam ratione naturae internae, seu essentiae, quam ratione formae externae, porro despiciamus curatius,

A 2

ratus,

^{a)} Ne vero hac ipsa in re mihi, quod dulce mihi est profiteri, laudem tribuant meum non est, arrogem, lecturos moneo, ut, si quid curatius distinctiusque hoc in loco expositum putent, omnem huius rei, quod

TRENDELENBURGIO meo, cuius vocis et institutioni haec debeo.

ratus, quomodo ad bina haec quasi summa capita reuocandae sint singulares, quae inter utrumque negotium intercedunt, differentiae, denique paucis de femina intercedente interiectis, nonnihil de usu hodierno constituti nostri adiciamus.

§. II.

Intercessionis finitio et summa genera.

Agedum, rem ipsam adgrediamur. Neque vero incongruum erit, primum *intercessionem* in genere definitione comprehendere, ut distinctius appareat, quomodo ea et *fideiussionem* et *constitutum debiti alieni* quasi partes (*species* dicunt dialectici nostri) complectatur. *Intercedere* autem, ut alias huius verbi significationes omittam ^{a)}, dicimus eum, qui pro alio sese obligat, quocunque tandem modo illud fiat. Quare *intercessio* erit actus, quo quis alienam in se

a) *Intercedere* quidem secundum *ετροπον* vocis, quod obscurum non est, dum a *cedendo* seu eundo dicitur, significat in genere, inter alia quaedam incedere, seu interuenire. Ita hic dicimus eum intercedere, qui medius quasi inter illos incedit, inter quos contrahitur obligatio. Sed eadem ratione ad varias alias res hoc vocabulum transfertur. Ita enim dicuntur intercedere ante impletam conditionem, *L. 64. D. de V. O. appellatio L. 5. §. 12. D. de his, quae v. indign. conuentio L. 21. O. de pact. dolus L. 47. D. de R. I. mandatum L. 45. D. mand. mora L. 44. §. f. D. ad Sc. Trebell. L. 3. §. 1. D. de adm. leg.* Verum et ²⁾ quod sub certo nomine in re aliqua seu negotio adhibetur, intercedere dicitur, vti hoc do.

et *CAIVS* in *L. 4. D. commod. qui: Saepè,* inquit, *etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.* 3) Magis improprium videri poterat, quod intercedere quoque dicatur illud, quod interiacet, veluti, si inter meas et Titii aedes tuae intercedant *L. 5. D. si feruit. vindic. si fundus medius alterius inter te et me intercedat L. 17. §. f. D. de aqu. et aqu. plu. si solum publicum intercedat, L. 1. D. de S. P. V.* Sed est haec quasi passiva vocis significatio, pro qua intercedere et id videtur, quod quidem ipsum non interuenit propria vi, sed ab alio quodam et vi externa medium inter alia iniicitur. Denique 4) notissima et celebratissima est vocis significatio, quae vim eius auget, ut intercedere non

se suscipit obligationem b). Enim vero quum negari non possit, variis omnino modis multumque a se inuicem discrepantibus pro aliis alios posse intercedere, facillime hi quidem ad duo potissimum genera videntur reuocari posse, quorum alterum eas comprehendit intercessionis formas, quibus alienam quis ita in se recipit obligationem, vt et alter, pro quo intercedit, vna cum eo obligationis vinculo teneatur, alterum vero pertinet ad illam intercedendi rationem, qua quis alium quemcumque ab isto obligationis vinculo, vel contracto iam, vel certe contrahendo, plane liberat. Primum genus, vt artis vocabulo vtamur, intercessionem *cumulatiuam*, alterum *priuatiuam* appellemus, quoniam illa cumulum obligationum efficit, haec vero intercedentem priuatiue tantum tenet. Priuatiuae quidem intercessionis quae duae sint formae, ex ipsa finitione nostra apparet. Namque aut *expromittendo nouandoque* contractam iam obligationem ab altero in nos deuoluimus c), aut, *reos nos pro alio*

A 3

statim

non tantum sit venire inter alios, sed cum effectu quoque aliquid impediendi aut prohibendi. Ita praetor intercedit interdicto, L. 2. §. 5. D. ne quid in loc. publ. intercedit lex Falcidia, L. 87. §. f. D. de legar. intercedit Tribus Plebis, lvi. Libr. VII. c. 12. XXIII. 6. XLV. 21. Plura de his dabit BRISSON. de Verb. signif. v. intercedere.

b) Verbis vtor ipsius VLPIANI, qui in L. 2. §. f. D. ad SCt. Velleian: sed est mulier, inquit, defensor alicuius extiterit, procul dubio intercedit. Suscipit enim in se alienam obligationem, et in L. 8. §. 1. D. eod: si mulier interuenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraberent, et indemnitate eis repromi-

serit, PAPINIANUS L. 9. Quaestionum non putat, eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque nouam, sed ipsam fecisse hanc obligationem.

c) Accessionem enim nouae obligationis ad pristinam quamdam nouationem in genere dicimus, a nouo, et a noua, quae accedit, obligatione L. 1. pr. D. de nouat. Quae quidem aut saluam relinquit pristinam, eique plus adeo roboris addit, vt huic ex duplici causa debeat, et *Cumulatiua* est, cuius generis in litiscontestatione apparet et per eam induci dicitur, L. 29. D. de nouat. L. 14. §. 5. de pignor. L. 3. §. 11. de pecul. L. 8. §. 3. de fideiussor. aut perimit eam atque

statim ab initio constituendo, nos in locum alterius, qui obligari debebat, substituimus *d)*).

§. III.

De intercessione cumulatiua indirecta.

Iam vero vt ad cumulatiuam intercessionem reuertamur, si in varios hac ratione intercedendi modos inquirere lubet, apparet, quod pro alio intercessurus vel principaliter id agat, vt alterius in se suscipiat obligationem, vel aliud agendo simul quoque, quamuis id non principaliter intendat, efficiat, vt pro alio obligetur. Ita enim recte explicare mihi videor, quem ex philosophorum nostrorum more *animum* intercedendi *directum et indirectum* dixeris. Indirectae autem huius intercessionis exempla fere haec sunt: primum, si quis pro alio intercedit *defendendo*, hoc est, rei defensionem absque mandato in iudicio suscipit.

atque tollit, et *Prinariua* vocatur. Hanc *ULPIANVS* finit in *L. 1. pr. D. de nouat.* dum: *Nouatio*, inquit, *est prioris debiti in aliam Obligationem vel ciuilem vel naturalem transfusio atque translatio: hoc est, cum ex praecedenti causa ita noua constituitur, ut prior perimatur.* Simili modo in veteri *GLOSSARIO GRAECO*: *Nouatio*, *καινισμός καὶ μετάθεσις τῆ παλαιῆ χρέεος εἰς ἑτέραν ἐνοχλήν, ἀφ' ἧ τὴν πρῶτην ἀναιρεθῆναι,* et alibi: *ἀνακαίνωσις τῆ παλαιῆ χρέεος εἰς νέον.* Sed et haec duplicis generis est. Aut enim noua isthaec obligatio remanet in eodem

debitore, vti si post factam nouationem debere incipias ex stipulatione, quod ex emto haecenus debebas §3. *I. quib. mod. tollit. oblig.* eaque *simplex* est aut, liberato primo debitore, in tertium quemdam transit, quae quidem *expromissio* appellatur. *L. 37. §. 4. D. de oper. libert. L. 14. §. 3. D. de re iudic. L. 1. §. 8. D. quar. rer. act.*

d) Videfis *L. 18. §. 14. D. ad Sc. Velleian. L. 11 et 12. D. eod. et L. 4. c. eod.* in qua haec verba existant: *sive cum alius pecuniam acciperet, ipsa se ream ab initio constituit.* Adde, si lubet, *L. 29. C. eod.*

fuscipit a). Subit enim eiusmodi defensor ipsius rei vicem b), et condemnationi ex illa re subicitur c). Deinde, si quis alieno nomine compromittit. Nam qui ita pro alio arbitrum eligit, omnino eatenus pro illo intercedit, quatenus se eodem obligat, ut sententiae seu laudo eius, qui arbitrium recepit, stetur d), quapropter et femina, pro alio compromittens, iuuatur Senatusconsulto VELLEIANO e). Et haec quidem exempla pertinent ad intercessionem cumulatiam indirectam, quae fit ratione *litium*, vel in iudicio, vel extra illud. Fieri autem quoque potest, ut quis indirecte intercedat, ubi *nulla lis* est, veluti *mandando* alteri quid, ex quo in mandantem deuoluitur obligatio, cuius generis mandatum *qualificatum* in scholis dicere solent f), vel reum se cum alio constituendo, ideoque obligationem in se integram suscipiendo, cuius tantum pars ad illum pertinuisset. Procul dubio enim, qui ita se correum debendi constituit, pro altero intercedit, quatenus obligationem, quae antea inter vtrumque diuisa erat, plenam ac integram in se deuoluit, non liberato tamen altero, sed eodem pariter in solidum obligato g.)

§. III.

a) Vnde eiusmodi defensores in actionibus personalibus caere tenentur de iudicato soluendo, §. 5. *I. de satisdat. in realibus de rato. L. 40. §. 2. et 3. de procurat. et defensor. L. 43. §. f. et L. 76. D. eod.*

b) Vti hoc docet VLPPIANVS in L. 51. §. 1. *de procurat. et defensor. dum: defendere, inquit, est, eandem vicem, quam reus, subire.*

c) Quod idem VLPPIANVS testatur in L. 2. §. f. *D. ad Sc. Velleian. vbi: et si, inquit, mulier defensor alicuius extiterit, procul dubio intercedit. Suscipit enim in se alienam*

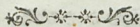
obligationem: quippe quum ex hac re subear condemnationem. Hinc et feminae ab hac defensione arcentur, L. 2. cit. conf. L. 18. c. de procurat.

d) L. 11. §. 1 et 4, L. 17. §. 3. L. 19. pr. *D. de Receptis. L. 5. pr. C. eod.*

e) L. 32. §. 2. *de Recept.*

f) L. 6. *D. ad Sc. Velleian. L. 7. et L. 19. §. 5. D. eod. L. 32. D. mandat. L. 29. C. de fideiuss.*

g) L. 3. §. 3. *D. de liberat. legat. L. 16. D. de acceptil. pr. et §. 1. I. de duob. reis stipul. L. 17. §. 2, D. ad Sc. Velleian.*



§. III.

Intercessionis cumulatiuae directae formae.

Quodsi vero quis principaliter id agit, ut alienam in se suscipiat obligationem, ideoque animo directo pro alio intercedit, ulterius quaeri potest, quam ob rem et quem in finem reum se pro alio constituat? Et videmus saepissime, id fieri ideo, ut creditori de eo, quod ipsi debetur, maior securitas praestetur. Quod quidem dum agitur, fidem suam quis tantum pro alio obstringit, et creditori ius in personam suam concedit, exigendi illud a se, quod ipsi ab altero debetur, tumque *fideiubere* dicitur ^{a)}, vel, ut maior sit creditoris securitas, ius in rem suam ipsi concedit, *pignoris vel hypothecae nexu eam obligando* ^{b)}. Potest quoque, et hodie plerumque solet, uterque modus intercessionis coniungi, ut fideiussor simul hypothecae vel pignoris ius creditori, penes quem intercedit, constituat. Sed quod saepissime fit, id ideo nec semper nec necessario fieri debet. Quare si quis alienam suscipit obligationem, neque tamen id agit, ut creditori maiorem securitatem constituat, is dicitur *constituere debitum alienum*, ex quo oritur constitutum illud, de quo hic agendum erit. ^{c)} Quamuis autem, variis intercessionum formis ita in tabula quasi propositis, breuiterque finitis, iam intelligatur, qua in re altera forma ab altera potissimum discrepet, et meo quidem iudicio discernenda sit, tamen, quum inprimis nobis de fideiussionis et constituti debiti alieni genuino discrimine differere animus sit, curatius iam, ut erat propositum, de utroque negotio dispiciamus.

§. V.

^{a)} Fideiussioni inesse intercessionem, patet ex *L. 2. §. 1. et L. 25. §. 1. D. ad Scf. Velleian.* *se pignori datam per intercessionem recipere velit. Item exempla habes in L. 5. et 7. C. eod.*

^{b)} Pignora dando vere intercedi comprobatur. *L. 8. pr. D. ad Scf. Velleian. ibi: quamuis pignoris datio intercessionem faciat, et L. f. §. 1. D. eod. ibi: si mulier rem a* ^{c)} Constituendo alienum debitum intercedi, patet ex *L. 1. §. 1. et L. 28. D. de pecun. constir.*

§. V.
Fideiusio.

Primum igitur ut *fideiusionem* recte definiamus, ipsum vocabulum inspicendum erit, ex quo omnis vocis vis ac potestas facili negotio deriuari potest. A *fide* scilicet et *iubendo* fideiusionem Romani dixerunt *a)*, non tantum, quia in sollempni fideiusionis formula ad propositam interrogationem fide sua quis quid esse iubebat *b)*, vnde et ipse is, qui ita iubebat, *fideiussor*, aut pro formula- rum diuersitate, quibus negotium illud perficiebatur, ut eleganter CUIACIUS *c)* tradit

a) De Fideiuss. vocabulo videtis ANTONIVM HERINGIVM in Tract. de Fideiuss. c. 2. et VALENTINVM FRANCVM in Tract. de Fideiuss. c. I. qui praeter alios, quos omnes nominare longum foret, multis illud exposuerunt.

b) B. ERISSENIUS de Formulis VI, CLXXXVII.

c) Ad IVLII PAULI Recept. Sentent. L. I. Tit. 20. ubi: *qui, inquit, pro alio se obligans dicit, fideiubeo, fideiussor est: qui dicit, Spondeo, Sponsor: qui fidepromitto, fidepromissor. Inde T. 9. supra: minor, inquit sc. Paulus, se in his, quae fideiussit, vel fidepromisit, vel spondidit, vel mandauit, in integrum restituendo, reum principalem non liberat.* Vid. §. I. I. de V. O. Putat quidem SALMASIVS de modo vsurar. cap. 16. *fideiussores esse, qui vltro veniunt sua- que fide pecuniam credi iubent, sponsores, qui dantur creditori ab eo, cui credere non vult.* At putat quidem hoc SALMASIVS,

sed non probat. *Adpromissores* denique procul dubio rogatos esse, an *adpromitterentur?* (qua voce vtitur CICERO pro S. Rosc. Amerin. c. 9.) putat HEINECCIUS, CUIACIO adfertiens, Synt. Antiquit. Rom. L. III. T. XXI. §. V. in f. quamuis hi et a fideiussoribus et a sponsoibus, cessante licet alioquin, quantum scimus, omni circa iuris effectum discrimine, ob L. 5. §. 2. de V. O. diuersi fuisse videantur SCHVLTINGIO ad Pauli Rec Sent. L. I. T. XX. not. I. vid. in eiusd. Iurisprud. Anteiustin. Mihi tamen, si quis coniecturae locus relinquatur, *adpromissores* apud Romanos hoc nomen videntur accepisse non nisi eam ob causam, vt ab *expromissoribus*, qui debitorem principalem ab omni obligationis vinculo liberabant et *eximebant*, distinguerentur ii, qui intercedendo *accedeabant* tantum ad debitoris obligationem, vt hinc vterque, et debitor principalis, et is, qui intercesserat, obligationis vinculo teneretur. Generale igitur

B

puto

tradit, *sponsor*, *adpromissor*, *fidepromissor* vocabatur ^{d)}, verum quoque, quia in alterius pro altero *fidei* interpositione omnis huius negotii natura consistit. Fidem enim nostram dum obstringimus pro alio, aut dum fide nostra quid esse iubemus, spondemus, promittimus, siue sollempni ritu et forma, ut olim apud Romanos plerumque et ex regula fieri solebat, siue absque vlla verborum sollempnitate id fiat, quid quaeso aliud agimus, quam ut fidem nostram pro alio in-

puto fuisse adpromissorum nomen, ut non fideiussorem tantum comprehenderet, sed quemcumque alium, qui accessorie seu cumulatiue intercedebat.

d) Verum non hi solum, qui extra iudicium se suamque fidem pro aliis obligabant, sed et illi, qui in iudiciis pro aliis promittebant, quorumque cautiones aequae formulis adstrictae erant, uti de Vadimonio hoc in primis testantur C. SIGON. de iudic. I, 20. et B. BRISSON. de Formul. V, 3. diuersa apud Romanos nomina forticabantur. Ita *vindices* in Legib. XII. tab. appellantur, qui pro eo, quem quis priuata auctoritate in ius vocauerat, fidei iubebant, praestitaeque hac cautione ab ignominia, qua nisi sponte sua iuisset, oborto collo ad iudicem rapi poterat, eum liberabant. Vid. FESTVS voc. *vindex*, qui: *Vindex*, inquit, *ab eo, quod vindicare, quominus is, qui pressus est, ab aliquo reueatur.* Conf. GELEVS Noë. Att. XVI, 10. et FAC. GOTHOFREDVS ad XII Tab. T. I. Pariter nec illa cautio negligenda est, qua, ubi in ius ventum erat, statim et praefinito die se adfuturum, reus fuisse tenebatur. C.

SIGON. de iudic. I, 20. Qui enim tum pro reo promittebant, *vades* dicebantur, ab eo, quod *vadimonium* promitterent. Ita enim VARRO de lingua Latina V, 7. *vadem* esse dicit, qui pro altero vadimonium promittit. Initio quidem *vades a praedibus* in eo fuisse diuersos, quod illi in iudicio publico, hi in ciuili pro reo satispromitterent, testantur FESTVS voc. *vades*, qui *vadem* dicit, *sponsorem significare datum in re capitali*, et AVSONIVS Eidyll. XII.

Quis subit in poenam capitali iudicio? vas. Quis, quam lis fuerit numaria? quis dabitur? PRAES.

Sed in desuetudinem postea abiit haec differentia, vadesque dicti, siue publicum et capitale, siue ciuile iudicium fuerit. Vid. B. BRISSON de V. S. voc. *vas* et HEINECCIUS Synt. Ant. Rom. III, XXI, III. Quid autem sub praedis nomine hinc intelligi consueverit, vide sis apud HEINECC. l. c. et B. BRISSON de V. S. voc. *praes*. De Vade et Vindice legi in primis meretur C. F. G. MEISLER in Progr. Vindex et vas. vid. eiusd. Syll. Selector. opusc. T. I. VI. p. 269.

interponamus, id est, creditorem nos potissimum respicere nostramque fidem sequi iubeamus? Quid igitur? Nonne ita supponitur, creditorem de fide debitoris sui dubitare, non satis certum esse, huiusque dubitationis causa quaerere alium, in cuius fide potissimum acquiescat? Eandem plane vim subiicimus quoque Germanicae voci *Bürge, bürgen*. Neque scio, annon feliciter coniectura mihi succedat etymologica in vernacula lingua, quae infelicioer saepius, quam in idiomate peregrino esse solet, dum eandem vim vocis ex verbo *Bergen* derivandam existimo. Vult enim et creditor et fideiusor integra servare (*Bergen*), quae illi debentur.

§. VI.

Constitutum obligatorium.

Sequitur, ut de *constituto* videamus. Quo quidem in loco simili ratione ipsum vocabulum inspiciamus. Quod quidem grammaticum studium, quamvis a multis leue et futile ac plane deridendum habeatur, tanti esse mihi videtur, ut sine eo omnem iuris interpretationem ieiunam existimem, miseram adeo et fere inanem. *Statuere* autem, inde enim incipiemus, eleganter definiente GESNERO ^{a)} „proprie significat facere ut aliquid *stet*, collocare adeo, erigere, „firmare: frequentius autem (quod et huius loci est) ad animum refertur, in „quantum post deliberationem *confessit*, cum stat sententia, et non amplius „fluctuat, ut adeo sit *statuere* decernere aliquid, quod vel ipse serues, vel alios „obseruare iubeas.“ Ita CICERO ^{b)}: *Interea*, inquit, *maleuoli homines conabantur a te alienare voluntatem meam, qui te forum Tarfi agere, Statuere, multa decernere, iudicare dicerent.* Quam ob rem *pronunciare* et *statuere* Iureconsultis promiscue dicitur ^{c)} et quod Graeci Philosophi

B 2

ἀξίωμα

^{a)} In Thes. lingu. lat. post ROB. STEPH. edit.

^{b)} Ad Famil. L. III. Ep. 6. quem locum potissimum in rem meam nomino, quem cum apud GESNERVM non inuenierim.

^{c)} Ita VLPPIANVS in L. 46. D. de V. S. *pronunciatum*, inquit, et *statutum* idem potest. Promiscue enim et *pronunciasse* et *statuisse* solemus dicere eos, qui ius habent cognoscendi.



disposita dicunt, CICERO *pronunciatum* interpretatur *d*). Pari quoque ratione *constituere* refertur ad mentem deliberatam, enixum firmumque animi propositum, certum maturumque consilium, ut proinde idem sit, ac *statuere* *e*). Sed sicut *statuere* unius tantum est, ita *constituere* non tantum de singulis hominibus, verum quoque de pluribus dicitur, qui in definienda stabiliendaque aliqua re communi consensu inter se conveniunt. Hanc vocis significationem eleganter explicans IOAN. FRID. GRONOVIVS *f*): „Vox, inquit, praegnantis sensus est: „non enim intelligi scopum, ut quidam volunt, ne locum quidem solum et femper, ut Salmasius de mod. vsur. c. 16. palam est; sed ut plurimum complectitur „tria, locum, tempus, negotium. Ideo interdum additur aliquid horum: sed „quidquid addatur, reliqua intelliguntur *g*).“ Recte omnino et apte in rem nostram. Ita enim *pecuniam* constituere in libris nostris est, pecuniam, id est, quamcumque rem fungibilem *b*), aliunde *i*) iam debitam, denuo conventionem cum debitore inita certo tempore locum solvendam promittere, eaque pactio, cui praetor iurisdictione sua adfuit, forte, quia aequum videbatur, geminatae conven-

d) Tuscul. Quaest. I. c. 7. § 14. Quem locum notavit etiam GELLIVS Noct. Att. L. XVI. c. 8. Conf. praeterea CIC. Acad. Quaest. II. c. 29. § 95. et de fato c. 10. § 20. Adde, si lubet, MENAGIVM ad LAERTIVM VII. 65.

e) Vberius et eleganter de hoc verbo eiusque significatione exposuit GRONOV. Obseruat. L. I. c. I.

f) Loc. cit.

g) Ita, ut nonnulla ex locis veterum auctorum, quae GRONOVIVS *l. cit.* hanc in rem adduxit, nominem, CICERO ad Fam. VII. 4. Te, inquit, *quam semper valere cupio, cum certe, dum hic sumus. Vides enim, quanto post vna futuri sumus. Quare si quod con-*

stiturum cum podagra habes, fac in alium diem differas. ad Attic. L. I. Ep. 7. L. Cincio HS. viginti millia constitui, me curaturum Idibus Februariis. Pro Quinct. c. 5. *quasi nummos domi haberet, ita constituit.* Scapulis *se daturum.* Conf. pro Caecin. c. 7. pro Coel. c. 8. VARRO de re rustica. Lib. II. c. 5. TACITVS de M. G. c. II. CAESAR de B. G. L. I. c. 8, 3.

b) L. 2. § 1. C. de constit. pecun. hoc sensu olim in constituto pecuniam esse acceptam docet, ut etiam THEOPHILVS ad § 8. I. de actionib.

i) Etiam ex delicto L. 29. D. de pecun. constit. Addat. L. I. § 6. eod.

conventioni maiorem, quam simplici et nudae, vim tribuere ^{l)}, quare praetorium pactum in scholis vocari solet ^{m)}, est *constitutum*, quod *obligatorium* appellare lubet, vt ab alio, quod *possessorium* dicitur, nomine quoque discernatur. Duplīciter autem fieri potest, vt, quod constituitur, aliunde illud debeat. Nimirum vel idem is, qui constituit, vel alius id ante debebat, quod in constitutum deducitur. Vnde duplex est constituti genus, alterum *debiti proprii*, quod, quia intercessionem non continet, huius loci non est, alterum *debiti alieni*, de quo, quum ad intercessionum formas pertineat, nobis hoc loco sermo est.

B 3

§. VII.

l) Hanc geminationem igitur non quidem per se huic pacto efficaciam dedisse putamus, sed hanc ex praetoris auctoritate deriuamus, attamen mouisse eam existimamus praetorem, vt huic pacto adfiseret. Conf. SCHILTER. Exerc. 24. § 74. Vid etiam HERM. HUBERT. Diss. II. de argentiariis c. 2. §. 2. et quos ibi in fine nominat, GRANGIANVM, SCHVLTINGIUM, OTTONEM. Apud OELRICHS in Thef. Dissertat. iuridic. in academiis belgicis habitat. Vol. II. Tom. II. p. 123.

m) Ita enim manifeste VLPIANVS in L. I. pr. de constit. pecun: Hoc, inquit, edito praetor fauet naturali acquiritari, qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam graue est, fidem fallere. CUIACIUS quidem in paratitl. ad Dig. L. III. T. 5. constitutum ad contractus refert, dum: *Fiunt*, inquit, *constituta consensu nudo, non verbis, nec tamen pacta sunt nuda, sed contractus, quia recepta imitantur, quae fuere contractus. Nam nec alia ratione precarium numeratur*

inter contractus L. contractus de Reg. Iul. quam quod sit simile commodato. ZOES. Comment. ad Pand. Tit. de constit. pecun. n. 3. Alii contra pactum legitimum dicere maluerunt, vt LAVTERBACH. in Coll. Theor. Pract. L. XIII. T. 5. §. 2. FRANZK. in Comment. Pand. eod. tit. n. 6. BOGER. class. 2. Disp. 17. th. 2. littr. 6. &c. HAHN. ad WESENBECK. eod. tit. n. 4. verb. succurrunt. Quae quidem omnia quamuis multum discrepare videantur, possunt tamen amice inter se conciliari. Contractus enim qua ratione dici possit, satis ipse CUIACIUS explicat, licet hoc minus conuenire videatur Romanorum genio, vt, quod praetoris iurisdictione tantum susinetur, pactum referatur inter contractus, qui omnes vim suam ex iure ciuili habent. Legitimis autem pactis qui constitutum adnumerant, latius accepisse videntur legitima pacta, vt hoc nomine omnia comprehenderent, quibus ius quodcumque, siue ciuile, siue praetorium, vim adiderit.

Receptum.

Quod diximus autem, constitutam pecuniam pertinuisse olim ad eas res tantum, quae numero, pondere et mensura constant, id nouo iure mutatum est a IUSTINIANO IMP. qui, quod in aliis iuris nostri capitibus saepissime fecit, ut, quae olim distincta essent et separata, ea in vnum confunderet, cuius rei exempla sunt Senatus consultum Pegasianum in Trebellianum translatum, usufructio cum praescriptione commixta, id quoque hoc in loco praestitit, quum *Receptum* cum constituta pecunia, a qua antea distinctum fuit, in vnum conflauerit. Receptum enim, a recipiendo dictum *a*), quippe quo argentarii *b*) alienum debitum constituere et in se recipere solebant, non solum ipso constituto, quantum colligi potest, antiquius est *c*), sed in plurimis quoque olim ab eo diuersum fuisse notissimum est *d*). Quare de eo, sed pauca tantum nec nisi in transitu mone-

a) Recipere idem interdum esse ac *promittere*, dudum obseruauit B. BRISSONIVS de V. S. voc. *recipere* et *receptivus*. Ita enim *recipere* in *se debitum* in L. 4. D. de *manumiss. recipere sibi debitum* in L. 16. §. 4. D. de *fideiuss. Sc.* nihil aliud est, quam debitorem se confitere, hoc est, promittere, quod alius quisquam debet. CICERO quoque saepissime *recipere* non tantum simpliciter pro *promittere* utitur, quod nos germanico idiomate dicimus *auf sich, über sich nehmen*, veluti *Famil. VI. 7. Attic. V. 13.* verum quoque cum tertio casu, quem a dando appellarunt Grammatici, veluti, *recipio vobis Famil. X. 17. mihi ille receperat, Attic. V. 13: mihi coram recepisti, Famil. XIII. 3.*

b) De argentariis eorumque munere post CUIACIUM Lib. X. Obf. XIV. copiose et egregie exposuit HERM. HUBERT, in binis Dissertat. de argentariis veterum, Traiecti ad Rhenum habitis, altera Praefide EVERHARDO OTTONE a. 1739. altera inaugurali sine praefide a. 1740. quam utramque recudi curauit GERH. OELRICHS in Theatro Dissertat. iuridic. in academijs belgicis habitatum Vol. II. T. I. nr. 1 & 2.

c) SCHILTER. Exerc. 24. §. 72 et 73. HUBERT Diss. 2. quam diximus p. 2. c. 2. §. 2. l. c. p. 121.

d) De discrimine, quod inter utrumque iure antiquo intercessit, praeter alios exposuit SALMASIVS de mod. vsuar. p. 721. et iam ante eum OBERT. GYPHANIUS in Comment. ad C. Tit. de constit. pecun.

moneamus. Quamvis enim Receptum omnino sit constituti, si generaliter illud intelligas, quasi species, vt et argentarii recte constituere dicantur, dum recipiunt e), tamen recepti negotium varia ratione a constituto in specie dicto, quod ad illius similitudinem a praetore firmatum est, recedit. Recipere scilicet, vt HVBERTVS eleganter definit, dicebantur argentarii, quum contrahentibus ad mensam sine stipulatione promitterent, se curaturos, vt, quod alius cauerat. et debebat, certo die locue solueretur, hoc vel simili modo: *Quae Sempronius tibi debet ex mutuo, ea ego recipio, vel, ea penes me habes.* Non tantum igitur

1.) origo diuersa est, recepti scilicet ex iure ciuili, constituti ex iure praetorio, sed etiam 2.) forma, quae in neutro quidem negotio stipulationem, in illo tamen alia quaedam sollemnia verba requirebat f), in hoc nudum tantum consensum, absque vlla verborum sollemnitate. 3) in personis haec est differentia, quod receptum sit argentariis proprium, constitui a quolibet possit. 4.) Materiae diuersitas apparet in eo, quod receptum ad omnes omnino res, immobiles quoque, pertineat g), constitutum ad eas res tantum, quae numero, pondere et mensura constant. Quare THEOPHILVS h) de constituta pecunia actionem latius pa-

e) Ita enim THEOPHILVS ad §. 8. I. de actionib. argentarios, dum recipiunt, constituere dicit: ἢν δὲ τὸ παλαιὸν ὁμοίᾳ ταύτης pecuniae constitutae καὶ ἡ Receptitia ἦτις ἀρμόζει τραπεζίτης ἀντιφωνήσαντος. Καὶ κοινωνία μὲν τῆς receptitiae καὶ τῆς pecuniae constitutae αὐτῆ καὶ θὰ ἑκατέρᾳ ἐξ ἀντιφωνήσεως τίκεται.

f) L. 2. pr. C. de constit. pecun. HVBERT. loc. cit. §. I. apud OELRICHS p. 120. SCHILTER, loc. cit. §. 72.

g) Cuius rei rationem indicat SALMASIVS de mod. vsur. camque in conditione argen-

tariorum quaerit, quia scilicet auctionibus praecerant, de quo argentariorum officio late exposuit HVBERT. Diss. 2. part. I. c. 2. apud OELRICHS l. c. p. 71.

h) Loc. cit. vbi haec: Ἐὰν ἡ pecuniae constitutae πλατύνεται μὲν τοῖς προσώποις. Πᾶς γὰρ ἀντιφωνῆται γενῆται δὲ τοῖς πράγμασι. ἀντιφωνῆται γὰρ μόνον τὰ ponderis, numeri, mensurae ἢ δὲ receptitia ἐκ τῆ ἐναντίου γενῆται τοῖς προσώποις. μόνος γὰρ τραπεζίτης ταυτὴ κρατεῖται.

tere, quod ad personas, dicit, receptitiam autem in angustius contractam, si personas spectes, latius autem patere, si res inspicias. Sed et §.) recepti olim tanta fuit, forte ob verborum sollempnitatem, vis et efficacia, ut indebitum si receptum esset, illud ex recepto fieret debitum *i*), quod in constituto secus semper fuit. Dubitatum quoque olim esse in constituto circa conditionis vel diei adiectionem, a IUSTINIANO accepimus *l*). Denique actio de constituta pecunia interdum anno includebatur *m*). Sed omnem hanc differentiam sustulit IUSTINIANVS IMP. *n*) ita, ut, quod plenius habebat receptitia actio, in actionem constitutae pecuniae transfuderit, omniaque, quae de receptitia in diuersis libris legumlatorum posita erant, voluerit aboleri.

§. VIII.

Constitutum Possessorium.

Quum vero paullo ante (§. VI.) constitutum obligatorium a *Possessorio* distinximus, paucis quoque de hoc videamus. Quamvis enim de eo praeclare exposuerit MASCOVIUS *a*), tamen puto, breuius, et nescio an concinnius quoque, finiri illud posse, quod sit translatio possessionis per traditionem breui manu factam perfecta. Traditio autem breui manu in iure nostro fieri dicitur, dum sola

i) L. 2. C. cir.

l) L. 2. cir. Quae nostra aetate super quaestione, an pure possit constitui? disputata sunt inter C. H. FABROTTVM in not. prior. ad THEOPHIL. de action. §. 8. et CLAVD. SALMASIVM de mod. vsur. c. XVI. p. 720. vix huius loci sunt, quum SALMASIVM, quae FABROTTVS dixit, non recte intellexisse, doceat GVNDLING. in peculiari, quod in eiusdem GVNDLINGI-

ANIS existat, scripto de *constituta pecunia* §. XIV. et GRONOVIVS L. I. Obs. I. p. 14.

m) L. 2. cir. cl. §. 8. et 9. I. de action.

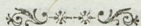
n) L. 2. cir.

a) In Diss. quam Praefide eo defendit WEND. NEYHAVS, de constituto possessorio, Harderouici, 1733. vid. eiusd. opusculi iurid. et philolog. a PÜTTMANNŌ edita, Lips. 1776. et iam ante hunc existit AND. TIRAQUELL. Tract. de Iure constituti possessorii.

sola conuentione, ideoque animi tantum declaratione, absque reali et vera traditione, in alium transfertur possessio, puta ciuilis, quae non corpore in rem praesentem, sed animo in rem, cui corpore non insistimus, exercetur. Haec scilicet compendii causa fit, ubi, si vera traditio accedere deberet, non vna sufficeret, sed duplex eaque reciproca et mutua requireretur. Tum enim optima ratione plane omittitur duplex illa traditio vera, quia per illam res, ratione externae et corporalis possessionis, in eundem statum deducitur, in quo iam est *l*). Constitutum autem hoc dicitur, quia hac ratione pacto et conuentione *constituitur* tantum aliquid inter partes (*es wird etwas unter ihnen verabredet, festgesetzt,*) de possessione, quamuis illa actu et re ipsa non transferatur, et quod ad corpus plane non mutetur, Constitutum hoc ergo in se consideratum nihil habet cum proprietate coniunctum, sed spectat tantum ad possessionis ciuilis translationem, quamuis illud tam in contractibus dominium transferentibus, quam in aliis accedere possit. Vis autem et efficacia huius pacti consistit in eo, ut cum possessione ciuili iura quoque possessionis, ideoque etiam remedia iuris possessoria, imprimis quae ad retinendam possessionem tendunt, in illum transferantur, cui res hoc modo breui manu traditur. Est autem huius constituti in iure et in foro nostro vsus omnino multiplex et varius. Ita, qui rem, dum vendidit eam, donauit, vel alio titulo alienauit, statim conducit, aut commodati, vel precarii

b) Nam si possessionem ciuilem respicis, haec ipsa omnino hac ratione mutatur ita, ut, qui iam corpore possidet, ciuilliter et quod ad effectus iuris possidere desinat. Ita enim CELSVS in *L. 18. D. de acquir. vel amittend. possess.* Quod meo, inquit, nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto tibi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio: nec idem est, possidere et alieno nomine possidere. Nam possidet, cuius nomine possidetur: procurator alienae possessioni praestat ministerium. Immo haec lex praecipua sedes doctrinae de constituto possessorio censenda est. Vnde fallitur GERHANIUS in lectur. Altorph. ad *L. 10. de donat. num. 10.* qui omnem hanc doctrinam non nisi Doctorum commentum esse putat. Etenim licet nomen in iure nostro non occurrat, res ipsa tamen ob *Leg. cit.* omnino dubio caret.

C



precarii iure retinet, potest, constituto possessorio interueniente, emtorem donatariumue statim constituere possessorem ^{e)}. Simili ratione in pignore fieri potest, vt debitor re obligata precario aut pro conducto vtatur ^{d)}, quo titulo si statim eam retinet, dum pignori illa obligatur, habemus constitutum possessorium. Et quod frequentissime hodie occurrit in hypothecae constitutione pactum constituti possessorii, ex his, quae diximus, clarissima luce illustratur. Hoc enim pacto hypothecae adiecto, debitor efficit, vt creditor, qui hypothecam naturaliter et corpore non possidet, nihilominus possessionis ciuilibi iure gaudeat, ideoque paratissimis remediis possessoriis, vbi opus est, aduersus quemuis rei obligatae possessorem experiri possit ^{e)}.

§. VIII.

Indicatur differentia fideiussionis et constituti debiti alieni essentialis.

Sed reuertamur iam e diuerticulo in viam, vnde digressi sumus, et videamus, quod in primis erat propositum in libello hoc conscribendo, quid differat fideiussio a constituto debiti alieni. Commune scilicet hoc est vtriusque negotii, quod ad intercessionem pertineat eamque cumulatiuam, quae fit animo principaliter ad intercedendum directo (§. III.). Differt autem in eo fideiussio a constituto, quod fideiussionis is finis, ea causa sit, vt maior creditori praestetur securitas per ius, quod ei in personam fideiussoris confertur (§. III et V.), constitutum debiti alieni vero securitatem creditoris non respiciat, sed ex alia quacumque causa procedat, propter quam fieri potest, vt quis, quod alter debet, in se suscipiat, non liberato debitore priore (§. III et VI.). Quam quidem differentiam, quum ex interna vtriusque negotii natura, quam *essentialiam* solent philosophi nostri dicere, ea deriuetur, *essentialiam* et *primariam* appellare lubet. Haec autem

^{e)} Vid. L. 75. D. de contrahend. emr. et conf. L. 77. D. de R. I.

^{d)} L. 25. §. 1. D. de pignoratit. action.

^{e)} MEYIVS part. V. Dec. CCCXLIX.

autem eo usque patet, ut in omni iure conspicua sit, quippe quae ex iure naturali, quo ipsam tantum naturam negotiorum inspiciamus, proficiscitur, et inde in omnia gentium iura, quasi ex stirpe in ramos, diuulgatur. Est autem hoc primarium constituti debiti alieni et fideiussionis discrimen, quod, quantum ego quidem scio, praetergressi sunt et plane omiserunt omnes huc usque, qui de hac re scripserunt, Doctores. Quare quidem operae pretium erit, curatus illud firmare et stabilire.

§. X.

Firmatur ea ex essentia fideiussionis.

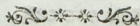
Firmare autem alia ratione hanc differentiam non possum, quam ut ostendam, esse illud, quod fideiussioni et constituto tribui, singulis proprium. Primum ergo de fideiusione videamus. Huius autem eam esse indolem atque naturam, ut in securitatem creditoris fiat, ex ipso vocis etymo, tam in romano, quam in germanico idiomate, unde et definitionem formaui, demonstrare iam annis sum (§. V.). Sed ne quis nobis succenseat, quasi in lubricam illam viam incidissemus, qua mirum in modum sibi placere multos animaduertimus, qui, quod probare volunt de aliqua re, definitioni huius rei primum intextunt, dein vero inde quasi ex promo condo desumunt, tumque demonstrasse mathematicorum more, si Diis placet, sibi videntur, et gloriantur adeo, quamuis ne id quidem in nos quidquam valere censeamus, quum non pro lubitu et arbitrio, ut illis mos est, sed secundum vocis originem et usum definiuimus, addamus iam indubia et certissima iuris nostri loca, quibus id, quod diximus, omnino efficitur. Primum autem testimonium nunciamus ipsi IUSTINIANO IMP. a), qui: *pro eo, inquit, qui promittit, solent alii obligari, qui fideiussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.* Alter testis prodeat CAIVS b), qui: *aut proprio, inquit,*

C 2

quit,

a) In pr. I. de fideiussor.

b) In L. I, §. 8, D. de Oblig. et action.



quit, *nomine quisquam obligatur, aut alieno: qui autem alieno nomine obligatur, fideiussor vocatur, et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut, quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeatur.* Quid quaeso clarius esse potest, posterioribus utriusque loci verbis? Nam si fideiussores quaerimus et accipimus, *dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit, aut, dum curamus, ut, quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeatur,* nonne securitatis maioris causa fideiussio suscipitur? Sed hac ipsa securitatis voce hac in re idem CAIVS noster alio loco c) utitur, dum ait: *Satisfactio eodem modo appellata est, quo satisfactio. Nam ut satisfacere dicimur ei, cuius desiderium implemus: ita satis dare dicimur aduersario nostro, qui pro eo, quod a nobis petit, ita cauit, ut eum hoc nomine securum faciamus datis fideiussoribus.* His adeo luculentis et manifestissimis testimoniis addi potest, si opus est, aliud argumentum ex ipsa fideiussionis doctrina. In fideiussoribus enim requiritur, non tantum, ut *habiles*, verum quoque, ut *idonei* sint. Habiles autem dicuntur, qui valide se obligare possunt, idonei vero, qui securitatem praestant. Quare pro idoneis habentur, et recte repelluntur, non tantum pauperes d) et qui soluendo non sunt, sed etiam, qui difficilium conueniuntur, ad quos non solum, qui alieno foro subiecti sunt e), sed etiam potentiores pertinent. f)

§ XI.

Item ex natura constituti.

Restat igitur, ut de constituto, quod debiti alieni dicimus, pauca adiciamus, quibus probatum demus, exulare in eodem illum, quem vnicum esse diximus, fideiussionis finem. Nusquam autem in libris nostris, ubi constituti fit

mentio

c) In L. 1. D. qui satisd. cogunt.

d) Arg. L. 2. pr. qui satisd. cog.

e) Ob L. 2. cit. MEVIUS P. VIII, Dec.

182 BARTOL. in L. fin. O. de princ. agen.
in reb. SOMEZ Tr. de contro. c. 13. n. 8.

f) HERING de Fideiuss. c. 9. num. 132.

mentio, aut exemplum occurrit constituti debiti alieni in maiorem creditoris securitatem suscepti, aut constitutum hunc in finem comparatum esse commemoratur. Contra vero multas alias inuenimus causas, propter quas debitum alterius, absque vilo animo creditoris securitati prospiciendi, constituitur, veluti, ut, quod in diem debetur, pure constituitur, Etenim fieri illud posse, docet nos VLPPIANVS ^{a)}, cuius quoque sententiam non PEDIUS tantum probat, sed et LABEO, qui, rationem adiciens: *vel propter has, inquit, potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta sunt inducta.* Neque se his inuitum suffragari fatetur VLPPIANVS. *Habet enim, inquit, utilitatem, ut ex die obligatus constituendo, se eadem die soluturum teneatur.* Pariter eum, qui, quod in diem debet, citiore die se soluturum esse constituit, teneri docet PAVLVS ^{b)}, dum: *si citiore, inquit, die constituat se soluturum, similiter tenetur.* Pari quoque ratione, quod quis alio loco debebat, alio alio loco se soluturum constituere, si forte Creditoris intererat, alio loco solui, quam quo erat promissum. Hanc in rem VLPPIANVS ^{c)}: *Eum, inquit, qui Ephesi promisit se soluturum, si constituat, alio loco se soluturum, teneri constat.* Vnde et idem ille alibi ^{d)}, *et certo loco et tempore aliquem posse constituere, adferit.* In genere autem dici potest, constituta, quae ab antiquissimis iam temporibus Romanis in vfu fuisse videntur, ut ne de praetore quidem conflet, qui primus de iis edixerit, tum promouenda in ciuitate commercia spectare, tum paciscentium inprimis commodum atque utilitatem. Optime enim in rem nostram CICERO ^{e)}: *possunt, inquit, in pacationibus faciendis non legem spectare censoriam, sed potius commoditatem conficiendi negotii et liberationem molestiae.* Quo ipso hoc sibi velle videtur CICERO, in paciscendo non omnia ad strictissimum ius eiusque apices ac formulas esse exigenda, sed conuiuendum esse

C 3

^{a)} In L. 3. §. 2. de constit. pecun.

^{d)} In L. 16. §. 1. eod.

^{b)} In L. 4. eod.

^{e)} Ad Quir. Frat. L. 1. Ep. 1.

^{c)} In L. 5. pr. D. de constit. pecun.

esse atque indulgendum, si quid solo pacto ex bona fide bonoque consilio fuerit constitutum.

§. XII.

*Differentia formalis iuris Romani inter Fidei-
iussionem et Constitutum.*

Praeter hanc autem, quam diximus essentialem vtriusque negotii, de quo sermo nobis est, differentiam, quae, vt diximus (§. VIII.), quia ex ipsa natura horum negotiorum dimanat, non tantum, vt probatum dedimus (§. X. et XI.), iure Romano agnoscitur, verum quoque in omnibus omnium gentium iuribus necessario obtinere debet, est etiam alia, eaque iuri Romano tantum propria. Romani enim fideiussionem tamquam negotium civile verbis sollempnibus plerumque et stipulatione perficiebant *a)*, constitutum contra, quum intra pacti fines subsisteret et iurisdictione praetoris firmaretur, nullis verborum ambagibus indigebat *b)*. Hanc autem differentiam omnes, quos legi, Doctores principalem atque essentialem vtriusque negotii laudant, in quo tamen vehementer errare mihi videntur. Est enim, quod primo loco animaduerto, haec differentia tantum Romanis propria, quippe qui illas verborum obligationes aliis gentibus ignotas summi faciebant. Deinde in ipso iure Romano haec differentia tantum est *formalis*, id est, a forma externa, qua negotia contrahebantur, desumpta, non essentialis. Essentialis enim ex essentia seu natura rei, non ex vnus cuiusdam populi scitis et iuribus desumendum est. Sed et Romani stipulationem *nec vnice* in fideiussione, *nec semper* in eadem adhibuerunt. *Non vnice*. Certum enim est et dupondii notissimum, stipulationem, vt ipsa vox denotat *c)*, fuisse generalem modum, cuius-

a) L. 12. C. de fideiuss. §. 7 et 8. l. eod. Sent. L. V. T. 7. §. I. qui: *Obligationum, l. 8. l. 16. l. 42. l. 44. D. eod. l. 1, inquit, firmandarum gratia stipulationes §. 7. et 8. de oblig. et act. inductae sunt, quae quadam verborum sollempnitate concipiuntur: et appellatae, quod*

b) §. 9. l. de act.

c) Stipulatio enim dicta est a stipulo, quod per eas firmitas obligationum constringitur: veteribus erat firmum. Pr. I. de V. O. quocumque conspirant, quae loquitur PAVLVS Rec. stipulum enim veteres firmum appellauerunt.

quicumque generis obligationes ciuiler firmandi. Ideoque ex ea pendebat quidem robur illud ciuile, vis atque efficacia obligandi, quae negotio inerat, ipsa autem negotii, quod in stipulationem deducebatur, natura et ratio per eandem neutiquam immutabatur. Sed *nec semper* quidem apud Romanos fideiussores stipulatione interueniente fidem suam obstringebant. Quin potius de fideiussoribus a tutore nominatis VLP IANVS testatur, illos omnino teneri, licet sollempnis stipulationis ritus plane non interuenierit. Enimuero is: *Fideiussores*, inquit *d*), *a tutoribus nominati, si praesentes fuerunt, et non contradixerunt, et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est, perinde teneri, atque si iure legitimo stipulatio interposita fuisset.*

§. XIII.

De specialibus quibusdam et singularibus differentiis.

Iam variae occurrunt aliae in libris nostris differentiae inter fideiussionem et constitutum debiti alieni, quas, quia ad specialia quaedam momenta et singularia capita spectant, specialia dicimus et singulares. de quibus iam quoque despicendum erit, maxime, vt iudicemus, ex quonam fonte illae manent, et ad vtram illarum differentiarum principalium, essentialem an formalem, referendae sint. Primum autem fideiussionis negotium partium praesentiam requirere, quum constitui et inter absentes per epistolam et nuncium possit *a*), apertissime ex formali differentia deriuandum est *b*). Deinde et illud est ex eodem fonte deducendum, quod, qui absque die promittit et fideiubet, statim soluere teneatur *c*), quum tamen, qui absque die adiecto constituit, quamuis id sit contra constituti naturam, obligetur quidem, sed ita, vt modicum statuendum sit tempus, non minus decem dierum, vt exactio celebretur *d*). Sed quod et alteri constitui possit,

quam

d) In L. 4. §. 3. de fideiuss. et nominat. *c*) L. 118. §. 1. D. de V. O. L. 14. D. de R. I.
a) L. 14. §. 3. L. 15. D. de const. pecun.
b) §. 12. I. de iur. stipul. L. 1. D. de V. O.
d) L. 21. §. 1. D. de pec. const.



quam cui debetur e), quum hoc in fideiussione non procedat, id apertissime est ex essentiali utriusque negotii differentia explicandum. Quum enim datis fideiussoribus securitas creditori praestari debeat, creditoris persona omnino mutari non potest, quod contra fieri potest in constituto, quum id non securitatem creditoris respiciat. Porro quod est in libris nostris sancitum, constitui posse etiam aliam rem, quam quae debetur f), in fideiussionem autem aliud, quam quod debetur, deduci non posse g), id quidem ex utroque fonte derivari potest. Nam quum fideiussio fiat in securitatem creditoris, ideo is ratione eius, quod ipsi debetur securus praestari velit, dici poterat, exinde iam effici, idem, quod debetur, in fideiussionem deducendum esse, quum nec aliud pro alio solui possit. Sed quia haec regula spectat tantum ad inuitum creditorem b), nec volenti creditori aliud in solutum accipere fiat iniuria, dicendum est, Romanos hunc rigorem in fideiussione potissimum ob verborum sollemnitate[m] obtinere voluisse. Denique, quam SALMASIVS i) addit, differentia, quod indebitum quis fide sua esse iubere possit, spuria nobis videtur. Nam si plane indebitum est, pro quo fideiubetur, ex natura accessoriae obligationis conficitur, nec fideiussorem, qui pro indebito, quasi debitum esset, fideiussit, ex fideiussione sua posse obligari.

§. XIII.

Quatenus plus possit in constituto, quam in debito esse.

Posse in constituto plus esse tempore vel loco, manifeste probant VLPPIANVS et PAVLVS a). Vtrumque quidem repugnat fideiussionis formae, quae ob verborum sollemnitate[m] omnino idem debitum et ratione loci et temporis requirit. Ex essentiali enim fideiussionis caractere hoc non, nisi in auxilium vocata summa Roma-

e) L. 5. §. 2. *cod.*f) L. 1. §. 5. *cod.*g) L. 42. *de fideiuss.*b) L. 2. §. 1. *D. de reb. credit.*i) *De mod. usurar. p. 724.*a) L. 3. §. f. L. 4. L. 5. *pr. D. de pecun. constit.*

Romanorum ἀκριβείᾳ, deduci potest. Sed nec hoc mirandum est, quod testibus iisdem Iureconsultis b) non plus re constitui possit. Constituitur enim tantum, quod debetur, sed quod plus est in constituto, id non est in debito, ideoque non valebit iure constituti. Minus autem, quam erat in debito, inesse omnino constituto potest c), neque id constituti naturae repugnat. Sed nec in constituto plus esse potest qualitate obligationis, id est, si quid conditionate debetur aut in diem, puta incertum, id pure constitui nequit, et etiam si constituatur pure, tamen manet conditio, ut, si illa deficiat, pereat utraque actio d). Quod quidem itidem ex natura constituti facile intelligi poterit. Nam quod sub conditione debetur, aut in diem incertum, quippe qui pro conditione est, id deficiente conditione, aut die non veniente, omnino non debetur, ideoque, quod non debetur, constitui non potest.

§. XV.

De femina constituenta.

Secundum ea, quae hucusque disputauimus de vera constituti natura, facilis omnino videtur responsio danda ad quaestionem: an mulier etiam, quae constituit iunetur Senatusconsulto Velleiano? Scilicet quum constitutum duplex sit, alterum debiti proprii, alterum debiti alieni, ad prioris generis constitutum feminarum, quia intercessionem non continet, Senatus consultum Velleianum plane non pertinere, satis intelligitur, in posterioris generis constituto autem, quum intercessionem omnino contineat, et PAVLVS Ictus a) auctor nobis sit, *Velleiano SCto plenissime comprehensum esse, ne pro ullo feminae intercederent*, quis dubitaret,

b) L. II. §. I. L. 12. D. eod.

d) L. 19. pr. D. eod.

c) L. 13. D. eod.

a) L. 1. pr. ad SCR. Velleian.



dubitaret, in eodem perinde ac in fideiussione et alia quacumque intercessione seminarum locum esse beneficio S^Cti, quatenus ea adsunt, quae in genere requiruntur, si femina hoc iure singulari veli velit? Et quis dubitaret, eadem haec VLP^IANVM sensisse, dum scribit b): *Ait Praetor: qui pecuniam debitam constituit. Qui sic accipiendum est quaeue: nam et mulieres de constituto tenentur, si non intercesserint.* Quis, inquam, dubitaret, VLP^IANVM hic de discrimine constituti debiti proprii et alieni cogitasse, quorum hoc, non illud, intercessionem continet? Sed est tamen etiam hac de re inter viros doctos dubitatum. GOTHOFREDVS enim scripsit illum VLP^IANI locum: *Mulier constituere pro alio potest, si tamen non intercesserit.* Quod quid sit, SALMASIVS c) se non capere dicit. Neque ego capio. Verba enim, quae incipit, *pro alio*, eius sunt, non VLP^IANI, qui de constituto in genere, non tantum de constituto debiti alieni, cogitavit. Contra vero GVN^DLINGIVS d) GOTHOFREDI et, quem itidem pro illa sententia nominat, LEVENCLAVII e) causam aduersus SALMASIVM egit, multusque in eo est, vt ostendat, dari constitutum debiti alieni absque intercessione. Sed decepit virum doctum, quae et alios multos decepit f), falsa illa opinio, quasi non vera esset intercessio, si feminae denegatur Senatusconsulti auxilium. Probauit tantum, fieri posse, vt femina constituens pro alio teneatur, nec ei succurrat hoc beneficium iuris. Sed non sufficit hoc, vt negemus, intercessisse feminam, quae tenetur ex obligatione aliena suscepta. Dicendum potius est, succurrere tantum voluisse Senatam feminis, quae imbecillitate sexus, id est, benignitate illa, quae pro mollitie animorum muliebrium in feminis ipsa natura instituyente maior est, seductae et lapsae, se obligarunt quavis ratione pro alio ex amicitia, vel ob bonam

b) In L. I. §. I. D. de pecun. const.

c) De mod. usur. p. 725.

d) Tr. cit. de constituta pecunia §. 16.

e) In Synopsi Iuris Graecorum.

f) v. c. tantum nomino summum

BOEHMERVM. In Introduct. in Ius Dig.

Tit. ad S^Cr. Velleian. §. 7—10.

nam opinionem de eo conceptam, qui auxilium illarum implorarat, damnum ex hac in se suscepta obligatione, ad quod ferendum aliunde non obligarentur, nec metuebant, nec ideo suscipere volebant. Quare ubi haec non adsunt, nec femina iuuatur, siue fideiusserit, siue constituerit, siue alio quocumque modo intercesserit. Iam videamus species a GVNDLINGIO propositas, et omnia facillime corruent. Prima est de femina donandi animo intercedente. Sed dum donat, scienter omnino aliquid amittere vult, ideoque donandi animo quouis modo intercedens numquam iuuatur. g) Altera species est de muliere ex constituto suo statim soluente. Et intelligendum hoc est de solutione, quae fit donandi animo; de hac enim iura nostra loquuntur h); nam alias feminae soluenti ex intercessione sua ob solam iuris ignorantiam omnino succurritur, vt solutum repetere possit i). Tertia species GVNDLINGII est, ubi pecuniam a Sempronio mulier accepit, vt pro illo constituat. Sed et tum mulier omnino intercessit. Attamen quum Senatusconsulti ratio, quae versatur in auertendo damno, quod per intercessionem mulier ob sexus infirmitatem inconsulto incurrit l), hic plane non adfit, naturali ratione Senatusconsulti auxilio destituitur. Itaque errasse putamus GVNDLINGIVM, quod dari credat constituti debiti alieni species sine intercessione. Quoties enim alienam in me suscipio obligationem, toties adest intercessio, ita vt, si vnicum proprii debiti constitutum exceperis, constitui sine intercessione plane non possit.

D 2

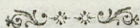
§. XVI.

g) L. 4. §. 1. D. ad Sc. Velleian.

h) L. 5. L. 8. §. 5. D. L. 1. L. 4. C. d. r.

i) L. 32. §. 2. D. cod.

l) L. 21. D. cod.



§. XVI.

De usu constituti hodierno.

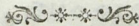
Si quaeritur, an de iure hodierno quoque differat constitutum debiti alieni a fideiussione? omnes fere Doctores vno ore id negare sentio. Neque vero hoc miror, quin ipse in negantium sententiam pedibus iturus eram, si omnem, ut vulgo solent, differentiam fideiussionis et constituti quaerem in diuersa, quam his negotiis Romani induerunt, forma. Nam quum Germani semper ignorarint stipulationum et reliquarum verborum obligationum sollempnitates, neque has iuris Romani ambages cum reliquis Quiritium scitis adoptauerint, quamuis alias non plane a verborum conceptorum formulis abhorruerint, omnis pactio, quae iuri, legibus moribusque constituta non repugnat, non potest non eandem vim et efficaciam habere ad producendam obligationem civilem, quam habet stipulatio, ideoque ratione efficaciae civilis nulla est neque pactorum praetiorum, legitimorum, adiectorum et nudorum, neque contractuum et pactorum inter se differentia. Nos vero quum aliud hoc qualicumque libello nostro stabiliuimus discrimen inter constitutum, quo pro alio intercedimus, et fideiussionem, idque non in verborum conceptione quaesiuimus, sed ex ipsa vtriusque negotii diuersa natura hausimus, omnino quidem hoc discrimen etiam nostro iure agnoscere debemus, quippe qui supra (§. XII.) diximus, id discrimen omnium omnino gentium iuribus commune esse. Sed quum maxime adfinia inter se sint haec negotia, siquidem vtrumque pertinet ad intercessionem cumulatiuam, quae fit animo se pro alio obligandi directo, communia omnia habere debent, quae his intercessionum generibus conueniunt, ideoque in foro singulares vtriusque negotii differentiae adeo conspicuae non sunt, quamuis illa et hodie agnoscenda sit, quam supra ex essentiali differentia deduximus (§. XIII.), scilicet quod et alteri constitui possit, quam

quam cui debetur, quod in fideiussione ne hodie quidem procedit. Illud autem insigniter miratus sum, quod CARPZOVIVS *a)* in eo differentiam quaerat, quod in vxore pro marito constituente de Iure Saxonico et Lipsiensi opus sit iurata renunciatione beneficiorum muliebrium, quamuis illa iura in fideiussione vxorum pro maritis iuramentum non requirant. Sed inspicienti et legenti CARPZOVIVM statim apparebit, eum, quod notauit Perillustri TRENDELENBURGIUS, praeceptor meus aeternum deueniendus, quem honoris causa nomino *b)*, non recte intellexisse constituti naturam, illudque ad intercessiones priuatiuas reiecit. Quare quum ipsi etiam BOEHMERVS et SCHREITERVS, quem vtrumque TRENDELENBURGIUS meus nominat, contradicant, non opus est, vt huic rei diutius immoremur.

D 3

KOCHIO

- a)* *Iurisprud. forens. P. II. consl. 16. def. 2 et 8.* *cum iura Slesuicensia et Holsatica (quam Praeside eo defendit I. F. de FRANGEN,*
- b)* *In Diss. de intercessione feminarum se-* *Kilonii Holsar. 1776.) §. 23. not. g. p. 51.*
-



K O C H I O S V O

S. D.

A. F. TRENDELENBURG, D.

Quam, quam TV mihi obtuleras, Praesidis provinciam ego recusa-
 verim, TIB Ique auctor fuerim, ut solus et sine praeside cathe-
 dram ascenderes, ne nomine meo libello TVO praefixo, auctoris hono-
 re aut plane TE spoliarem, aut certe dubium eundem TIB I redderem,
 nec ipso praesidio meo, quippe quo TE plane non indigere, tot exemplis
 disceptationum publice priuatimque me moderatore a TE institutarum
 edoctus, satis sciebam, laudi, quam ex defensione libelli TVI TE re-
 portaturum esse non vano augurio ominabar, quidquam detraherem,
 contra vero lubentissime susceperim, quod a me desiderasti, ut TIB I in
 sollemni panegyri, qua defensurus es hunc TVVM libellum, TIB I con-
 tradicerem, et contra TE potius, quam pro TE, pugnarem, quippe
 qui vinci a TE, quam victoriae in alios obtinendae gloriam TIB I soli
 debitam vel aliquantulum minuere malui, tamen ut iste libellus TVVS,
 quem vel ideo, quia totus TVVS est, et mihi quodam iure vindico, quum,
 ut ego TVVS sum, ita TV ipse, totus quantus, meus esse videaris,
 plane absque nomine meo in publicum prodiret, ferre non potui, ideo-
 que quod in fronte eius in TVI invidiam poni nolui, iam ipse in calce
 eiusdem

eiusdem honoris amicitiaeque caussa ponere constitui. Quamvis enim TV probe scias, quantum TE amem, TE, quem optimus et ob munerum dignitatem atque honorem non magis, quam ob animi candorem probitatemque summe venerabilis PATER TVVS, mihi quasi mancipavit et in adoptionem dedit, völu tamen, vt cognoscerent omnes, in quorum manus haec TVA dissertatio veniret, ex hoc ipso documento eidem adiecto, me ita TE esse prosequutum, TEque mihi adeo in deliciis fuisse, vt, licet TE quoque ob nomen TVVM, quod dulce mihi est, ob PATRIS merita, quae maxima in me sunt, amauissem, tamen propter ingenii dotes, propter summum litterarum studium indefessamque diligentiam et, quod maximum est, PATRISque Optimi in TE refert imaginem, propter animi dexteritatem et integritatem, morum elegantiam et probitatem summopere dilecturus fuisset. Neque vero, praeter haec, in TVI laudem quidquam addam nihilque de hoc ipso libello adiiciam, quem iam TIBI reddo, non quidem intactum eum, quod saepe, in laudem nescio, an in contemptum respondentium solent praesides in epistolis adieclis gloriari, sed TE socio, nec perfunctorie, perlectum, quin potius summo rigore recensitum, et saepe quoque, — saepius forte, quam opus erat, — TE tamen semper consentiente, immutatum, variisque locis correctum. Quidni enim seuerum me TIBI praestitisset censorem in edendo primo eruditionis specimine, in quo, vt ipse, quae amabilis TVA est modestia, professus es, ea publice proposuisti, quae a me didicisti, quaeue, vt minuum id, quod TV mihi tribuis, neque ingratus in carissimum praeceptorem, quod huic debetur, mihi arrogem, olim a BECMANNO meo me didicisse, nec poenitere, fateor, vt eo minus timenda

timenda TIBI sit publicorum librorum censorum severitas. Sed et id, quod sentio, dum abitum TVVM proxime futurum meditor, silentio non tam praetermitto, quam premo, quum nec valeam verbis id includere litterisque exprimere, nec, si valerem, huius loci existimaturus eram. Certissime enim, mi suauissime KOCHI, carissimum mihi nomen, abiturienti TIBI, nisi vox mea, certe os, frons vultusque, vel silentes disertissimi animi interpretes, declarabunt, quanto moerere dimittam TE, in quo, quum KOCHIVS esses, putabam, habere me certe simulacrum KOCHII mei dilectissimi Wismariensis, quem DEVS amet, quanto animi ardore quaeuis salutaria TIBI TVISQUE optem, quantopere denique desiderem, ut per omnem vitam serues mihi nominis mei, meique in TE animi beniuolam memoriam. Vale igitur, Suauissime KOCHI, iterum vale, DEOque T. O. M. moderatore res TVAS age prosperrime. Dabam Kilonii Hofstorum a. d. XIII. Mai A. O. R. 1800. CCLXXVII.

Kiel, Diss., 1777-1800

ULB Halle 3
002 513 005



f
5b.





DE
CONSTITVTO DEBITI ALIENI
EIVSQVE
A FIDEIVSSIONE DISCRIMINE
DISSERTATIO

4, 116. 14
273
1777

AVCTORITATE
INCLITI IVRECONSVLTORVM ORDINIS
IN ACADEMIA REGIA KILONIENSI

VT
ADITVM SIBI PARARET

AD
SVMMOS IN IVRE HONORES
OLIM CONSEQVENDOS

AD DISCEPTANDVM

PROPOSITA

AB AVCTORE

IOANNE CHRISTIANO KOCH
RVGIO-POMERANO

KILONII HOLSATORVM

A. D. XXVIII. MAII A. O. R. MDCCCLXXVII.