

FIDEIVSSIO ET COMMENDATIO
 VTRVM
 INTER MERCATORES
 ADMITTANT ORDINIS BENEFICIUM
 NEC NE?

QVAESTIO IVRIS CIVILIS
 ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM COLLEGII
 AVCTORITATE
 PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
 CONSEQUENDIS

A. D. XXVII. M. AVGVSTI CIOIDCCXCV.

AD DISCEPTANDVM PROPOSVIT.

ADRIANVS HENRICVS PLOESSING

IVRIS VTRIVSQVE BACCALAVREVS ET ADVOCATVS IMMATRICVLATVS.

LIPSIAE
 EX OFFICINA SAALBACHIA.

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE

INSTITUT FÜR ANATOMIE



INSTITVTI RATIO.

Quamquam in toto iure ciuili nullus facile est locus, in quo tractando-maiori opus sit circumspectione eo, qui de beneficiorum legis, seu iurium singularium recto et moderato vsu praecipit; siquidem, monente ipse Iuliano ^{a)}, *in his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*: tamen in nulla re saepius labi interpretes, eosque non proletarios solum, sed doctrinae quoque fama florentes, iudiciiue subtilitate praeditos, intelligent omnes, quotquot singulorum ordinum, quos vel necessitas, vel utilitas inter homines constituit, priuilegiis et officiis, ad legum, quibus utimur, normam accuratius exigendis solliciti, in scriptores, qui huiusmodi argumenta vel data opera exposuissent, vel aliud agendo attigissent, incidere se meminerunt. Ex quo genere maxime est illa quaestio, quam mihi, hac scribendi opportunitate oblata, delegi, vt in ea excutienda, quid doctrinae essem, aut facultatis in negotiis forensibus ex-

A 2

plican-

a) L. 15. D. de LL.

plicandis affectus, experirer: *fideiussio et commendatio utrum inter mercatores admittant ordinis beneficium, nec ne?* in qua examinanda ita versabor, vt, posteaquam ostendero, quid viris doctis, qui ante me hunc locum illustrauerunt, de eo visum fuerit, meam qualemcunque sententiam, a communi opinione vtique diuersam, rationibus, quibus possim, idoneis confirmem, confirmatam autem ab aduersariorum dubitationibus vindicem.

§. I.

Frequens Ictorum senatus ad quaestionem: num mercaturae ratio permittat vsum beneficii excussionis, nec ne?

In decidenda igitur quaestione proposita tam parum inter doctores conuenit, vt nesciam, an vllus alius locus dissentientium multitudo superet hunc. Ac pauci quidem, inter quos nominandi sunt *Barthol. Bertazolius* ^{a)}, *Dan. Wegnern* ^{b)}, *Paul. Iac. Marpergerus* ^{c)}, *Ant. Heringius* ^{d)} et *Sebast. Henr. Gerckenius* ^{e)}, mercatores, si
cum

a) Bertazolius *Tract. clausular. instrumental. claus.* 40. gl. 4. n. 3. (Fr. 1599. 8.)

b) Wegnern *Tract. de bancirruptor.* (Franequ. 1650. 12.) c. 13. n. 13. sq.

c) Marpergerus *neu erwüesenes Handelsger.* c. 6. p. 163. qui tamen

c. 5. p. 110. putat, cessare beneficium excussionis ex singulari consuetudine curiae mercatorum, quae Lipsiae floret.

d) Heringius *Tract. de fideiuss.* c. 27. P. I. n. 285. sq.

e) Gerckenius *Diff. de iuribus fideiussor. cambial.* (Giesl. 1752.)

cum iis ex causa fideiussoria agatur, exceptione ordinis, exemplo ceterorum iurium, tueri se posse, censuerunt. Paulo obscurius mentem suam exposuit Io. Voetius ^f), dum, enumeratis haecenus casibus, inquit, quibus cessat ordinis beneficium, plures alii a Doctoribus addi solent, veluti si quis iurato intercesserit; vel pro ecclesia, vel principe, vel fisco, vel actione reali fidem interposuerit; si principalis litigiosus, rixosus, cavillosus sit, vel potens, vel clericus, vel scholaris, vel alias conuentu difficilior, si causa summarie ex bono et aequo sit decidenda, vel inter mercatores, si debitor in mora iam constitutus decesserit; si ad fugam sese pareat; si bona debitoris principalis emitorem non inueniant; si creditum non ad debitorem, sed ipsum fideiussorem peruenerit; si fideiussor promiserit se confestim, quantocius, soluturum; quae omnia cum pluribus aliis dubia satis ac ambigua, imo erronea magna ex parte videri possunt. E contrario Andr. Gaillius ^e), Io. Zangerus ^b), Valent. Francus ⁱ), Casp. Manzius ^k), Matth. Bodius ^l), Ge. Ad. Struuius ^m), Sam. Stryckius ⁿ),

A 3

Io.

§. 16. in Io. Melch. Gorrl. Befeke
Theaur. iur. cambial. P. 1. p. 886.
sq.

f) Voetius *Comm. ad D. L. 46.*
tit. 1. §. 19.

g) Gaillius *Pract. obseruat.*
L. 2. obs. 27. n. 27.

b) Zangerus *Tract. de except.*
P. 2. c. 16. n. 14.

i) Francus *Tract. de fideiussor.*
c. 5. n. 396. sq.

k) Manzius *Tract. de fideiussor.*
c. 8. n. 45.

l) Bodius *Diff. de cambiis*, quam
sub praesidio Io. Gualtheri Marp.
1646. defendit. *ib. 12. nor. a).*

m) Struuius *Synragm. iurisp.*
exercit. 47. §. 43.

n) Stryckius *Diff. de benef. ex-*
cuss.

Io. Fr. Rhetius ^o), Andr. Mylius ^p), Io. Volk. Bechmannus ^q), Io. Dan. Thoennikerus ^r), Auctor *responsi* apud Io. Balth. a Wernher ^s), Chr. Thomafius ^t), Io. C. Dietrich ^u), Io. Paul. Kressius ^x) et Io. Wiegerus ^y) vsum huius beneficii inter mercatores plane negant, quibus addi possunt Iac. Menochius ^z) et Io. Schilterus ^{aa}), qui in curiis mercatorum id exulare contendunt. Eandem sententiam sunt qui accuratius ita determinent, vt ad priuandum hoc priuilegio fideiussorem necessarium esse statuant, omnes personas in tali negotio concurrentes, in primis vero fideiussorem, mercaturam exercere; quod visum est Iac. Fr. Ludouici ^{bb}), Ge. Beyero ^{cc}), Ge. Fr. Deinlino ^{dd}) et nuperime

cuss. (Frf. ad Viadr. 1668.) c. 5. §. II.

^o) Rhetius *Diss. de iure fideiussor.* (Frf. cis Viadr. 1681.) c. 6. n. 7. p. 48.

^p) Mylius *Diss. de libris mercator.* (Lips. 1681.) c. 7. n. 20.

^q) Bechmannus *Diss. de priuilegio ordin.* (Ien. 1685.) §. 24.

^r) Thoennikerus *Aduocar. prudens. in foro ciuil. sect. 6. n. 120.*

^s) a Wernher *Select. obseruar. forens. P. I. obs. 167.*

^t) Thomafius *Not. ad singul. D. titul. L. 46. tit. 1. p. 338.*

^u) Dietrich *Diss. de fideiussor.* (Altorf. 1726.) c. 5. sect. 1. p. 74.

^x) Kressius *Diss. de acquitate* (Helmst. 1731.) c. 1. §. 10. nor. *.

^y) Wiegerus *Diss. de triplici fideiussor. beneficio.* (Arg. 1747.) nb. 6.

^z) Menochius *de arbitrar. iudic. quaest. et caus. L. 1. qu. 51. n. 9.*

^{aa}) Schilterus *Prax. iur. rom. exercit. 48. §. 23.*

^{bb}) Ludouici *Doctr. D. L. 46. tit. 1. §. 11.*

^{cc}) Beyerus *Delinear. iur. ciu. sec. D. L. 46. tit. 1. post. 22. nor. c.*

^{dd}) Deinlinus *Diss. de vera indole Falcian. ad vxor. mercatic. pro marito*

perrime *Tob. Frid. Lochner*^{cc}), qui tamen praeterea requirit, vt fideiussor mercator in foro mercatorio conueniatur et causa debendi sit mercatoria. Alii vero exceptionem, quam diximus, iam tunc excludi putant, si vna vel altera persona in mercatura quaestum faciat, licet reliquae duae, et quidem vel vtraque vel alterutra, aliud vitae genus sequantur. Sic *Hippol. de Marfilii*^{ff}), *Matth. Colerus*^{ee}) et *Matth. Berlichius*^{bb}) fideiussoris potissimum rationem haberi volunt, vt hic certe sit ex numero mercatorum. At *Quint. Sept. Flor. Riuius*ⁱⁱ), *Lud. Giinth. Martini*^{kk}), *Petr. Müllerus*^{ll}), *Lüd. Menckenius*^{mm}) et *Io. Gottfr. Schaumburgius*ⁿⁿ) tam creditoris, quam fideiussoris personam spectari iubent, vt ordinis beneficium cesset, si vterque mercator sit, licet debitor principalis alia fortuna vtatur, suffragantibus *Bened. Carp-zovio*

marito mercator. intercedentem applicata. (Altorf. 1751.) §. 14.

cc) Lochnerus *Diff. de fideiuss. praesertim ex legibus et moribus Norimberg.* (Altorf. 1786) §. 17.

ff) de Marfilii *Tract. de fideiussor.* n. 8. cui iungas n. 358. additus est *Anr. Heringii tract. de fideiussor.* p. 439. sq.

gg) Colerus *de process. executiu.* P. 1. c. 10. n. 393.

bb) Berlichius *Conclus. practi- cabil.* P. 2. concl. 24. n. 42. sq.

ii) Riuius *Specim. except. forens. exhib. dilator.* c. 38. n. 3.

kk) Martini *Comm. forens. in ord. proc. iudiciar.* tit. II. §. 7. n. 25. tit. 39. §. 1. n. 374.

ll) Müllerus *Addit. ad Ge. Ad. Struuii synragm. iurispr. exerc.* 25. §. 45. not. β. *exercit.* 47. §. 43. not. 2.

mm) Menckenius *Theor. et prax.* D. L. 46. tit. 1. §. 14.

nn) Schaumburgius *Einleis. zum sächs. Rechte* T. 3. sect. 2. *exercit.* 8. §. 5.

zouio ^{oo}) et *Frid. Philippi* ^{pp}), qui tamen causam in foro mercatorio disceptari sumunt. Vrgent tamen alii cum *Io. Gottl. Heineccio* ^{qq}) hoc, vt fideiussor et debitor mercaturam faciant, quamuis dissimilis sit conditio creditoris. Superfunt, qui, ius strictum a communi interpretum opinione et fori consuetudine distinguentes, secundum illud quidem, non vero secundum hanc usum huius exceptionis inter mercatores defendi posse existimant. Ita rem expediunt *Auctor der Anleitung zum gründlichen Verstande des Wechselrechts* ^{rr}), *Wolfg. Ad. Lauterbachius* ^{ss}), *Dau. Meuius* ^{tt}), et *Io. Kleinus* ^{vv}). Sed nec inter hos de finibus huius consuetudinis

^{oo}) *Carpzouius Iurisp. forens.* P. 2. c. 18. def. 7. *Resp. iur.* L. 2. resp. 74.

^{pp}) *Philippi Synops. Instit. Iustin.* L. 3. tit. 21. §. 3.

^{qq}) *Heineccius akadem. Reden über desselben Elem. iur. civil. sec. ord. Instit.* L. 3. tit. 21. §. 883. 884.

^{rr}) quam edidit *Io. Jac. Heydiger.* c. 9.

^{ss}) *Lauterbachius Diss. de benefic. excuss.* (Tüb. 1653.) §. 53. *Diss. de iure in curia mercator. vstrat.* (ibid. 1655.) §. 124. sq. (quae commentatio etiam in germanicam linguam conuersa et a *Io. Maximil.*

Raumbergero sub titulo: *nürzlicher Tractat von Wechsel- und Commerziensachen mit politisch historisch und merkantilschen Anmerkungen*; Eiusdem *iustitiae selectae genium Europaeae. in cambiis aliisque causis mercantilibus etc. adiecta est.* *Diss. de fideiussor. in genere.* (Tüb. 1658.) §. 22. et *Colleg. D.* L. 46. tit. 1. §. 39.

^{tt}) *Meuius Comm. in ius Lübecens.* P. 3. tit. 5. art. 1. n. 9. sq.

^{vv}) *Kleinus Progr. quod de singularibus in causis mercator. iuribus agit* (Rostoch. 1698.) inest *Eiusd. Volum. Diss. Gustrau. 1706. impress.* p. 971. sq.

rudinis satis conuenit, siquidem Lauterbachius ^{xx}) creditoris partes hac in re praecipuas esse voluit, Meuius ^{yy}) autem fideiussoris, quem etiam *Io. Lud. Schmidius* ^{zz}) sequutus est. Vltimo tandem loco moneo, reperiri quoque viros doctissimos, qui in definienda hac quaestione humani quid passi ne inconstantiae quidem reprehensionem effugerint. Quod in primis *Io. Marquardo*, *Nic. Hier. Gundlingio* et *Io. Henr. de Berger* accidisse intellexi. Marquardus enim, quamquam ordinis beneficio inter mercatores perinde, ac vulgo, locum esse obseruauerat ^{aaa}), nihilominus fideiussorem ante principalem debitorem in causa mercatoria conueniri posse docuit ^{bbb}). Gundlingius porro, qui usum huius exceptionis inter mercatores et ipse propugnauerat ^{ccc}), non dubitauit alibi ^{ddd}), contrariae sententiae accedere, et inimicam isti iuri singularem consuetudinem curiarum mercatoriarum allegare. Denique *de Berger*, licet beneficii, de quo loquimur, vim mercaturae fauore infringi negauerat ^{eee}), statim ^{fff}) tamen

xx) Lauterbachius *Diff. de iure in curia mercator. usitar.* §. 126. 127. Cf. Eius *Colleg. D. l. l.*

yy) Meuius *l. l. n. 11.*

zz) Schmidius *Comment. de fideiussor. principaliter obligato.* (ten. 1768.) *sect. 2. c. 3. §. 133. sq.*

aaa) Marquardus *Tract. de iure mercat. et commercior. singul. L. 2. c. 11. n. 73. et L. 3. c. 8. n. 7. sq.*

bbb) Idem *l. l. L. 2. c. 8. n. 12.*

ccc) Gundlingius *Diff. singul. de benef. excuss. capita* (Hal. 1728.) *c. 4. §. 8. iunct. c. 5. §. 1.*

ddd) Idem *Discours über loh. Franc. Buddei Politik. c. 5. sect. 8. §. 3—6.*

eee) *de Berger Oeconom. iur. L. 3. tit. 3. §. 12. not. 5.*

fff) Idem *l. c. not. 6. Cf. Eiusd. B Sup.*

tamen videtur, quod modo scripserat, retractasse, tum nullum huic iuri singulari locum concedi voluit, vbi fideiussor et debitor principalis vt mercatores contraxerint.

§. 2.

Defenditur vsus beneficii excussionis inter mercatores.

a) *ex ipsa natura et indole fideiussionis.*

Perpensis autem, quoad pro virium modulo licuit, interpretum, quos excitavi, argumentis omnibus, tantum abest, vt calculum adiciam rationibus eorum, qui excussionis beneficium e mercatorum litibus plane proscribunt, vt potius hoc auxilium inter mercatores non minorem, quam inter ceteros ciues, vim habere censeam, etsi vel creditor, vel fideiussor, vel debitor principalis, vel omnes tres in mercatura quaestum faciant. Ac prohibet sane iam ipsa promissionis subsidiariae natura, quo minus properetur ad debitorem, qui obligationi alienae accessit, quatenus principalis tuto conueniri potest. Quemadmodum enim nulla obligatio ultra mentem contrahentium extendenda est^{a)}: ita nec fideiussor, dum pro debitore fidem interposuit, aliud egisse existimandus est, quam vt creditoris securitati prospiceret, solutionis
necef-

Supplem. ad elect. discept. forens.
P. I. tit. 5. §. 7.

a) L. 19. pr. D. de reb. cred. L. 9.
C. quae res pignor.

necessitate in euentum officii a debitore, cuius obligatio semper plenior est, nec fideiussione tollitur ^{b)}, neglecti dilata. Quam fideiussionis indolem si ponimus, facile est ad intelligendum, ordinis in conueniendis post debitores fideiussoribus obseruandi rationem esse naturalem, nec ab ipso negotio regulariter posse seiungi, quod non solum plurimi interpretes recentiores, vt *Valer. Andreas* ^{c)}, *Io. Volk. Bechmannus* ^{d)}, *Valent. Francus* ^{e)}, *Bened. Carpzouius* ^{f)}, *Vlr. Huberus* ^{g)}, *Io. Gottl. Heineccius* ^{h)}, *Sebast. Henr. Gerckenius* ⁱ⁾ et *Io. Lud. Schmidius* ^{k)} recte agnouerunt, sed etiam e veteribus scriptoribus *Quinctilianus* ^{l)} vltro professus est, dum, creditorem, saluo pudore, ad sponso-rem primum venire posse negauit. Naturalia autem quum non temere, nec, nisi ex legum praecepto, mutari possint:

B 2

nulla

b) §. 3. *Inst. de fideiuss. L. 5. D. eod. L. 13. D. de duob. reis constit.*

c) *Andreas Addit. ad Henr. Iac. Zoefii Comm. ad Instir. ad L. 3. tit. 21. n. 10.*

d) *Bechmannus Diff. de priuileg. ord. (ten. 1685.) §. 15.*

e) *Francus Tract. de fideiussor. c. 3 n. 95.*

f) *Carpzouius Iurispr. forens. P. 1. c. 8. def. 23. P. 2. c. 18. def. 4. et Process. iur. in for. sax. tit. 22. art. 3. n. 36.*

g) *Huberus Praelect. iur. ciu. ad D. L. 46. tit. 1. §. 3.*

h) *Heineccius Elem. iur. nar. et gent. L. 1. c. 13. §. 376.*

i) *Gerckenius Diff. de iuribus fideiussor. cambial. (Giesl. 1752.) §. 1.*

k) *Schmidius Comment. de fideiussor. principaliter obligat. §. 4. et 53.*

l) *Quinctilianus Declam. 273.*

nulla adest causa, cur fideiussionis inter mercatores adhibi-
tae naturam aliis, ac vulgo, finibus regi statuamus.

§. 3.

b) *ex aequitate, qua beneficium excussionis nititur.*

Nec aequitatis, qua nostrum beneficium prae multis aliis
iuris ciuilibus institutis commendatur, ratio prorsus est sper-
nenda. Primum enim ad fideiubendum nemo iure cogitur,
sed fideiussio humanitatis officio relinquitur, vt adeo prae-
mium meruisse videatur, qui fideiussit ^{a)}). Deinde fideiuf-
sor sponcione sua ipse nil utilitatis quaerit, sed, lucro post-
habito, solum periculum debitoris in se suscipit, quam ob-
rem ex fideiussione praecipuum commodum redundat in de-
bitorem, cui alias forte non fuisset creditum, licet et credi-
tori, de credito olim sibi restituendo nunc minus, quam abs-
que fideiussione sollicito, per eandem non parum consulatur.
Iam vero aequitas postulat, vt nemini officium suum damno-
sum sit ^{b)}), vtque is prius actione pulsetur, qui omne emo-
lumentum ex negotio habet, quam ad eum perueniatur, cui
plane non sit fructuosum. Quod vero beneficium excussio-
nis iniquum videri possit in creditorem, plane cessat, si huius
conditionem illius vsu non fieri debere deteriorem, memine-
rimus.

a) C. 2. X. de fideiussor.

b) L. 7. D. testam. quemadmod.
aperiant. L. 61. §. 5. D. de furr.

rimus. Quapropter summa ratione constitutum est, *frustra a fideiussore opponi exceptionem, quoties inanis futura sit in debitorem actio* ^{c)}. Quoties igitur creditorem hac exceptione repelli volumus, semper debitorem principalem solutionis tempore nomen explicare posse ponimus. Quodsi enim excussio fieri non potest, quia debitor soluendo minus est idoneus, dubio caret, quin intercessor ordinis beneficio nullo modo gaudeat, sed statim soluere debeat. Quam durum igitur foret, si ante excussum debitorem, qui tamen ipse adhuc soluere potest, exigeretur a fideiussore pecunia, quam ipse nec accepit, nec consumpsit, nec aliqua ratione in rem suam verti passus est, fideiussor autem postmodum nouae litis ambages subire et id, quod soluit, a debitore principali, qui omne commodum ex data sibi pecunia perceperit, repetere cogeretur, quum tamen eius interfit, pecuniam retinere potius, quam solutam a reo condicere ^{d)}! Hinc recte *Ant. Heringius* ^{e)} certum est, scribit, quod semper circuitus sit vitandus, ita ut, quod recta via fieri potest, nequaquam per ambages fiat: *l. videamus D. si cui plus quam per l. falcid. l. ult. §. sed cum antiquitas C. de curat. furios. l. dominus 53. D. de condiç. indebit. — unde etiam tales circuitus scrupulosi et inextricabiles vocantur in l. 4. §. 6. C. de recept. arbitr. et in l. 1. C. commun. de legat.* Nonne autem merus circuitus est, si creditori in bona fideiussoris decernatur executio parata et fideiussori rur-

B 3

sus

c) arg. L 6. D. de dol. mal.

e) Heringius *Tract. de fideiuss.*d) L. 3. D. de compens. L. 15. pr. c. 22. n. 59. sq.
D. de fideiuss. et mandar.

*fus in bona debitoris, cum tamen statim ab initio eadem facilitate in bona debitoris decerni potuisset? Nam quod breui manu, vel ut Isidorus loquitur ad l. quisquis de donat. κατά συντομίαν, celeritate coniungendorum extremorum, subrepto et occultato medio fieri potest, ut in l. licet, 1. §. D. de iure dotium, l. 3. §. sed si debitorem D. de donat. inter vir. et uxor. id sine manu longa et oblique ut fiat, non est opus, siquidem, ut modo dixi, circuitus vani et inutiles merito sunt euitandi, — nec debet fieri per plura, quod fieri potest per pauciora. Fac etiam, debitorem principalem amicae creditoris debitum repetentis admonitioni morem haud gerere, sed, quoad possit, tergiversari, nonne summe ingratus iure habetur debitor, quum certum sit, eundem tempore, quo mutuum acceperat, aut rei familiaris angustia laborasse, aut saltem vtilitatem et commoditatem ex eo percepisse? Quidni igitur aequissimum sit, debitorem potius, qui iniquitatis reprehensionem effugere nullo modo possit, ad fidem prompta debiti solutione liberandam quauis ratione adstringi, quam fideiussorem, cui nulla hac in re culpa iure sit imputanda? Accedit, debitoris peruersitati, si fideiussor statim ad solutionem compelleretur, manifesto subueniri, vtpote cui moras nectendi, et ex malitia sua, fideiussoris, qui nullum plane commodum sentit, detrimento, vtilitatem quaerendi occasio esset nascitura. Et licet Nic. Hier. Gundlingius *f*) dicat beneficium excussionis cum aequitate*

f) Gundlingius *Diss. singular. de benefic. excuss. capit.* (Hal. 1728.)
 c. 2. §. 2. et 5.

tate pugnare, dum lites generet, in longum trahat, fidem civium labefactet, ditioribus suspicionem iniiciat, et a commodando, vendendo, mutuam dando, aliisque contractibus ineundis vehementer absterreat; tamen nec sic mutaverim sententiam. Primo enim nego, excussionis auxilium lites generare. Etenim ut taceam, aliis ICTis, ut *Wolfg. Ad. Lauterbachio* ^{a)}, *Bened. Carpzouio* ^{b)} et *Eu. Ottoni* ⁱ⁾ adeo placuisse contrarium, visamque esse exceptionem ordinis efficere, ne lites multiplicentur: hoc tamen verum, eas non augeri, si eidem locum relinquamus. Quum enim, ut in vulgus notum est, ad exceptionem ordinis utiliter opponendam semper necessarium sit, ut debitor, qui solvendo par sit, solutionem detrectet, opus est utique creditori ad pecuniam a debitore, omisso fideiussore, repetendam lite, quae tamen non minus adest, si, nulla beneficii excussionis ratione habita, fideiussor statim creditori satisfacere tenetur, quia huius est, fideiussori actiones cedere, quibus suum a debitore recuperare possit. Et etiamsi nonnunquam evenit, ut creditor debitorem frustra excutiat, hoc tamen non exceptioni ordinis, sed ipsi creditori tribuendum, cuius fuisset, suspectam debitoris rem familiarem tempestive docere et probabilem

a) Lauterbachius *Diff. de benefic. excuss.* (Tüb. 1653.) §. 10. et 26.

b) Carpzouius *Decif. dec. 14. n. 2.*

i) Otto *Comm. ad Instit. L. 3. tit. 20. §. 4.*

babilem reddere ^{k)}. Quid, quod concedere possumus, esse aliquando fideiussores, qui, quamuis sciant, inanem fore creditoris in debitorem actionem, tamen vexandi creditoris animo excussionem debitoris vrgeant. Numne haec idonea causa erit, cur totius beneficii usum e foro proseribamus? Quod enim ex abusu malum fit, non omnino natura sua est vituperandum. Deinde licet ob allegatam ordinis exceptionem lis protrahatur, tamen id non imputandum est huius exceptionis indoli, nec ad eam plane improbandam sufficit, siquidem, si sufficeret, omnes omnino exceptiones reiiciendae essent, quum omnes ac singulae litis ambages augeant. Tantum autem non debet esse lites ad finem prouehendi studium, vt partibus inde iniuria contra aperta iuris praecepta enascatur. Exceptiones enim comparatae sunt defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur ^{l)}, quae si negligenter, sane reus indefensus condemnaretur, et omne ius perverteretur. Ac licet non raro fiat, vt ex temerario litigandi pruritu exceptiones profiscantur, tamen ideo radicitus extirpare velle, nihil aliud foret, quam fraudibus actorum et iniquitatibus patrocinari. Porro tantum abest, vt beneficium excussionis fidem ciuium labefaciat, quae iam labefacta est,

si quis

^{k)} Valent. Francus *Tract. de fideiussor.* c. 5. n. 319. Marrb. Berlichius *Conclus. practicabil.* P. 2. ^{l)} *pr. Inst. de except.* l. 10. II. c. 24. n. 142. Bened. Carpzouius *Iurispr. forens.* P. 2. c. 18. def. 15. n. 5. sq. C. eod.

si quis pecuniam sine fideiussore alteri credere detrectet, ut potius beneficium ordinis ad fidem conciliandam apprime sit utile. Fideiussorem autem idoneum iuuenire, uti per se est valde difficile ^m): ita multo adhuc erit difficilius, si fideiussores iure cogantur soluere statim, nec excusso debitore principali. Quando enim scio, me non prius teneri, quam si is, qui me rogauit, ut pro eo fideiuberem, in solutione defeecerit, eius precibus citius annuo, quam si metuendum mihi sit creditoris in eligendo fideiussore vel reo arbitrium, quo facile creditor, summo incommodo meo, uti aduersus me possit. Hinc recte *Vlr. Huberus* ⁿ), *quia*, inquit, *fideiussorum usus in republica necessarius et tamen valde periculosus est, — idcirco ad minuendum hoc periculum, ne nimium homines deterreantur, certa beneficia legibus nouissimis prodita sunt.* Denique nullam equidem assequi possum causam idoneam, cur beneficium excussionis fidem, in contrahendis negotiis necessariam, labefactare et ab iis ineundis deterrere debeat, quum creditoribus integrum sit, fideiussores compellere, ut beneficiis sibi indultis renuncient. Quod si facere neglexerint, nec iuri suo attentius inuigilauerint, sed sponforum fidem sine beneficii excussionis abdicacione sequuti fuerint: ipsi culpam sibi impudent neceffe est, quod non cautius egerint; nec perinde de damno, quod fortassis senserunt, iure conqueri possunt.

^m) Nou. 88. c. 2.

ⁿ) Huberus *Praelect. iur. ciuil.*
ad *Instit. L. 3. tit. 21. §. 5.*

sunt *). Quo maiori igitur beneficium excussionis acquitatis commendatione praestat, eo minus transire possum in partes Gundlingii ^{p)}, cui antiquum ius romanum aequius et prudentius videtur. Consentientes hac in re habeo *Ant. Fabrum* ^{q)}, *Ant. Heringium* ^{r)}, *Casp. Zieglerum* ^{s)}, *Arn. Vinnium* ^{t)}, *Vlr. Huberum* ^{v)}, *Godofr. Nic. Schleensteinium* ^{x)}, *Io. Balth. Wernherum* ^{y)}, *Eu. Ottonem* ^{z)} et *Aug. Fr. Schottum* ^{aa)}, et adeo nonnullos eorum, qui ceteroquin putant beneficium excussionis inter mercatores cessare, in quorum censum *Valent. Francus* ^{bb)}, *Matth. Berlichius* ^{cc)}, *Casp. Manzius* ^{dd)}, *Wolfg. Ad. Lau-*

o) L. 203. D. de R. I. C. 86. eod. in VI.

p) Gundlingius *Iur. nat. et gen.* c. 25. §. 44.

q) Faber *Coniectur. iur. civil.* L. II c. 2. in fin.

r) Heringius *Tract. de fideiussor.* c. 27. P. I. n. 16.

s) Zieglerus *Diff. de fideiussor.* (Viteb. 1657.) §. 26.

t) Vinnius *Comm. ad Instir.* L. 3. tit. 21. §. 4. n. 3.

v) Huberus *Praelect. iur. civil.* ad D. L. 46. tit. 1. §. 3.

x) Schleensteinus *Diff. de fideiussor.* (Viteb. 1676.) §. 18.

y) Wernherus *Diff. de benef. ord. f. excuss. possessor. extran. ad-*

vers. creditor. suae ex general. suae ex special. hypoth. agar, contra spuriam Nou. 112. c. 1. interpretat. competent. (Viteb. 1725.) c. 1. §. 2. nor. h. et c. 2. §. 3.

z) Otro *Comm. ad Instir.* L. 3. c. 20. §. 4.

aa) Schottus *Diff. an absens. debitor. principal. sub aliena iurisdic. commorant. sit bodie iusta causa fideiussor. ordin. benef. priuandi.* (Lipl. 1773.) §. 2. 3.

bb) Francus *Tract. de fideiussor.* c. 5. n. 142.

cc) Berlichius *Conclus. pract. P. 2. concl. 22. n. 24.*

dd) Manzius *Tract. de fideiussor.* c. 8. n. 4.

Lauterbachius ^{cc}), Dau. Meuius ^{ff}), Bened. Carpzovius ^{gg}), Sam. Stryckius ^{hh}), Io. Fr. Rhetius ⁱⁱ), Andr. Mylius ^{kk}), Io. Volk. Bechmannus ^{ll}), Petr. Müllerus ^{mm}), Io. Carl. Dietrich ⁿⁿ) et Io. Lud. Schmidius ^{oo}) veniunt. Quae aequitatis ratio, qua de causa cessare debeat, si lis ex fideiussione inter mercatores ventiletur, equidem cum Dan. Wegnern ^{pp}) perspicere tam parum valeo, vt potius memor sum eorum, quae leges identidem monuerunt: *neuiquam, quod favore quorundam constitutum sit, quibusdam casibus ad laesionem eorum inuentum videri debere* ^{qi}), nec iuris vllam rationem, aut aequitatis benignitatem pati, vt, quae salubriter pro utilitate hominum

C 2

intro-

cc) Lauterbachius *Diff. de benefic. excuss.* §. 10. 26. Idem *Colleg. D. L.* 46. tit. 1. §. 34.

ff) Meuius *Decis. P.* 8. dec. 397. not. 4.

gg) Carpzovius *Resp. iur. L.* 2. resp. 74. n. 4. Idem *Decis. dec.* 14. n. 2. et *Iurispr. forens. P.* 2. c. 18. def. 7. n. 5. 6.

hh) Stryckius *Diff. de benefic. excuss.* (Fr. ad Viadr. 1668.) c. 1. §. 1. sq.

ii) Rhetius *Diff. de iure fideiussor.* (Fr. cis Viadr. 1681.) c. 6. n. 2.

kk) Mylius *Diff. de libris mercator.* (Lipf. 1681.) c. 7. n. 20.

ll) Bechmannus *Diff. de pri-*

vilig. ord. (Ien. 1685) §. 7. 40. et 44.

mm) Müllerus *Addit. ad Ge. Ad. Struuii Syn. iur. civil. exercit.* 47. §. 43.

nn) Dietrich *Diff. de fideiussor.* (Arg. 1726.) c. 5. sect. 1. p. 73. sq.

oo) Schmidius *Comment. de fideiussor. plane non obligat.* (Ien. 1763.) §. 114. Idem *Comment. de fideiussor. principaliter obligat.* (Ien. 1768.) §. 4. 7. 35. 53. 129.

pp) Wegnern *Tract. de bankruptor.* (Franqu. 1650.) c. 13. n. 13.

qq) L. 6. C. de LL. C. 61. de R. L. in VI.

introducantur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commo-
dum producamus ad seueritatem *rr*).

§. 4.

e) *ex generali legum sanctione.*

Quae quum ita sint, non est, quod cum *Chr. Thomasio* ^{a)} iniquitatis accusemus legem nouam Iustiniani ^{b)}, qua omnibus omnino intercessoribus, beneficium excussionis concessit. Sunt autem verba Nouellae haec: *si quis igitur crediderit, et fideiussorem aut mandatorem, aut sponsorem acceperit: is non primum aduersus mandatorem aut fideiussorem aut sponsorem accedat, neque negligens, debitoris intercessoribus molestus sit: sed veniat primum ad eum, qui aurum accepit, debitumque contraxit: et si quid inde receperit, ab aliis abstineat; quid enim ei in extraneis erit, a debitore completo? Si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem, aut in totum: secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem veniat, et ab illo, quod reliquum est, sumat.* Qui ipse legis tenor maxime generalis extra dubitationem ponit, posse etiam fideiussores, siue ipsi sint mercatores, siue creditor aut debitor mercaturam exerceat, ad hoc beneficium prouocare. Sunt enim leges omnibus com-

rr) L. 25. D. de LL. C. 17. de R.
I. in VI.

a) *Thomafius Not. ad D. L.*
46. tit. I.

b) *Nov. 4. c. 1.*

communes, seu vt Cicero ^{d)} ait, cum omnibus vna atque eadem voce loquuntur, et regula tamdiu obtinet, donec exceptio doceatur; vnde quae generaliter ab iis sanciantur, generaliter quoque sunt intelligenda ^{e)}, dummodo absurdi nihil inde consequatur; nec Ictorum est, distinguere, vbi leges ipsae haud distinguunt ^{f)}; multo minus licet legem indefinite loquentem restringere aut casum singularem ab ea excipere ^{f)}. Nullibi autem fideiuffores, si res inter mercatores agatur, a communi et generali regula, quae in lege a me commemorata posita est, specialiter excepti reperiuntur, nec in tota lege vllum vestigium exstat, per quod haec exceptio fulciri atque sanctio generatim enunciata restringi queat, Quae odiosa beneficii legitimi ademptio sine expressis legis verbis eo minus admittenda videtur, quo minus integrum est viris doctis, priuata auctoritate, iura singularia et exorbitantia pro lubitu producere. Quum enim princeps sit supremus in republica legislator, qui solus legibus soluere et exceptiones a regula statuere potest: iudicis, vt ministri legum, magis est, iuris normam defendere, et tueri, quam citra ne-

C 3

cessi-

- d) Cicero *de offic.* L. 2. c. 12. *stand.* L. 9. C. *de hered. vel act. vendit.* C. 2. X. *de coning. leprof.*
 e) L. 3. D. *de off. praesid.*
 f) L. 7. D. *de postul.* L. 71. §. 5. D. *de acquir. hered.* L. 68. pr. D. *de legat.* 3. C. 1. *dist.* 19. C. 6. *in fin.* X. *de maior. et obed.* C. 22. X. *de priuil.*
 d) L. 51. D. *de administrat. tutor.* L. 240. D. *de V. S. L.* 1. §. 3. D. *de aleat.* L. 23. pr. D. *de seruir. praedior. urb.* L. 71. §. 7. D. *de acquir. hered.* L. 1. §. 11. D. *de offic. praef. urb.* L. 15. §. 6. D. *de restam. milit.* L. 1. §. 1. D. *de legat. praef.*

cessitatem euertere ^g). Quemadmodum vero iam maiores nostri mercatores diuerso iure uti noluerunt ^h): ita nec hodie iusta intercedit ratio, cur, in diiudicanda eorum conditione, a communibus legum praeceptis recedere debeamus. Acu enim, si quid video, rem tetegit Io. Bakh. a Wernher ⁱ), dum animaduertere licet, inquit, *Doctores communiter in plurimis iuris capitibus explicandis mercatores ab aliis disungere, atque inter eos peculiare aliquod et diuersum ius fere statuere. Quae quidem doctrina in illis iuris articulis, ubi vel lege aut statuto, vel indubia consuetudine, quae legis vigorem habet, nititur, eo magis calculum meretur, quo euidentius reipublicae interest, causas mercatorum summarie, neglectis apicibus iuris, ventilari, et quam fieri potest, citissime componi. Sed ubi de hac legislatoris voluntate liquido non constat, id utique voluisse censeri debet, ut subditis suis indistincte, adeoque mercatoribus aequae, ac aliis secundum easdem leges ius reddi, ortaque controuersiae eodem procedendi modo terminari debeant. At dixerit forte aliquis, saxonico saltem iure hanc mercatorum separationem intuitu beneficii ordinis admitti. Certe id innuere videntur verba Constit. Elect. 18. P. II. ^k) *Aber in Füllen, derer von den Rechtslehrern etliche erzehlet werden, da der Bürge das beneficium excussionis nicht vorwenden kann, da muß er**

^g) Cf. pr. Inst. de offic. iud. L. 19. D. de appellat. L. 13. C. de sentent. et interlocut. omni. iud. L. vi. C. ut quae desunt aduoc. Nou. 8. c. 12. Nou. 24. c. 2. Nou. 82. c. 13.

^h) Weichbild. sax. art. 9.

ⁱ) a Wernher Select. obseruar. forens. P. 3. obs. 64.

^k) Cod. Aug. T. I. p. 90.

er als Selbstschuldiger haften, wenn er sich gleich nicht als Selbstschuldiger verpflichtet. Ex quo loco posset quis ita argumentari: legislator expresse denegavit fideiussoribus exceptionem excussionis in iis speciebus, in quas ICTi eam cadere nolunt: atqui ICTi fideiussores in causis mercatorum a beneficio ordinis excludunt: ergo saltem in Saxonia hoc beneficium non admittitur. Sed salua res est. Qui enim hunc in modum ratiocinantur, hercle hi sibi non cauent a vitiosa illa interpretatione vel potius calumnia, quam Paulus ICTus ¹⁾ et Theodosius ac Valentinianus *Impp. m)* merito improbauerunt. Quemadmodum igitur non oportet verba legis captare, sed, qua quid mente dicatur, animadvertere conuenit ²⁾: ita quum minime ea mente Legislator Saxo verbis, quae modo adscripsi, usus sit, ut beneficium excussionis in omnibus omnino exemplis, quae a ICTis adferri soleant, aboleret, quia sic ius plane vagum atque incertum statuisset, ad eas dumtaxat causas, in quibus fideiussoribus beneficium ordinis, vel ob expressa legis verba, vel ex eius sententia, a ICTis denegatur, ratio constitutionis procul dubio videtur pertinere. Quibus bene perpensis, dubio caret, auxilium iuris communis, patria decisione minime abrogati, etiam in Saxonia inter mercatores locum sibi vindicare, cui sententiae non parum accedit roboris ex loco *Appendicis O. P. S. R.* ³⁾

vbi

1) L. 29. D. de LL.

m) L. 5. C. de LL.

2) L. 19. D. ad exhibend.

3) §. 18.

vbi fideiussor auallo obligatus ad excussionis praesidium confugere prohibetur ^p): vnde recte mihi videor colligere, vsu regulae in specie non excepta, qualis nostra est, tanto liquidius confirmari.

§. 5.

Mea sententia rerum iudicatarum auctoritate firmatur.

Quamquam, quae haecenus pro beneficii excussionis, fideiussoribus dati, inter mercatores vsu argumenta attuli, satis iam sententiam meam corroborare videntur: tamen, vt etiam iis satisfaciam, qui, forensi triturae mordicus inhaerentes, nihil aliud ratum sanctumque habent, quam quod, prudentum responsis rerumque iudicatarum exemplis comprobatum, in ipso foro auctoritatem obtinere cognouerint, adiicere placet sententiam, a Scabinis Lipsiensibus, penes quos est subtilis atque accurata, quum omnis iuris, tum maxime mercatorii peritia, pronunciatam, qua causa in foro mercatorio, quod Lipsiae constitutum insigni fama floret, nuper ventilata, plane eadem, quam ipse in hoc libello tueri admissus sum, ratione decisa est. Vendiderat igitur mercator quidam L., fidem alius mercatoris, S., sequutus, alicui T. certas merces, quarum pretium S. soluere promiserat, Venditor L. statim, omisso T. emtore, fideiussorem S. actione pul-

^p) vid. quae infra §. 10. *lvi. Diff. dixi.*

pulsabat, sed frustra, siquidem Scabini Lipsienses *Mense Decembri* MDCCCLXXX. ita responderunt: *Die weil Kläger seine Klage auf die von Beklagtem geleistete Bürgschaft gegründet, dabey aber, daß entweder der letztere der Rechtswohlthat der Vorausklage entsaget, oder der Hauptschuldner ausgeklaget worden, und zu bezahlen nicht im Stande sey, keinesweges angeführet; so hat Klägers Suchen noch zur Zeit und angebrachtermaassen nicht statt. Quae sententia auctori tam inopinata erat, vt, Leuteratione interposita, eius retractationem certo certius expectaret. Sed spem, quam animo suo conceperat, euentus egregie fefellit. Etenim Illustris Scabinatus Lipsiensis, causa denuo cognita, priorem illam sententiam *Mense Junio* MDCCCXI. simpliciter confirmavit, additis decidendi rationibus, quas integras exhibere lubet: *Die weil in der angebrachten Klage, daß der Beklagte den libellirten Handel mit Klägern selbst geschlossen habe, keinesweges angeführet wird, vielmehr selbige bloß darauf, wasmaassen er bey dem von T. bey Klägern, dessen Angeben nach, erborgten Papiere für erstern gut gefaget und die daraus entstandene Schuld zu bezahlen versprochen habe, gegründet worden, mithin daß Beklagter nur als Bürge und nach den in den Gesetzen bey geleisteten Bürgschaften bestimmten Grundsätzen zu beurtheilen sey, sich um so weniger bezweifeln läßt, jemehr von Klägern, welche bergestalt Beklagter bey obgedachtem Handel als Expromissor sich verbindlich gemacht habe, selbst behauptet wird, solchemnach und da aus der Klage, daß Beklagter den Rechtswohlthaten, welche den Bürgen sowohl als den Selbstschuldern, nach Vorschrift der Gesetze,**

D

Nov. 4.

Nov. 4. c. 1.

Const. Elect. 17. und 18. P. II.

Mencken ad D. L. 46. tit. 1. §. 12. und 13.

zu statten kommen, ausdrücklich ensaget, oder der Hauptschuldner in schlechten Vermögensumständen sich befinde, nicht zu ersuchen ist, Kläger mit seinem Suchen zur Zeit hat abgewiesen werden müssen, zumal da auch in dem Fall, wenn der Bürge oder Selbstschuldner ein Handelsmann ist, die Rechtswohlthat der Vorausklage statt findet, und daber selbigem an und für sich ein so vollkommenes Recht auf besagtes Beneficium zustehet, das billigermaassen und nach der bekannten Rechtsregel:

alteri invito per alterum conditio iniqua inferri nequit;

keinesweges angenommen werden kann, das solche Ausflucht von einem Handelsmann, wenn er vor dem Hauptschuldner belanget wird, nicht vorgeschützt werden dürfe, daferne ihm nicht eine besondere gesetzliche Verordnung, oder eine zu Recht beständige Observanz entgegen stehet,

Wernber Obf. 64. P. III.

gleichwohl aber bey Entscheidung des gegenwärtigen Falles an einer diesfallsigen Vorschrift der Gesetze es gänzlich gebricht, und wenn schon von mehreren Rechtsgelehrten der Satz, als ob das Beneficium ordinis unter den Kaufleuten nicht Platz finde, behauptet werden will, dennoch dieser Meynung die Kraft und Wirkung einer gültigen Gewohnheit nicht beyzulegen ist, in Erwägung, das eines Theils es nicht an andern angezeigten Rechtslehrern fehlt, welche solche Meynung als irrig und den Gesetzen zuwiderlaufend verwerfen,

Marquard de iure mercatorum. Lib. 3. Cap. 8. n. 6. sqq.
ibique DD.

andern

ndern Theils obige Behauptung auf eine zu Gunsten des Handels vermuthete stillschweigende Entfagung der einem jeden Bürger verliehenen Rechtswohlthaten sich gründet, gleichwohl eine Verzichtleistung auf unstreitige Rechte zu vermuthen die Gesetze keinesweges verstaten, vielmehr und insonderheit bey Bürgen, es mögen solche Handelsleute seyn oder nicht, eine specielle und ausdrückliche Begebung ihrer Gerechtfame schlechterdings erfordern,

Constit. Elect. 17. P. 2.

Puffendorf Obs. 43. T. 2.

aus diesen allen aber satfsam sich zu Tage leget, daß in dieser Rücksicht das vorige Urthel zu bestätigen gewesen; so ist etc. Et haec sententia deinceps vires rei iudicatae nacta fuit. Licet vero non desint exempla rerum in contrarium iudicatarum, qualia attulerunt *Arn. Vinnius* ^{a)} et *Io. Henr. de Berger* ^{b)} et ipsi adeo *Scabini Lipsienses*, testibus *Bened. Carpzouvio* ^{c)} et *Io. Gottfr. Siegelio* ^{d)}, olim secus responderint: tamen tantum abest, vt nostra sententia propterea labefactetur, vt potius maius ei ex hac ipsa variatione accedat pondus, quum pateat *Scabinos* contrariam opinionem, quam aliquando complexi fuerant, rationum, quae pro nostra interpretatione militant, probabilitate motos, nunc quidem plane deseruisse.

D 2

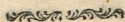
§. 6.

^{a)} *Vinnius Comm. ad Instir.*
L. 3. tit. 21. §. 4. n. 3.

^{b)} *de Berger Supplen. ad Elect.*
disceptat. forens. P. 1. tit. 5. §. 7.

^{c)} *Carpzouius Iurispr. forens.*
P. 2. c. 18. def. 7.

^{d)} *Siegelius Corp. iur. cambial.*
P. 2. p. 190.



§. 6.

*Argumenta aduersariorum adferuntur, et sub examen
vocantur.*

Expositis sententiae meae argumentis, peruentum est ad confutandas rationes, quibus aduersarii vtuntur, vt ordinis beneficii vim in causis mercatoriis infirment. Ac primum quidem prouocant ad *Nou. 4. c. 3. §. 1.* et *Nou. 136. c. 1.* quae argentarios, si pro aliis fideiusserint, ab hoc beneficio disertis verbis arcent, ita tamen, vt ipsis, si mutuam pecuniam crediderint, fideiussoresque acceperint exceptio ordinis recte opponatur, nisi expressa conuentione sibi prospexerint, vt fideiussores beneficio excussionis renunciarent. Quas constitutiones ad nostros quoque mercatores, ob rationis et periculi similitudinem, applicare haud dubitant. Alii ad fauorem commerciorum confugiunt, quem dicunt flagitare, vt beneficium nostrum cesset, quum maxime interfit mercatorum, pecuniam habere in promptu, ne fides eorum periclitetur, quae tamen praecipue inter negotiatores exuberare debeat. Excussionis vero beneficium aiunt saepissime in caussa esse, vt mercatores sine magnis litigijs suum haud consequantur, vtque sic liberior commerciorum vsus impediatur; quo quum nihil bono publico magis aduersetur, tacitam huius beneficii renunciationem inter mercatores semper praesumi arbitrantur. Praeter hos sunt, qui excussionis exceptionem putant pertinere ad apices iuris, ac proinde exulare
in

in causis ex aequo et bono tractandis, quales, ex eorum sententia, sunt omnes lites inter mercatores obuiaae. Denique non parum nonnulli tribuunt opinionibus Doctorum et consuetudinibus in foro receptis, quas, si qua in re, in hac certe quam religiosissime custodiri volunt. Equidem autem ingenue fateor, nullam harum rationum mihi videri adeo probabilem, vt, earum pondere, ad sententiam, quam modo defendi, mutandam me commoueri intelligam. Vt enim ab eo, quod aduersarii ab argentariorum romanorum conditione repetunt, argumento exordiar, recte mihi videor cum *Reinh. Sommero* ^{a)}, *Sebast. Henr. Gerckenio* ^{b)} et *Io. Lud. Schmidio* ^{c)} vsum Nouellarum allegatarum inter hodiernos mercatores negare. Quod facile concedent omnes, qui, quantum inter argentarios Romanorum et negotiatores nostros intercedat discrimen meminerint. Quemadmodum enim illi singulare collegium olim constituerunt ^{d)}: ita eorundem officia, siue illos cum *Io. Kleinio* ^{e)}, *Sam. Fr.*

D 3

Wil-

a) *Sommerus Diff. de fideiussor. benefec ordin non gaudens.* (Königsb. 1715. rec. Viteb. 1732.) c. 2. §. 2. adiecta est *Io. Lud. Schmidii Comment. de fideiussor. principaliter obligat.*

b) *Gerckenius Diff. de iurib. fideiussor. cambial.* (Giesl. 1752.) §. 16.

c) *Schmidius l. l. §. 132.*

d) *Nou. 136. praef.*

e) *Kleinus Diff. de probar. quae fit per libros mercator.* (Rost. 1698.) c. 1. n. 117. in *Ei. Dissertar. Güstrou.* 1706. iunctim editis p. 979. sq.

Willenbergio ^f), Io. Chr. Koenigio ^g) et Io. Godofr. Siebero ^h) ad personas publicas referas, siue cum Io. Ronchegallo ⁱ), Io. Gottl. Heineccio ^k) et Herm. Huberto ^l) priuata sorte vfos esse statuas, longe alia fuerunt, ac mercatorum hodiernorum, quod cuiuslibet occurret in oculos, qui, quae Doctores ^m) de argentiariis scripserunt, legerit. Certe, si audimus Hubertum ⁿ) et Sieberum ^o), praecipua argentiariorum munera versata sunt in pecuniarum permutatione, exploratione ac probatione ^p) et operis circa venditiones

f) Willenbergius *Diff. de except. doli in camb. cessante.* (Gedan. 1702.) §. 4. in Io. Melch. Gottl. *Be-feke Theaur. iur. cambial. P. 1. p. 719. sq.*

g) Koenigius *Diff. de praesent. litter. cambial.* (Lipl. 1712.) §. 3. *ibid. p. 447. sq.*

h) Sieberus *Diff. de argentar.* (Lipl. 1737.) §. 18. *ibid. p. 1. sq.* et *Diff. de argentar. eorumque imprimis offic.* (Lipl. 1739.) c. 1. §. 23. *ibid. p. 15. sq.*

i) Ronchegallus *Tract. de duobus reis constituend. ad l. 9. pr. n. 144. sq.*

k) Heineccio *Diff. de mercator. qui foro cesserunt, rationibus et codic.* (Hal. 1728. rec. *ibid.* 1757.) §. 14.

l) Hubertus *Diff. 1. de argentar. veter.* (Trai. ad Rhen. 1739.) c. 3.

§. 2. in *Gerb. Oelrichii thesaur. differat. iurid. selectiss. in academ. belgicis habitat. Vol. 2. T. 1. p. 1. sq.*

m) e.g. Io. Borcholten *Comm. in Instit. L. 3. tit. 22. Io. Caluini Lexic. iurid. f. voce argentar. iur. lac. Menochius de arbitrar. iudic. quae est. et caus. L. 2. cas. 91. Barnab. Brissonius de verbor. quae ad ius ciuile pertinent significat. f. v. argentar. Sieberus *cit. diff. 1. et diff. 2.* (Trai. ad Rhen. 1740.) in *allegat. thesaur. p. 55. sq.* adde S. R. *Ios. Lud. Ern. Püttmannum Progr. de scriptura mensae eiusque cum negotio mercatorio, quod scontro vulgo vocant, comparatione.* (Lipl. 1795.)*

n) Hubertus *Diff. 2. P. 2.*

o) Sieberus *Diff. 2. c. 1. §. 8. sq.*

p) L. 39. D. de solut.

ditiones ^q) atque auctiones publicas praestandis. In quibus hoc in primis egerunt, ut pretia rerum per praeconem plurimum licitantibus venditarum et addictarum notarent, inque tabulas seu codices accurate redacta, diligenter exigerent. Proprium denique plane ipsis fuit negotium foenerationis ^r), quo non tantum sua, sed et aliorum pecunia fungebantur ^s). Caeterum argentarii cunctis propemodum contractibus interfuere ^t), et quicquid ex officii auctoritate peregerant, solo mensae testimonio munitum, probationis vicem subiit, et fidem publicam habuit ^u). Hinc etiam singulorum causa rationes conficiebant ^v), easque omnibus, quorum interesset, edere debebant, siue cum ipsis argentariis siue cum extraneis ^w) negotium gestum esset, dummodo is, qui editionem postulabat, iuraret non calumniae vel vexandi animo se eam petiisse ^x). Quum igitur argentariorum usus tantopere e re publica

q) L. 18. pr. D. de heredit. petir. L. 88. D. de solut.

r) Nou. 136. c. 5. Edict. Iustin. 9. c. 5.

s) L. 50. D. de administrat. tutor. L. 20. D. de instir. act. L. 15 §. 11. D. de re iudic. L. 7. §. 2. D. disposit. L. 24. §. 2. D. de rebus aucto. iud. possid. L. 47. §. 1. D. de pact. Edict. Iustin. 9. c. 5. Sieberus Diff. 2. c. 1. §. 2. sq. §. 9.

t) L. unie. C. negotiator. ne milit. Nou. 136. c. 1. 2. Edict. Iustin. 7. c. 4. 6. 8.

u) L. 9. §. 2. L. 10. pr. §. 1. 3. D. de edend. L. 27. pr. §. 1. D. de furt.

x) L. 4. §. 1. D. de edend.

y) L. 4. 6. 9. §. 3. L. 10. pr. D. de edend.

z) L. 6. §. 2. L. 9. §. 3. D. de edend.

publica esse crederetur ^{aa}) ipsique, ut cum Iustiniano loquar ^{bb}), multis se utiles praebent, et omnibus propemodum indigentibus opem ferre parati essent, velut propugnacula communis utilitatis ^{cc}), prudentissimo utique consilio ius quoddam singulare eorum causa constitutum est, quod in *Nou. 136. atque Edict. Iustin. 7. et 9.* comprehensum, doctissimos interpretes nactum est Sieberum ^{dd}) et Hubertum ^{ee}). Neque tamen id privilegium transferri potest ad nostros mercatores, utpote ab argentariis Romanorum toto coelo diuersos. Etenim ad nostri temporis negotiatores neque exploratio et probatio nummorum, neque opera circa venditiones et auctiones, nec contractuum, qui in republica celebrantur, ministerium pertinet; siquidem hi sibi soli negotiantur, et suis commodis inseruiunt. Sic quoque codices, quos conficiunt, non singulorum, sed sui causa scribunt, qui nec ipsi quidquam probant, nisi vim probandi siue a lege expressa, siue a tacita consuetudine acceperint ^{ff}). Quid, quod ad hanc quoque multa desiderantur, ab aliis Ictis ^{gg}) diligenter

aa) *L. 8. D. de post.*

bb) *L. 1. C. negotiator. ne milit.*
Nou. 136. pr. et c. 4. Edict. Iustin.
9. c. 8.

cc) *Edict. Iustin. 9. c. 2. pr.*

dd) *Sieberus l. diff. 2. c. 2.*

ee) *Hubertus l. diff. 2. P. 3.*

ff) *Andr. Gaillius Pract. obseruat. L. 2. obs. 20. Dau. Meuius*

Decis. P. 1. dec. 761. De Saxonia
vide O. P. R. ad Tit. 30. §. 4.

gg) ut a *Io. Marquardo Tract. de iure mercator. et commerciorum singulari. L. 3. c. 9. n. 27. sq. Bened. Carpouio Iurispr. forens. P. 1. c. 17. def. 35. Vir. Hubero Praelect. iur. ciuil. ad D. L. 22. tit. 3. §. 19. Io. Wolfg. Textore Diss. de*
fide

ter tradita, antequam ei locus relinquatur. Hinc etiam recte Hubertus ^{bb}) *argentariis*, inquit, *similem prorsus personam hodie nusquam reperies, et alibi* ⁱⁱ): *hodiernos autem mores quod attinet, nullos amplius habemus argentarios, postquam ipse* ^{kk}) *expresse distinxerat argentariam a mercatura* ^{ll}). Quapropter ne hodierni quidem collybistae similes sunt veteribus argentariis, uti non solum quilibet perspicere potest, qui, quae antea disputauimus, expendere velit, sed etiam iam ante nos *Io. Gottl. Heineccius* ^{mm}), et *Io. Gottl. Siegelius* ⁿⁿ), frustra

fide libri mercator. mortui. (Heidelb. 1682.) §. 4. sq. in *Ei. disputar. academ. in appd. N. 5.* *Io. Kleinio cir. diff. c. 2.* *Io. Gottl. Heineccio l. diff. §. 19.* *Cour Guil. Streckero Diff. de differentiis inter process. ordinar. sax. et illum sic dictam summar. in iudic. mercator. Lips. vstat.* (Erf. 1733.) c. 1. §. 7.

^{bb}) Hubertus *l. diff. I. c. 3. §. 1.*

ⁱⁱ) Idem *cir. diff. 2. P. 3. c. 3. in fin.*

^{kk}) Idem *allegat. diff. I. c. 3. §. 2. 3.* *Conf. Jac. Menochius l. l. L. 2. cas. 91. n. 8. sq. L. 2. cas. 499. n. 38.* *Aug. Bened. Carpzovius Diff. de camb.* (Lips. 1677. rec. 1717.) *ib. 33.* in *Beseke Theaur. iur. cambial. P. I. p. 108. sq.* *Io. Schilterus Prax. iur. rom. in*

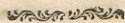
for. germ. exercit. 7. §. 35. *Iust. Henn. Boehmerus Consultat. et Decis. iur. T. 2. P. 1. resp. 326. n. 4.* *Dissentit Io. Marquardus Tract. cir. L. 3. c. 10. n. 27.*

^{ll}) Quin iure adeo romano argentarios, licet negotiatorum appellatione contineantur in *L. 1. C. negotiator. ne milit* tamen a reliquis negotiatoribus distinctos fuisse apparet ex *L. 12. D. de edend. si eam comparare velis cum L. 32. §. 4. D. de aur. legat. L. 7. §. 1. D. de instir. act. et L. 4. C. eod.*

^{mm}) Heineccius *de viris negotiationis collybisticae vel cambial. c. 1. §. 2.* in *Ei. opusculor. varior. syllog. exercit. II. p. 455. sq.*

ⁿⁿ) Siegelius *Fürsichtriger Wechselgläubiger Th. I. c. I. §. 4. not. i.*

E



fra dissentientibus *Matth. Bodio* ^{oo)} et *Gottfr. Barthio* ^{pp)},
commode obseruarunt.

§. 7.

C o n t i n u a t i o .

Nec magis idoneum videtur alterum argumentum. Nam licet mercatorum intersit, semper pecuniam in promptu habere, ne fides ipsorum periclitetur, tamen exinde non sequitur, eos pecuniam sibi debitam ita exigere posse, vt iura reliquorum ciuium laedantur. Me quidem non fugiunt insignia illa nec vnquam satis praedicanda mercaturae in omnem humanitatem beneficia, quae vtique tanta sunt, tamque salutaria, vt rectoribus rerum publicarum nihil potius esse debeat cura summa ac prouidentia, qua hoc arctissimum societatis humanae vinculum, et inopiae praesidium foueant, amplificent et tueantur. Quare in ciuitate bene ordinata opus est vtique multis et magnis commerciorum priuilegiis, quibus priuata utilitas publicae felicitati adtemperetur. In quo sapientiae ciuilibus genere maxime excelluerunt Principes nostri, qui legibus et institutis prudentissimis condendis, mercaturam, qua Saxonia prae tot aliis Germaniae prouinciis ex
plu-

^{oo)} Bodius *Diss. de cambiis*, quam praeside Io. Gualthero Marp. 1646. defendit. *ib.* 12. *litt.* a.

^{pp)} Barthius *Hodeget. forens. ciuil. et criminal.* c. 4. §. 4. n. 1.

pluribus inde seculis inclaruit, adiuuare et promouere studuerunt. Quam liberalitatem in primis experta est Lipsia, Saxoniae ocellus, cuius celebritas nunquam profecto in eum, quem hodie nostratibus congratulamur, modum excreuisset, nisi mercaturae praecipuus semper a legislatoribus nostris honos fuisset habitus. Cuius praeclari patrocini, vtilissimo quaestui praestiti, quum plura extent et egregia monumenta ^{a)}, vnum in praesenti lubet afferre exemplum incomparabilis indulgentiae, qua Ioannes Georgius III. Elector Saxoniae non solum ordinationem cambialem Lipsiensem ^{b)} a. d. II. Octobr. MDCCCLXXXII. confirmauit, sed etiam Lipsiae iudicium peculiare constituit, in quo lites circa mercaturam obuinentes, secundum formulam expressa sanctione ^{c)} praescriptam, deciduntur. Verum enimvero quantumcunque est et esse debet commerciorum fauor, tamen nullum ius singulare sine auctoritate constituentium introduci ^{d)}, nec vltra modum lege definitum proferri potest ^{e)}, quoniam nos lege clementiores esse non decet, ne cauillato-

E 2 ris

a) Videtis *Cod. Augst.* T. 2. p. 2014. *sq.* *Eius continuat.* T. 1. p. 621. *sq.* p. 737. *sq.* p. 853. *sq.* p. 875. *sq.* T. 2. p. 1130. *sq.* add. *Io. Gottfr. Schaumburgius Einleit. zum sächs. Rechte.* Th. 1. exercit. 9. §. 12. *sq.* Th. 2. exercit. 11.

b) *Cod. Aug. T. 2. p. 2023, sq.*

c) *Neue Handelsgerichtsordn. für die Stadt Leipzig, d. d. 21. Decbr. 1682.* in *Cod. Aug. T. 2. p. 2037.* quae etiam denuo confirmata est in *O. P. S. R. appd §. 2.* exceptis nonnullis causis.

d) *L. 16. D. de LL.*

e) arg. *L. 28. D. de restam. militi.*

ris potius, quam boni interpretis partibus defungamur. Quam iustam iudicis in applicando iure singulari moderationem nemo verius et accuratius descripsit Viro ad iuuandam ornandamque rempublicam nato, *Domino Illustriſſimo atque Excellentissimo Chr. Gotth. L. B. de Gutſchmid f*), cuius verba quin hic adſcribam integra, temperare mihi non poſſum: *Conſtituto autem vel recepto iure ciuili, poſtulant iure ſuo ciues, vt ex eius præſcripto æquale iſis dicatur ius. Si ergo animaduertant ciuitatis rectores, pugnare ius conſtitutum vel receptum cum eo, quem commerciis debent fauorem, poſſunt ſane noua lege abrogare priorem, et mutare. Ante vero, quam ea mutatio facta et noua illa lex rite fuerit promulgata, pronuntiandum eſt ſecundum priorem, ne lædatur quaæſitum inde ciuibus ſingulis ius, quod nunquam licet, niſi ſumma urgeat neceſſitas. Multo vero minus iudicibus eſt permittendum, vt in re, ciuili iure deſinita nec alia lege mutata, recedant a iure ſcripto et inuolent in iuncta rectorum et ciuium iura. Licet ergo id eſſicere poſſit commerciorum fauor, vt ciuitatis rectores mutant iura commercii inimica; vt iuris interpretes in re dubia eam præferant ſententiam, quæ fauet commerciis: nunquam tamen eius ſimulatione recedendum eſt a iure, quod legitima auctoritas conſtituit, necdum mutat. Ponit ſcilicet ius ciuitatis priuatum limitem fauori commerciorum in cauſis priuatis. Similiter Idem alibi g) ſcripſit: maximus eſt fauor*

f) L. B. de Gutſchmid *Diff. de fauore commercior.* (Lipſ. 1750.) §. 33.

g) Idem *Diff. iura mercatorum in exigendis uſuris ex mora in ſoluenſo mercium pretio facta,* (Lipſ. 1751.) §. 7.

fauor commerciorum iure meritoque, at non id efficit, ut a manifesta legum voluntate eius praetextu sit recedendum. Qui igitur haud coeco in fauorem commerciorum amore nec praeconcepta opinione abreptus, sed solius veritatis inuestigandae studio adductus, haec, quae Scriptor et meritis et dignitate insignis disputauit, legerit, cognoscat necesse est, egregie falli, qui ex hoc fundamento sibi aliisque persuadere cupiunt, beneficium excussionis inter mercatores exulare. Etenim si hoc modo ratiocinari liceret, posset quis etiam mercaturae fauorem eatenus extendere, ut debitorem mercatoris ad nomen ante diem soluendum obligari statueret, quod quam absurdum sit admittere, reclamante tota iurisprudencia, nullo monitore satis intelligitur. Exceptio ordinis fideiussori lege tributa est, nec habemus legem, quae ei hanc adimit, si negotium inter mercatores agatur; ergo priori legi standum, licet mercatura utique dignissima sit, quae omni modo foueatur et amplificetur. Sic, ut exemplo utar, ecclesiarum quoque magnus est fauor, et tamen fideiussor contra eas exceptione ordinis iure se tuebitur, quia, recte monente *Frid. Philippi*^{b)}, nullibi ecclesia tali priuilegio est munita, et ita turpe sit sine lege loqui. Quae quamuis sint tam clara, ut nemo sanus ea in dubium vocare audeat: tamen dici vix potest, quousque et in iuribus singularibus vere constitutis explicandis fauore commerciorum abuti soleant interpretes, et quam late eum

E 3

in

b) *Philippi Tract. de subselliis templor.* (Lips. 1729.) c. 4. §. 14.

in causis plane alienis patere opinentur. Ita, vt alios errores taceam, e mercaturae priuilegiis vulgo repetunt, cur feminae mercatrices, si pro aliis fideiusserunt, SC. Velleiani beneficio excidant, cur sine curatore sexus contrahere et adeo cambialiter se obligare possint, quum tamen vera causa potius haec sit, quia mulieres, si mercaturam exercent, negotium gerunt virile, et masculis aequiparantur; quare ad priuilegia, ideo, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum conuertatur, ipsis concessa, non amplius admittuntur. Quo fundamento ius singulare feminarum mercatricum vnice niti iam exinde colligi potest, quod, si mulier ante coeptum mercaturae exercitium fidem suam pro alieno debito interposuerit, recte illa, successu temporis mercatrix facta, ad SC. Velleiani beneficium prouocat, vti *Io. Gottl. Siegelius* ⁱ⁾, *Sebast. Henr. Gerckenius* ^{k)}, *S. R. Ios. Lud. Ern. Püttmannus* ^{l)} et *Ant. Didr. Güttschouius* ^{m)} obseruarunt. Hinc, quam attuli, ratio, repudiato mercaturae fauore cerebrino, arrisit iam pridem pluribus viris doctis, vt *Io. Marquardo* ⁿ⁾, *ICTis Ienenfibus apud Henr. Zipf.*

i) Siegelius *Fürsichtiger Wechselgläubiger. c. 2. §. 3.*

k) Gerckenius *Diff. de iuribus fideiussor cambial §. 7.*

l) S. R. Püttmannus *Anmerkungen zur Leipziger Wechselordnung ad §. 2. Not. 4.*

m) Güttschouius *Diff. studia Lubecens. promouendi commercia. in primis nomorhesiae auxilio. (Goett. 1788.) §. 13.*

n) Marquardus *Tract. de iur. mercator. et commercior. singular. L. I. c. 12. n. 21.*

Zipffelium ^{o)}, quibus hic ipse ^{p)} adstipulatur, Barthol. Leonh. Schwendendoerffero ^{q)}, Iac. Fr. Ludouici ^{r)}, Io. Pet. Ludewig ^{s)}, Io. Sam. Fr. Boehmero ^{t)} et Io. Ern. Iust. Müllero ^{v)}. Neque, vt e diuerticulo in viam redeamus, dici potest, fidem, in causis mercatoriis cum primis necessariam, frangi et debilitari, admissio ordinis inter fideiussores, qui illis acceperunt, beneficio. Nam, vt taceam, eum, qui iuris beneficio utitur, fraudem haud committere, nec contra bonam fidem agere ^{x)}, ne verum quidem est, fideiussorem ad nomen ante ipsum debitorem exsoluendum sese obligasse; quae quis vero in se non recepit, ea, salua fide, praestare recusat. Caeterum, quod a dissentientibus additur, beneficio excussionis celerio rem commerciorum cursum impediri et eatenus publicae vtilitati noceri, minime nos tangit, quum iam supra concessum sit, exceptionem excussionis locum

o) Zipffelius *Diff. de resser. collybiis.* (Erf. 1678. rec. Lipf. 1699. et 1701.) *sect. 1. §. 13.*

p) Idem *l. diff. sect. 1. §. 17.*

q) Schwendendoerfferus *Diff. de priuileg. mercator.* (Lipf. 1684. rec. 1713.) *c. 3. §. 29.*

r) Ludouici *Diff. de muliere cambiant.* (Ien. 1710.) *§. 16.*

s) Ludewig *Diff. different. iur. rom. et germ. in SC. Velleian. exule.* (Hal. 1720) *diff. 7. nor. 1.*

t) Boehmerus *Rechrl. Unter-*

such. der Frage: ob und in wie weir eine Weibsperson, so eine Handlung zreiber, aus ihrer Bürgschaft verbunden sey, oder nicht? §. 8. sq. et §. 13. in den Hällisch. Anzeig. d. a. 1747. n. 10. et in Aug. Fr. Schotts juristisch. Wochenbl. Jahrg. 3. n. 29. p. 535. sq. (Lipf. 1774.)

v) Müllerus *Promtuar. iur. nou. l. v. Velleianum SC. n. 4. 5.*

x) *L. 24. §. 12. L. 26. D. de damn. infect. L. 55. D. de R. I. C. 31. X. de elect.*

cum non habere, si haec fieri nequeat, et inanis futura sit. Quae quum ita sint, corruat etiam necesse est fictionis auxilium, ad quod nonnulli contrariae opinionis tuendae gratia confugerunt. Fuerunt enim adeo, qui statuerent, inter mercatores semper tacitam renunciationem huius beneficii esse praesumendam. Quemadmodum autem omnis fideiussio non aliter, quam salvis iuribus per ipsarum legum sanctionem constitutis, fieri intelligitur, ita inter mercatores quoque ordinis beneficium, vi ac potestate fideiussionis competens, eo minus tollitur, quo minus renunciatio iuris uniuersae est praesumenda, quum haec instar donationis se habeat, nec quisquam suum iactare ¹⁾ seque a beneficiis sibi concessis excludere et ius suum remittere credatur ²⁾. Hinc recte inquit *Car. Ferd. Hommelius* ^{aa)} nunquam praesumi tacentem aliquid de iure suo remisisse, quoniam omnes renunciationes disertis verbis opus habent, utpote strictissimae interpretationis. Potius quilibet de conditione sua emendanda, reque familiari augenda sollicitus esse praesumitur. Iure igitur optimo cum *Vlr. Hubero* ^{bb)} negamus, fideiussorem exceptione excussionis tacite se abdicasse censeret, quo grauius ex tali fictione in ipsum redundaturum esset dispensium.

1) L. 26. D. de donat. L. 25. pr. D. de probat.

2) L. 8. §. 15. D. quibus mod. pign. soluit. L. 35. §. 2. C. de inoff. fic. testam. C. 5. X. de renunciat.

aa) Hommelius *Rhaps. quaest. obs.* 411.

bb) Huberus *Praelect. iur. ciuil. ad D. L. 46. tit. 1. §. 3.*

dium. Accedit neminem videri voluisse se magis obligari, quam de iure teneatur ^{cc}). Si igitur renunciatio tacita beneficii excussionis praesumenda esset, certe fideiussoris obligatio contra eius voluntatem augeretur, quod tamen iuris rationes haud permittunt. Plane huc pertinet Celsi ^{dd}) sententia: *quidquid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est, ac fere secundum promissorem interpretamur: quia stipulatori liberum fuit, verba lata concipere.* Ac quamquam fieri potest, ut etiam tacito consensu quis contrahat et obligetur ^{ee}): tamen hoc eatenus dumtaxat evenit, si mens et voluntas contrahentis ex factis saltem appareat ^{ff}), aut factum, omnino necessarium, omissum fuerit ^{gg}). Talem vero voluntatem ut de fideiussore inter mercatores obuiam praesumere possimus, tantum abest, ut potius fortissima coniectura contrarii adsit, siquidem fideiussor, qui in causa mercatoria fidem suam interponit, nullum committit factum, ex quo renunciatio tacita colligi queat, et tutus est regula iuris communis, ad cuius placita confirmasse se videntur contrahentes. Nec sicco pede puto hoc loco esse praetereundum, secundum veriolem Doctorum ^{hh}) opinionem

ne

cc) arg. L. 4. D. de usur.

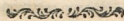
dd) L. 99. pr. D. de V.O.

ee) L. 2. pr. L. 4. pr. D. de pact.

ff) L. 57. pr. D. de pact. C. 19.
X. de censib. C. 16. X. de visa et honestat. clericor.

gg) L. 1. §. 6. D. de success. editi.
L. 6. C. de remiss. pign.

hh) Contr. Rittershusius *Ius Iustin.* P. 3. c. 2. Bened. Carpovius *Iurispr. forens.* P. 2. c. 17. def. 1. Idem *Resp.* L. 2. resp. 73.



ne generalem quidem renunciationem exceptionum ad fideiussorem a beneficio excussionis excludendum sufficere, sed speciale requiri, hoc est, quae ad ipsa beneficia, fideiussoribus competentia, pertineat. Quid, quod in Saxonia ⁱⁱ) ne talis quidem renuntiatio pro iusta causa fideiussorem ordinis beneficio priuandi habetur, siquidem ex nostri iuris disciplina adeo necesse est, vni alteriue beneficio fideiussoribus tributo, vel etiam pluribus sigillatim, repudium mitti et generalem renunciationem subiici, vbi etiam lis, quae inter ICTos agitur, vtrum nimirum fideiussori, qui se instar debitoris principalis (*als Selbstschuldner*) obligauerit, beneficium excussionis prosit, ita sopita est, vt vel tunc ad hoc auxilium tuto confugere possit ^{kk}).

§. 8.

Vlterior continuatio.

Quae porro vrgent aduersarii causas mercatorias leuato velo, et neglectis iuris apicibus, quibus quam maxime excussionis

n. 13. Lüdt. Menckenius *Thror. et prax. D. L. 46. tit. 1. §. 14.* Io. Balzb a Wernher *Obsf. forens. T. 3. P. 1. obsf. 250.* C. Fr. Walchius *Introduct. in controuers. iur. ciuil. sect. 3. c. 4. m. 2. subsect. 2. §. 9. edit. 3.* Fr. Es. Puffendorffius *Obsferuar. iur. vniuers. T. 2.* *obsf. 43. §. 2. 3.* Frustra dissentiant Io. Orriw. Westenbergius *Princip. iur. sec. ord. D. L. 46. tit. 1. §. 24.* Nic. Hier. Gundlingius *Diff. singular. de benefic. excuss. ca. pit. (Hal 1728) c. 5. §. 16.* ii) *Constit. Elect. 17. P. 2.* kk) *Constit. Elect. 18. P. 2.*

fionis exceptio fit accensenda, esse tractandas, non maioris sunt ponderis, quam quae hucusque profligauimus argumenta. Est quidem in rerumpublicarum bene ordinarum virtutibus haud ultimo loco haec ponenda, ut causae controversae summa cum diligentia atque circumspectione excutiantur, excuslaeque celeriter finiantur, quo quidem consilio moti sapienter praeceperunt principes, ut certi ac definiti ciuium ordines, certaue ac definita causarum genera, propter singularem, qua utuntur, conditionem, ordinario iudicio eximantur. Inter has causas referri quoque possunt mercatorum lites ^{a)}, quia reipublicae interest, eas quam celerime explicari. Quo consilio leges extraordinariam cognitionem solent aut praecipere aut saltem permittere ^{b)}. Attamen propterea non licet iudici fraudem facere legi et partibus, siquidem in finibus iurisdictionis, ad commerciorum causas pertinentis, regendis ita versari debet, ut eas accurate ad iuris normam exigat. Quae quemadmodum in iudiciis

F 2

sum-

^{a)} *Andr. Gaillius Pract. obseruat. L. 2. obs. 27. n. 27. Io. Zangerus Tract. de except. P. 1. c. 1. n. 60. Bened. Carpzouius Iurispr. forens. P. 1. c. 2. def. 18. Idem Resp. L. 6. resp. 122. n. 15. sq. Dau. Meuius Decis. P. 5. dec. 106. Idem Comm. in ius Lubecens. P. 3. tit. 7. arr. 21. n. 1. Io. Ge. Bremenius Tract. de causis summariis et ear. process.*

(Altenb. 1703) *P. spec. 1. c. 2. §. 3. et c. 5. f. v. mercaturam concernentes. Fr. Alex. Kühholdus Diff. de usu except. non adimpleri contract. bodiern. praecip. sax. occas. §. 4. appd. ord. proc. sax. nouiss. (Lips. 1726.) §. 11.*

^{b)} vid. *Ern. Guil. Küstnerus Diff. de antiquiss. mercatur. indit. (Lips. 1782.)*

summaris nihil remittit praeter solemnitates, ita minime potestatem facit iudici, in iura quaesita partium, aequitatis specie, graffandi. Et licet extraordinaria iudicia non omnes exceptiones admittant, tamen eae tantummodo exclusae censentur, quae frustratoriae sunt, et ad ordinem causae tractandae pertinent, non vero quibus petitiones ipsae actorum evertuntur aut reorum fortunae defenduntur. Hinc recte Bre-
menius ^{c)} *distingendum est, ait, inter dilatorias exceptiones, quae friuolae, frustratoriae, iniustae et de apicibus iuris sunt, et eas, quae tales non sunt, sed notoriae potius, evidentes, ac pertinentes ad legitimam defensionem. Illae, friuolae scilicet, frustratoriae, calumniosae, vel iniustae excluduntur in processu summano et sublatae intelliguntur. — — Non vero excluduntur exceptiones notoriae, evidentes, vel in continenti probabiles, quaeque aequitate nituntur, aut ad defensionem legitimam ac pro qualitate causae et negotii competentem pertinent; ad quas Idem paulo post ^{d)} refert exceptionem excussionis. Accedit iuris canonici auctoritas quo expresse cautum est ^{e)}: saepe contingit, quod causas committimus et in earum aliquibus simpliciter, et de plano ac sine strepitu et figura iudicii procedi mandamus: de quorum significatione verborum a multis contenditur, et qualiter procedi debeat dubitatur. Nos autem dubitationem huiusmodi, quantum nobis est possibile, decidere cupientes, hac*
in

c) Bremanius Tract. alleg. P. 2. c. 6. §. 2.

e) Clem. 2. de V. S. Conf. c. 13. X. de offic. et potest. iudic. delegat.

d) Idem eius Tract. P. 2. c. 6. §. 13.

in perpetuum valitura constitutione sancimus, ut iudex, cui taliter causam committimus, necessario libellum non exigat, litis contestationem non postulet, in tempore etiam feriarum, ob necessitates hominum indultarum, a iure procedere valeat, amputet dilationum materiam, litem, quando poterit, faciat breviorum, exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo, partium advocatorum et procuratorum contentiones et iurgia, testiumque superfluum multitudinem refranando. Non sic tamen iudex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitima admittantur. Possent quidem mihi quis obicere, litis executivae et cambialis indolem non admittere exceptiones illiquidas, licet ius partis concernant. Sed hunc animadvertere velim, etiam in processu cambiali et executivo exceptiones altioris indagationis non tam adimi reo, quam potius in aliud tempus, aliudque iudicium differri, in quo numero exceptio excussionis esse nequit, siquidem quae iuris sunt, ubi nulla admixta est facti quaestio, in continenti liquida sunt, nulloque modo ampliorem cognitionem desiderant. Hinc omnino recte statuerunt praeter Io. Zangerum ^{f)} plures Icti magni nominis ^{g)}, nec a processu executivo

F 3

tuo

f) Zangerus *Tract. de excep.* P. 3. c. 26. n. 94.

g) e.g. Bened. Carpzovius *Iurispr. forens.* P. I. c. 8. def. 23. P. 2. c. 18. def. 4. Idem *Process. iur. in for. sax.* tit. 22. art. 3. n. 35. Dau. Mevius *Comm. in ius Lub-*

ens. P. 3. tit. 5. art. 1. n. 13. Sam. Stryckius *Diff. de benefic. excuss.* (Fif. ad Viadr. 1668.) c. 4. §. 14. Augustin. a Leyler *Medic. ad D. sp.* 513. m. 11. 12. Io. Lud. Schmiddius *Comment. de fideiussor. princip. lites obligat.* §. 4. 53. Dissentient Valent.

tiuio alienam esse excussionis exceptionem fideiussoribus tributam. Quid, quod ne in ipsis quidem curiis mercatorum omnes plane exceptiones reis denegantur. Ad cuius rei maiorem fidem faciendam prouoco ad testimonium Io. Marquardi ^{b)}, qui hanc tradit regulam: *exceptiones ordinem processus respicientes in curiis mercatorum reiciendae, — illae vero, quae merita causae, negotii veritatem ac partis interesse concernunt, admittendae, — quia, ut saepius admonuimus, ex bono et aequo exceptiones semper accommodandae.* Nunc vero nullum est dubium, quin exceptio excussionis in hunc censum veniat, siquidem ex ipsa natura fideiussionis oritur ⁱ⁾, ad ius fideiussoris, ac proinde ad merita causae, pertinet ^{k)}, ab omni iniquitatis

Valent. Francus Tract. de fideiussor. c. 5. n. 291. et 391. sq. Iac. Menochius Comm. de adipiscend. retinend. et recuperand. possess. remed. 5. de adipiscend. possess. n. 144. Ant. Heringius Tract. de fideiussor. c. 27. P. I. n. 293. sq.

b) Marquardus Tract. de iure mercator. et commercior. singular. L. 3. c. 8. n. 1. quem sequuntur Io. Ge. Simon Tract. de mercator. (Ien. 1678.) c. 9. §. 2. et Ant. Dider. Güttschouius Diff. studia Lubecens. promouendi commercia in primis nomothetae auxilio. (Goett. 1788.) §. 17.

i) vid. §. 2. hui. Diff. add. Matth. Colerus de process. execut. P. 4. c. 1. n. 113. Valent. Francus Tract. de fideiussor. c. 3. n. 95. Bened. Carpzovius Iurispr. forens. P. 1. c. 8. def. 23. P. 2. c. 18. def. 4. Idem Process. iur. in for. sax. tit. 22. art. 3. §. 7. n. 36. Augustin. a Leyser Medit. ad D. sp. 513. m. 11. 12.

k) Io. Zangerus Tract. de except. P. 2. c. 22. n. 19. Quinz. Sept. Flor. Riuinus Specim. except. forens. exhibens dilator. c. 1. n. 14. Sam. Stryckius Vf. modern. D. L. 44. tit. 1. §. 2. Inst. Henn. Boehmerus Introd. in ius D. L. 44. tit. 1.

quitatis labe vacua est ^{l)}, nec tam in facto probando, quam in iure potius consistit, vt idcirco statim liquida sit, nec in aliud tempus reiicienda ^{m)}. At quod ad nostri fori usum attinet, nobis obloqui videntur verba *ordinat. iudic. mercator. Lips. n)*: *Wiewohl auch bey diesem Gerichte die Exceptiones feriarum sacrarum, außer was diejenigen Actus, so diebus feriatis expediret werden können, betrifft, ingleichen Praeuentiois und Litis pendenciae, wenn solche in continenti beyzubringen, wie auch, wenn der Kläger seine Person oder zur Sache sich nicht gnugsam legitimiren könnte, und dann die Exceptio spolii billich in acht zu nehmen; So haben doch alle andere Exceptiones dilatoriae nicht statt; quibus etiam fideiuffores a beneficio excussionis excludi facile inferre possit, qui ad hunc locum accommodauerit argumentum ex c. 13. X. de offic. et potestat. iudic. delegat. ductum. Sed salua res est. Neque enim lege illa municipali aliae exceptiones recensentur, quam quibus haec vis inest, vt actorem statim a limine iudicii repellant, reumque a responsione ad actionem editam aut a recognitione documentorum productorum eorumue diffessione iurata liberent; vnde intelligitur, non simul damnari reliquas exceptiones*

tit. I. §. 15. Io. Ge. Bremerius
Tract. laud. P. 2. c. 6. §. 14. Io.
Lud. Schmidius Praks. Lebrb. von
gerichtl. Klagen und Einreden §. 123.
Guil. Aug. Fr. Danzius Grundf.
des gemein. ordentl. bürgerl. Prozeß-
ses. §. 166.

l) vid. §. 3. hui. Diff.

m) Iac. Menochius de arbitrar.
iudic. quaest. et caus. L. I. qu. 53.
n. 4.

n) Arr. II.

nes dilatorias, quae merita causae ingrediantur, vtpote, quibus oppositis, reus nihilofecius ad actionem motam respondere, vel documenta producta recognoscere, aut eorum fidem eiurare iubetur. Quem legis sensum patere arbitror, quum ex integra serie, tum vero maxime ex loco, qui sequitur, vbi haec sancita leguntur: *Do aber hierbey der geringste Zweifel anmoch übrig, soll Beklagter nichts desto weniger euentualiter auf die erhobene Klage, sub poena confessi et conuicti, antworten, oder die producirten Documenta, mit der ausdrücklichen Verwarnung, dass, in Verbleibung dessen, dieselben pro recognitis zu achten, recognosciren oder nach Gelegenheit eydlich difftiren.* Adiuuat interpretationem nostram experientia quotidiana, qua, praeter memoratas exceptiones dilatorias, aliarum vtique in iudicando rationem haberi, edocemur. Iam, licet cum *Valent. Guil. Forstero* ^o), lites mercatorum, quod id genus hominum in conuentionibus plerumque sit callidissimum, ex aequo et bono haud esse disceptandas, affirmare nolim; tamen illa aequitas, quam tantopere in ore habent contrariae opinionis patroni, beneficii excussionis vsum in causis mercatorum reprobare minime videtur. Etenim quum ipsum ordinis beneficium ex aequitate magis, quam ex iuris subtilitate aliqua introductum sit, non video, qua ratione aequitas, in causis mercatorum conspicua, vaga illa quidem, nec regulis certis definita, vincere queat eam aequitatem, quam

^o) Forsterus *Tract. de pact.* (Viteb. 1621.) c. 8. n. 37.

quam leges expressae et clarae pro fideiussoribus in ultimum subsidium seruandis militare voluerunt. Locus autem iuris ciuilibus ^{p)}, quem vulgo excitant, vt exceptionem excussionis inter apices iuris referendam esse euincant, minime eam e iudiciis, in quibus ex aequo et bono agitur, proscribit ^{q)}, quod facile cuiilibet, ipsum locum inspicienti, in oculos incurreret. Nec quicquam est, quod aequitas aduersus ius constitutum ac certum valeat, licet lis inter mercatores vertatur. Est enim iustitia et recte vocatur ^{r)} anima commerciorum et societatis ciuilibus. Quantacunque igitur tum in omnibus negotiis, tum vero in iure aequitatis est et esse debet auctoritas ^{s)}, e qua ipsae adeo leges saepenumero decidendi rationes repetunt ^{t)}, tamen eius obtentu non licet iudicibus a rigore

p) L. 29. §. 4. D. mand.

q) vid. Io. Brunnemannus
Comm in D. ad hanc leg. n. 8.

r) In der Chur und Markbrandenburgischen revidirten Wechselordn. d. d. 18. März. 1709. princip. in Job. Chr. Königs W. O. der Stadt Leipzig in appd. sub Litt V. p. 181.

s) L. 90 D de R. I. L. 6. §. 6.
C. de his qui ad eccles. confug.

t) e. g. L. 183. D. de R. I. L. 7.
D. de in integr. restit. L. 5. §. 2. D.
de impens. in res dotal. fact. L. 74.
§. 1. D. ad SC. Trebell. L. 65. §. 5.
D. de furt. L. 17. D. de iniust. restit. L. 13. pr. D. de liber. et postb.

L. 25. D. de donat. L. 20. D. de reb. credit. L. 32. D. eod. L. 2. §. 6.
D. de aqua et aqu. plu. L. 32. pr.
D. de pecul. L. 86. pr. D. de acquir. hered. L. 6. D. de collat. L. 2. §. 8.
D. si quis caus. in iudic. L. 8. D. fin. regundor. L. 21. D. de interrogat. in iure faciend. L. 2. §. 3. D. de heredit. vel act. vendit. L. 16. D. de condit. et demonstrat. L. 20. D. de re iudic. L. 38. D. de heredit. petit. L. 19. pr. D. de captiu. et postlim. reuers. L. 1. pr. D. de exercit. act. L. 8. C. ad exhibend. L. 2. C. de rescind. vendit. C. 32. X. de simon. C. 3. de sentent. et re iudic. in VI.

gore iuris recedere, nisi in singulis speciebus iure sit agnita et approbata, ne eueniat, quod Celsus opportunè monuit ¹⁾): in genere quaestionum de bono et aequo plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciosè errari. Quapropter, si adest lex clara atque perspicua, siue vere aequa, siue aperte iniqua sit, secundum regulas iustae interpretationis omnino applicanda, nec sub intempestiuæ humanitatis specie euertenda est ²⁾); siquidem nec sententia contra rigorem iuris pronunciata, rata esse ³⁾), nec, si in verbis nulla deprehenditur ambiguitas, voluntatis quaestio admitti ⁴⁾) debet. Quo pertinet etiam sanctio illa celeberrima ^{aa)}), qua assessores supremi, quod in Imperio Romano-Germanico constitutum est, tribunalis, vnice ex iure

v) L. 91. §. 3. D. de V. O.

x) L. 20. 21. D. de LL. L. 12. §. 1. D. qui et a quibus manusiisti. Conf. Io. Brunnemannus Comm. in D. ad b l. L. 11. C. de iudic. Vtr. Huberus Praelect. iur. ciuil. ad D. L. 1. tit. 1. §. 11. 13. Io. Flor. Riinus Program. de praedictiis ex abusu interpretat. oriundis. (Lips. 1723.) in Eiusd. Program. iurid. editis. (Lips. 1735.) n. 1. Ern. Ferd. Kleinus Abhandl. über die Billigkeit bey Entscheid. der Rechtsfälle; in Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamk. in den preussisch. Staaten Bd. 1. p. 357. sq. Theod. Fr. Cbr. Raydtius Commens. de ae-

quitate, eius in iure vsu, limitibus qui inter illam strictumque ius intercedunt, et quaest. quatenus ea stricto iuri sit praesferenda. (Ling. 1793.) §. 8. p. 29. et, quem sine gratiae mentis sensu nominare non valeo, Ill. Io. Ad Theoph. Kindius Praefat. ad T. 1. Quaestion. forens. p. 12. sq.

y) L. 19. D. de appellat. et relat. L. 2. C. quando prouoc. non est necess. C. 1. X. de sent. et re iudic.

z) arg. L. 25. §. 1. D. de legat. 3.

aa) Cammerger. Ordn. d. a. 1555. Tb. 1. Abschn. 13. §. 1. et d. a. 1613. Tb. 1. tit. 19. pr.

iure scripto aut moribus non reprobatis, minime vero ex cerebrina quadam aequitate ius dicere iubentur. Hinc facti quidem quaestio in potestate iudicantium est, iuris autem auctoritas haud quaquam ^{bb)}, et legislatoris prouinciam inuadit iudex, qui, blandiente quadam aequitatis specie adductus, contra seueram legum prohibitionem ^{cc)}, a iure scripto vel tantillum recedit. *Quorsum enim, vt verba Marquardi ^{dd)} mea faciam, attinisset leges scribi, si liceret discedere a scripto et suo arbitrio aequitatem fingere?* Et si ingenii libertati permitteretur, vt, quod cuique aequum videretur, id statuendum esset, profecto vel inuiti in eam viam deflecteremus, quam olim semet ipsum ingressum fuisse, sed tempestiue cognita lubricitate, deseruisse et cum tutiori summi iuris tramite commutasse ingenua et lepida narratione fassus est Vir immortalis *Car. Ferd. Hommelius ^{ee)}*. Certe si liceret, fictione aequitatis plures species a legum potestate eximere, non tam vllò iure, quam iudicantium arbitrio viueremus, iurisprudencia autem mera futura esset alea, cui se fortunasque suas committere cogerebantur, qui ad tribunalia accederent. *Quam iudiciorum pestem optime descripsit Vir mihi amicissimus,*

G 2

cuius

^{bb)} L. 15. pr. D. ad municipal.
L. 1. §. 4. D. ad SC. Turpillian.

^{cc)} L. 1. 9. 11. C. de LL. L. 13.
C. de censur. L. 8. §. 2. C. ad L. Iul.
de vi publ.

^{dd)} Marquardus *Tract. de iure
mercator et commercior. singul. L. 3.
c. 6. n. 49.*

^{ee)} Hommelius *Diss. pro summo
iure, contra aequitatis defensor.*
(Lips. 1751.) c. 1. §. 5.

cuius magnam erga me amoris beneuolentiam sum semper expertus, *Illustr. Io. Dan. Kindius ff)* dum, *nihil*, inquit, publice priuatimque plus detrimenti adfert, quam si iudices, officii sui immemores, legistatores agunt, nunquam magis opes hominum atque fortunae periclitantur, quam si cerebrina iurisprudencia et commentitia aequitas inuaserit iudicum subsellia, neque ex iure certo atque constituto, sed ex arbitrio iurisconsultorum, lubrico illo atque fallaci, *lies dirimuntur*. Quae quum ita sint, tunc demum, ubi ius ambiguum apparet, et causa inter diuersas legum interpretationes fluctuat, locus est aequitatis, quae ad intentionem loquentis potissimum respiciat, temperamento *gg)*, siquidem leges scire non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem *bb)*, nec oportet ius calumniari, aut verba captare, sed, qua mente quid dicatur animaduertere conuenit *ii)*, ut voluntas legum conseruetur *kk)*. Quoties igitur in causis mercatorum apices iuris dicuntur cessare, hoc intelligendum est de iis, qui subtilitatem quandam respiciunt magis, quam facti veritatem aut partium iura. Accedit, quod et *Paul. Iac.*

Mar-

ff) Illustr. Kindius Diff. de obligatione mariti rerum uxoris mobilium heredis aes alienum hereditarium dissolendi. (Lips. 1786.) p. 5.

gg) L. 10. §. 1. D. de reb. dub. L. 3. D. de his quae in reſtam delent. L. 16. D. de condit. et demonstrat. L. 56. 192. §. 1. D. de R. I. L. 5.

C. de bon. quae liber. Cf. Io. Diet. Mellmannus Orat. de decif. causar. ex legibus aequi atque boni. (Kilon. et Hamburg. 1773.) p. 21.

bb) L. 17. D. de LL.

ii) L. 19. D. ad exhibend.

kk) L. 18. 19. D. de LL.

Marpergerus ¹¹⁾ pridem opportune obseruauit, et equidem viū edoctus ipse cognoui, mercatores saepenumero de iuris solennitatibus paullo iniquius iudicantes, de iniuria sibi facta solere conuerti, vbi iniuria vere non adest, ex errore tamen adesse creditur, quoniam id, quod iuris ratio postulat, incommodum ipsis et a priuata vtilitate alienum videtur.

§. 9.

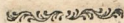
*Absoluitur refutatio argumentorum a dissentientibus
allatorum.*

Vrgent vltimo loco aduersarii opinionem Doctorum et longam consuetudinem, qua contraria sententia auctoritatem obtinuisse dicitur. Quamquam vero minime is ego sum, qui virorum doctorum iudicia vilipendam, aut secundum brocardicon illud: *communis opinio; ergo falsa*, nihil plane interpretum ingeniis tribuendum esse censeam: tamen vltro fautor, non tantum apud me valere hominum vel sagacissimorum siue constantiam siue grauitatem, vt argumentorum pondus auctoritatum multitudini cedere debere existimem. Vtique cum summo rerum mearum fautore, quem iterum et honoris et pietatis causa nomino, Illustr. Io. Ad. Theoph. Kin-

G 3

dio

¹¹⁾ Marpergerus im neu erw. mercator. et commercior. singular.
verren Handelsger. c. 4. p. 82. sq. vid. L. 3. c. 6. n. 66,
et Io. Marquardus Tract. de iure



dio ^{a)} distinguendum esse puto, an lex clara atque perspicua rem expediat, an secus. Si talis lex adest, standum omnino eidem, spretis omnibus Doctorum opinionibus, quibus inanis contra ius certum disputatio mouetur, quum, ut Iustini ^{b)} verbis utar, *nihil inter homines sic sit indubitatum, ut non possit, licet aliquid sit valde iustissimum, tamen suscipere quandam sollicitam dubitationem.* Semper enim manifesta legis voluntas potior esse debet interpretum commentis et hallucinationibus. Deficiente autem iuris explorati norma, sane sequendae sunt Doctorum opiniones, dummodo rationibus idoneis nitantur, siue sint communes, siue singulares. Hinc apposite *Iustin. Ferd. Hammius* ^{c)}, *equidem, inquit, lubens fateor, doctorum hominum decisiones pro lege interdum posse haberi, quoties lex certa deest, et ius in controuersiam adducitur. Vi verum communis opinio vel ius faciat, vel pro veritate habeatur, non multorum, nec eorum, qui in respondendo de iure auctoritate plus quam ipso ingenio valent, consensio quaedam, sed illa, quae legum rationi proximiora sunt, efficere debent.* Etenim sententia non vera est ob numerum vel celebritatem hominum eam profitentium, sed ob rationum vim, atque argumentorum grauitatem, quod iam suae aetatis Ictis diligenter praecipit

a) *Illustr. Kindius Praef. praemiss. quaestionum forens. Tomo. 2.*

b) *Nou. 44. c. 1. §. 3.*

c) *Hammius Tract. de statutorum collisione et praesentia in caus. success. ab intestat. (Erl. 1792.) §. 1. in fin.*

cepit Iustinianus ^{d)}), dum eos ex multitudine auctorum, quod melius et aequius est, iudicare vetuit, quum possit vnus forsitan et deterioris sententia et multas et maiores in aliqua parte superare. Quocirca Ictorum corypheus et fori nostri quasi oraculum, Bened. Carpzouius ^{e)}), quam sibi legem in enodandis iuris quaestionibus scripserit, iure meritoque, sic declarauit: *nec Ictorum auctoritas oculos mihi ita perstrinxit, ut manicipii instar ipsorum dicta et opiniones contra rationem iuris amplecti cogar, quantumuis etiam fuerint communes, a quibus in iudicando et consulendo alias non facile est recedendum. — Non enim maior auctoritas tribuenda est opinioni communi, quam rationi et veritati iuris, propter quam a communi opinione tutissime possumus recedere. Et praeualet opinio singularis communi, quando meliore nititur ratione. Quin et opinio verior metienda potius a ratione, quam ab auctoritate et numero Doctorum. Solet enim saepe Doctoribus euenire, quod ouibus, ut, quo una tendit, illuc caeterae sine delectu sequantur, vel quod contingit auibus regalibus, ut, vnum praeuolantem, reliqui alatis pedibus insequantur.* Quibus similia sunt ea, quae Andr. Gaillius ^{f)} et Vr. Huberus ^{g)}, suo quisque modo, monuerunt. Hinc etiam in terris Brunsvico-Luneburgicis per saluberrimam constitutionem ^{h)}) iudices iubentur: *sich in iudicando an die opinionen*

d) §. 6. de conceps. D. L. 1. §. 6.
C. de ver. iur. enucl.

f) Gaillius Pract. obseruar. L. 1. obs. 153. n. 6.

g) Huberus Praelect. iur. civil.

e) Carpzouius Resp. iur. L. sec. D. L. 5. tit. 2. §. 14.
6. resp. 70. n. 7. sq.

h) Justizreglement d. a. 1718

niones Doctorum überall nicht zu kehren, es haben dann solche entweder klare Leges, oder auch solche triftige Rationes die sie mit klaren aus den Rechten und Legibus genommenen Argumentis behaupten, für sich allegiret. Quibus communis opinionis finibus regundis nolo equidem diutius immorari, postquam absolutissimus Ictus Iust. Henn. Boehmerus ⁱ⁾ eandem causam ita peroravit, vt nihil plane, quod eius argumentis addere possim, inveniam. Quemadmodum autem nullum, vt ex iis, quae dixi, fatis apparere arbitror, erroneis opinionibus a turba esse potest praesidium: ita nec consuetudinis vim contra idoneas iuris rationes, quibus meam sententiam vindicaui, recte allegari nunc demonstrabo. Quamquam enim largior, consuetudinis non minorem esse auctoritatem, quam legum, hasque illa adiuvari, explicari ^{k)}, et adeo mutari atque abrogari

quod allegat Dan. Ge. Strubenius in rechtlichen Bedenk. Th. 1. Bed. 86.

8. §. 37. Iac. Fr. Ludouici in der Vorrede zur Einleit. zum Wechselproc.

ⁱ⁾ Boehmerus Exercit. ad D. exercit. 61. §. 1. exercit. 84. §. 1. Cf. Thesaur. locor. commun. iurispr. ex axiomat. Augustin. Barbofae et anal. lo. Orr. laboris L. 13. c. 28. ax. 9. Ge. Ad. Struuius Diff. de commun. Doct. opin. (ten. 1661.) §. 14. Idem Synagm. iurispr. exercit. 2. §. 81. Sam. tryckius Traët. de causel. testament. c.

^{k)} §. 9. Inst. de iur. nat. gent. et civil. L. 23. 32. 33. 35. 36. 37. 38. 40. D. de LL. L. 4. D. de custod. et exhibit. reor. L. 1. 3. C. quae sit long. consuetud. C. 5. dist. C. 4. 6. 7. dist. 12. C. C. C. praef. Cammerger Ordn. d. a. 1555. Th. 1. Abschn. 13. §. 1. Th. 2. Abschn. 1. §. d. a. 1613. Th. 1. tit. 19. pr. Const. Elect. 19. 20. P. 3.

gari ⁴⁾ posse, vt proinde iudicum sit, secundum eandem iudicare ^{m)}: tamen illam, quum in facto posita sit ⁿ⁾, ante omnia probari oportebit. Nunc vero a Doctoribus haec, ad quam in nostra causa prouocant, consuetudo allegatur tantum, non et probatur. Neque enim vel vnum reperi scriptorem, qui hoc negotium in se susceperit, aut consuetudinis requisita in principium, quod defendunt aduersarii, cadere docuerit. Certe ad fidem consuetudini faciendam, vt recte monuit *Car. Fr. Walchius* ^{o)}, non sufficit vnus vel pluri-

1) §. 11. *Inst. de iur. nat. gent. et ciuil. L. 32. §. 1. D. de LL. C. 8. 11. X. de consuetud. Nec obstant L. 2. C. quae sit long. consuetud. et C. 4. dist. 11.* Si enim in his locis negatur consuetudinem vsque adeo sui valere momento, vt legem vincat, hoc quidem cum *Ios. Auernio Interpretat. iur. L. 2. c. 1. de propria consuetudinis indole intelligendum* puto, vt haec in se considerata suisque viribus et suo momento non sit potentior lege, sed omnino par, ideoque legem non tam vincat, quam tollat, non quod sit potentior, sed quod posterior. Nam si consuetudo legem vinceret, non solum tolleretur priorem legem, sed etiam posteriorem omnem excluderet.

m) *pr. Inst. de offic. iudic. L. 3.*

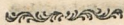
§. 6. *D. de rest. L. 1. C. quae sit long. consuetud. L. 3. C. de aedif. priuar. aurb. iubemus C. de iudic. C. 7. dist. 12. C. 19. X. de iureiur. C. 8. 9. X. de consuetud. C. 13. X. de foro compet. C. 42. X. de simon. C. 9. de offic. ord. in VI. Cammerg. Ordn. d. a. 1555. Tb. 1. Abschn. 13. §. 1. Tb. 1. Abschn. 57. Reichshofratsordn. d. a. 1654. tit. 1. §. 15. Rec. Imp. d. a. 1654. §. 105. Const. Elect. 42. P. 4. Appellat. Ger. Ord. d. d. 7. Oct. 1605. tit. Was für Rechts etc. in Cod. Aug. T. I. p. 1226.*

n) *L. 32. §. 1. D. de LL. C. 1. de constit. in VI.*

o) *Walchius Introduc. in controuerf. iur. ciuil. in prolegom c. 2. §. 15. edit. 3. Add. Sigism. Finkelthaus Diff. de consuetud.*

H

(Lipf.



plurium Doctorum, qui eandem affirmant, testimonium, sed rerum documentis opus est, quia consuetudo non ex arte discitur, sed ex factis, quibus homines vti sunt, oritur, et, quae facti sunt, prudentissimos quosque fallere ^{p)}, nec sola iuris auctorum quaestione decidi possunt ^{q)}. Quapropter, nisi consuetudo aliqua plene et ex omni parte fuerit probata ^{r)}, pro perpetuo iuris communis usu omnino militabit praesumptio, quia lex semper loqui intelligitur. Requiritur vero ad introducendam consuetudinem quam maxime, singulos, qui ei causam praebuerunt actus ea mente et intentione esse gestos, vt exinde iuris necessitas oriri deberet. Nam quod errore primum, deinde consuetudine factum est, in aliis similibus non magis obtinet ^{s)} eo, quod ex solo arbitrio vnus alteriusue accidit ^{t)}. Deinde consuetudo non efficitur ex factis diuersis ac dissimilibus, sed opus habet actibus

(Lipf. 1620) §. 19. Sam. Stryckius *Vf. modern. D. L. 1. tit. 3. §. 13.* Sam de Cocceii *Iur. ciuil. controuers. ex edit. quam recensuit Io. Ern. Bernb. Emminghausius L. 1. tit. 3. qu. 16. Ge. Ad. Struuius Synragm. iurispr. exercir. 2. §. 21.* qui tamen dissentit *Diff. de communi Dd. opinione §. 21.*

p) L. 2. D. de iur. et fact. ignor.

q) L. 32. pr. D. de usur.

r) L. 3. §. 6. D. de test. L. 36.

D. de LL. L. 4. D. de custod. et exhibit. reor. L. 1. 2. C. quae sit long. consuetud. L. 3. C. de aedific. priuar. C. 8. X. de consuetud. C. 10. X. de offic. archidiacon. alleg. Appellat. Ger. Ordn. d. a. 1605. Conf. Dau. Meuius *Decis. P. 4. dec. 2. 3.* Iust. Henn. Boehmerus *Consulte. et decis. iur. T. 1. P. 2. resp. 59. n. 12.*

s) L. 39. D. de LL.

t) Fr. Es. a Pafendorf *Obs. iur. vniu. T. 1. obs. 26.*

bus eiusdem generis, eodemque semper modo reiteratis *); quibus deficientibus potius secundum ius scriptum, quam secundum consuetudinem est pronunciandum *). Iam vero exempla, quae supra attuli, abunde euincunt, secundum scriptam Iustiniani legem *) inter mercatores etiamnum iudicari. Et licet contraria exempla adsint, ubi beneficium excussionis fideiussori, qui inter mercatores sponderat, est denegatum, tamen propterea statim consuetudinem correctoriam introductam esse, nollem affirmare, antequam ea, quae ad eiusmodi consuetudinem requiruntur, in facto probentur. Accedit ipsum quoque fori disputationem, rerumque iudicatarum auctoritatem ad ius consuetudinarium incommode referri, tum quoniam in ea desiderantur requisita illa ad stabilendam longam consuetudinem vulgo necessaria, tum quia tota nititur sententiarum frequentia, quae semper pro personarum causarumque diuersitate ipsae variant, tum vero maxime, quod iudex, cognito errore, casu obueniens, mutare sententiam et secus pronunciare potest, imo debet z). Multo

H 2

minus,

v) *L. 34. de R. I. L. 3. C. quae sit longa consuetud.*

x) *Io. Schilterus Prax. iur. rom in for. germ. exercit. 2. §. 21. Bened. Carpzouius Iurispr. forens. P. 2. c. 3. def. 22. Io. Voetius Comm. ad D. L. 1. rit. 3. §. 31.*

y) *Nou. 4. c. 1.*

z) *Chr. Thomafius Diff. de iure consuetud. et obseruanz. (Hal. 1699.) §. 59. Idem Diff. de singul. acquitat. L. unie. C. quando imperat. inter pupill. eiusque usu practico (Hal. 1725.) sect. 4. §. 4. in Io. Zangeri Opuscul. select. de except.*

minus, quod iam dudum *Augustin. a Leyser*^{aa)} praeclare monuit, vis aliqua esse potest eiusmodi obseruantiae iudicialis, quae legibus aperte aduersetur. Ac si vel maxime quis ostenderit, in vna alteraue Germaniae regione talem consuetudinem custodiri, tamen exinde iure concludi nequit, etiam in aliis prouinciis eandem vigere, siquidem communes et vniuersales consuetudines, nec olim existisse in Germania, nec hodie obtinere, omnes spero, qui iurium patriae non plane incuriosi sunt, me habiturum consentientes^{bb)}. Donec igitur probata fuerit consuetudo contraria, eandem plane nego, etiam si quis dixerit, eam inualuisse nullo et obseruantia mercantili, et huius rei gratia ad responsa in causis mercatorum data, quae vulgo *Parere* audiunt, prouocauerit. Quamquam enim magna est, teste *Paul. Jac. Marpergero*^{cc)}, huiusmodi responforum inter mercatores auctoritas, tamen cum *S. R. Ios. Lud. Ern. Püttmanno*^{dd)} recte mihi statuere videor

repr. et replicat. p. 321. sq. Inst. Henn. Boehmerus Exercit. ad D. exercit. 68. c. 2. §. 19. Io. Gottfr. Schaumburgius Einleit. zum sächs. Rechts. Tb. 1 exercit. 2. §. 18. Io. Henr. Chr. de Selchow Element. iur. germ. priuat. hodiern. §. 65. not. 3. Dau. Ge. Strubenius rechtl. Budenk. Tb. 1. Bed. 24.

aa) a Leyser mediz. ad D. sp. 9. m. 5.

bb) Chr. Henr. Eckhardus hermeneur. iur. (Lipl. 1779.) ex recens. C. Fr. Walchii L. 2. c. 1. §. 2. sq. Gottl. Hufelandius Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften, 1. St. n. 1.

cc) Marpergerus neu eröffnetes Handelsger. c. 3. in fin. p. m. 68.

dd) S. R. Püttmanns Grundf. des Wechselr. §. 187.

videor, eam ad solas quaestiones de negotiis mercantilibus pertinere, minime vero tunc quoque esse idoneam, si quaestio iuris incidat, utpote quae secundum argumenta ex legibus hausta vnice est decidenda. Deinde, monente *Iac. Fr. Ludouici*^{ee)}, haec responsa iudicem non adeo ligant, ut ab iis recedere non possit; siquidem solummodo meliori instructioni inferuiunt, et consiliorum vicem sustinent. Quodsi igitur iudici contrariae sententiae argumenta visa fuerint fortiora, potest et contra mercatorum responsa pronuntiare^{ff)}. Idem etiam asserendum videtur de receptis inter mercatores placitis, *Vsances* dictis, ad quae commode transfuleris illud Pontificis^{gg)}: *multa per patientiam tolerantur, quae, si deducta fuerint in iudicium, exigente iustitia non debeant tolerari*. Neque enim *Vsances* ius consuetudinarium faciunt, nisi probentur requisita, quae consuetudini a legibus sunt definita: quo nomine rursus *Marpergero*^{hh)}, saepius iam excitato, testimonium denuncio.

H 3

§. 10.

ee) *Ludouici Einleitz zum Wechselproc. c. 12. §. 4. add. Gottfr. Barthius Hodger. forens. civil. et criminal. c. 4. §. 4. not. e).*

ff) *Multa, quae ad hanc rem pertinent, accurate collecta reperiuntur in Io. Slüteri Diss. de respons. mercator. vulgo Parere. (Gieß. 1706.) et in Chr. Gottl. Riccii*

Exercit. in vniuers. ius cambial. exercit. 1. §. 22. n. 8. quare ab hoc argumento vberius exponendo consulto abstineo.

gg) *C. 18. in fin. X. de praebend. Conf. Io. Gottl. Siegelius Einleitz. zum Wechsel. im Vorber. §. 13. not. *.*

hh) *l. l. c. 7. p. m. 189 et 193. Add. Io. Gottl. Siegelius Einleitz.*

zum

§. 10.

Si fideiussio debitis cambialibus accesserit, quid iuris sit, inquiritur.

Nondum peracta est fabula. Superest, ut expendam, quid tunc obtineat, si mercatores aliiue fide pro debito alieno, quod litteris cambialibus continetur, interposita sese obligauerint, numque potestas fit creditori cambiali, relicto reo, eligendi fideiussorem, an vero hic, iure suo utens, teneatur tantum in subsidium, ut actor, exceptione excussionis opposita, ad debitorem principalem sit remittendus. Fideiussio, quemadmodum omnibus obligationibus, tam civilibus quam naturalibus effectu haud plane destitutis ^{a)}, ita et obligationibus cambialibus, siue haec ex cambiis propriis, siue ex transfatis oriantur ^{b)}, accedere potest. Id vero contingit duplici modo. Aut enim fideiussio oretenus vel in separata

sche-

zum Wechslr. im Vorber. §. 13.
Dierr. Aug. Brüchtingius Un-
terricht zum gründlichen Verstande
des Wechslr. in praemonit. §. 9. S.
R. Iosf. Lud. Ern. Püttmannus
Grundf. des Wechslr. §. 5.

a) §. 1. Inst. de fideiussor, L. 1.
6. §. 2. L. 7. 8. §. 1. 2. 6. L. 16.
§. 3. 4. L. 29. 35. 70. §. 3. 4. D.
eod. L. 16. §. 1. D. ad SC. Vellei.
L. 1. §. 2. L. 6. D. de V. O. L. 13.

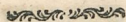
pr. D. de condiū. indebit. L. 18. D.
de SC. Macul.

b) Io. Gerb. Schlitte in nor. ad
Iac. Frid. Ludouici Einleit. zum
Wechslrproc. c. 4 §. 93. nor. f. Io.
Cbr. Franckius Instiur. iur. cam-
bial L. 2. sect. 2. tit. 4. §. 2. Io.
Gorrl. Siegelius Diss. select. iur.
Rigensf. cambial capit. explicat. atque
obseruar. illustrat. (Lipf. 1751.) §. 10.
in Io. Melch. Gorrl. Beseke Thefaur.
jur. cambial. P. 2. p. 1133. sq. Vinc.
Bau-

schedula, seu, vt vulgo loquuntur, extracambialiter facta, aut litteris cambialibus subnotata est, quo casu *aualli* nomine, ab Italis inuento, solet appellari. *Auallum* enim dico *fideiussio- nem pro alieno cambio ipsis litteris cambialibus adscriptam*. Inter vtrumque genus magna intercedit differentia. Illa enim, quam *extracambialem* vocare licet, intercessio nihil ab aliis *fideiussionum* formis differt, nec proinde rigori cambiali obnoxia est, sed ex iuris communis regulis aestimanda ^{c)}, quum *auallum* contra cambii naturam induat, et cambiali seueritati sublit, a correali ceteroquin obligatione rursus distinguen- dum

Baumannus *Diff. de obligat. hered. ex camb. defuncti debitor.* (Vl. tral. 1752.) §. 14. *ibid.* P. I. p. 122. sq. *Sebast. Henr. Gerckenius Diff. de iuribus fideiussor. cambial.* (Giesl. 1752.) §. 14. 15. 20. *ibid.* P. I. p. 886. sq. *Gottfr. Dan. Hoffmannus Diff. de officio et rustico cambians.* (Tüb. 1761.) §. 10. *ibid.* P. I. p. 697. sq. S. R. *Ios. Lud. Ern. Püttmannus Progr. de auallo.* (Lipf. 1781.) p. 7. quod etiam insertum Eiusdem *Aduers. iur. vniuers.* L. 3. p. 1. sq. *Chr. Gottl. Riccius de securitate pro cambiis per fideiuss. pignus vel hypothecam constituenda* (Goert. 1780.) *sect. 1. §. 21.* in *Eius Exercit. in vniuers. ius cambial. exercit. 7.*

c) *Io. Gottl. Heineccius Ele- ment. iur. cambial. c. 3. §. 28. c. 6. §. 10. Franckius Instit. iur. cambial. L. 2. sect. 2. tit. 4. §. 3. L. 2. sect. 7. tit. 20. §. 7. Io. Gottfr. Schaumburgius Princip. prax. iurid. iudicial. L. 2. c. 3. §. 4. schol. **.* *Siegelius Diff. select. iur. Ri- gens. cambial. capit. explicat. et obser- var. illustrat.* §. 10. *Io. Lud. Schmi- dius Comment. de fideiussor. principa- liter obligat.* §. 51. *not. 5. Io. Dan. Henr. Mulaeus Anfangsgründe des Wechsels.* §. 100. *Riccus Exercit. in vniuers. ius cambial. exercit. 7. sect. 1. §. 2. 24. S. R. Ios. Lud. Ern. Püttmannus Grundf. des Wech- sels.* §. 142.



dum *). Quae praemonenda duxi ideo, quia vsu rerum, quae in foris aguntur, edoctus cognoui, auallum et alias similes conuentiones mirum quantum inter se confundi, ac nonnunquam moueri lites, maxime temerarias, quibus vix locus esset futurus, si eas, quas dixi, differentias ICTi ac patroni causarum bene perspectas haberent. Ad formam aualli quod attinet, paucissimis verbis et plerumque ita:

Obige Post zahle ich, wenn der Schuldner manquirt. Leipzig am 13ten May, 1770.

Titius.

concipitur: quid, quod nonnullis videtur ad auallum sufficere, si quis vel solum nomen suum litteris cambialibus, a debitore subscriptis, adiciat. Placuit id *Io. Gottl. Heineccio* *), qui, *auallum*, inquit, *fit sola subscriptione litterarum cambialium*,

d) *Gottfr. Barthius Hodeger. forens. ciuil. et criminal. c. 4. §. 12. Io. Henr. de Berger Oeconom. iur. L. 3. tit. 3. th. 4. not. 6. Heineccius Element. iur. cambial. c. 3. §. 27. Riccius Exercit. in vniuers. ius cambial. exercit. 7. sect. 1. §. 3. Leonh. Henr. Lud. Ge. de Cangieser Decis. suprem. tribunal. appellat. Hasso-Casselan. T. 1. dec. 50. n. 11. Add. Ord. cambial. Borussico-Brandenburg. d. d. 30. Ian. 1751. arz. 13. in Vhlii Continuat. 1. corp. iur.*

cambial. Siegelian. p. 2. sq. O. P. S. R. appd. §. 13.

e) *Heineccius Element. iur. cambial. c. 3. §. 26. Idem censent Io. Max. Raumbergerus Instit. select. gentium Europaeae. in cambiis aliisque caus. mercantil. etc. c. 11. §. 2. Franckius Instit. iur. cambial. L. 2. sect. 2. tit. 4. §. 4. Ge. Guil. Ioecherus Diss. de person. vigor. cambial. subiect. (Helmst. 1725.) §. 17. in Befehle Thesaur. iur. cambial. P. 1. p. 628. sq. Schaum-*

cialium, ab uno conscriptarum: tunc enim primus est debitor, reliqui pro fideiussoribus habentur. Quibus expositis, iam inquirere lubet, an fideiussor ex auallo adiecto aequae ac debitor principalis iure teneatur cambiali? In qua quidem re non vna Doctorum est sententia. Sunt enim, qui hoc ex praescripto regulae negandum esse statuunt. Quam opinionem Io. Henr. de Berger f) responso adeo ICtorum Vitebergensium confirmare studuit. Audiamus ipsum Bergerum: aliud est, ait e), se obligare pro debitore cambiali, aliud se ipsum quoque cambii iure obligare. Nec sequitur: Caius fideiussit pro debitore, qui hypothecam bonorum eo nomine constituit; ergo ipse quoque facultates suas hypothecae obligasse censetur. Fideiussio stricti est iuris, et fideiussor efficacius, arctiusque se obligare potest; quidni igitur lenius interdum?

Sane

Schaumburgius *Princip. prax. iurid. indiciar. L. 2. c. 3. §. 4. schol. **, Siegelius *Diff. selecta iur. Ri gens. cambial. capita explicat. atque obseruat. illustrat. §. 10.* Gerckenius *Diff. de iuribus fideiussor. cambial. §. 14.* Baumannus *Diff. de obligat. hered. ex camb. defuncti debitor. §. 14.* Hoffmannus *Diff. de opifice et rustic. cambiant §. 10. de Cangieffer Decis. suprem. tribunal. appellat. Hasso-Casselae. T. 1. dec. 50. n. 9.*

f) de Berger *Oeconom. iur. L. 3. tit. 3. ib. II. nor. L. 4. tit. 30.*

ib. 4. not. 7. Idem *Comment de usu action. cum rei persecutor. tum in primis poenal. P. 1. c. 3. §. 17.* Idem *Elect. process. executiu. §. 52.* Hunc etiam sequuti sunt Io. Phil. Streit *Diff. positio. miscellan. ex iur. cambial. posit. sax. (Erf. 1723.) pos. 12. 13. in Beseke Thesaur. iur. cambial. P. 2. p. 1088 sq.* Io. Balb. a Wernher *Select. obseruat. forens. P. 1. obs. 173. n. 4.* Ioecherus *Diff. de personis rigor. cambial. subiect. §. 17.* et Gerckenius *Diff. de iuribus fideiussor. cambial. §. 12.*

g) de Berger *Elect. process. executiu. cir. loc.*

I

Sane in scdubio id fecisse praesumitur, ut propterea credendum non sit, obligationis cambialis circumstantiam non expressam, in persona etiam fideiussoris repetitam esse. Enimvero ex obligatione principali diiudicatur accessoria, scilicet quod ad rem debitam, non similiter quod ad obligandi modum. Neque vero captanda sunt verba: *Obige Post;* eidem licet instrumento adscripta, quum facile appareat, iis materiam, i. e. rem in obligationem principalem deductam, non formam et modum obligandi, indicari. Quae tamen argumenta tantum abest, vt me in Bergeri partes trahant, vt potius affirmantium sententia mihi multo probabilior esse videatur. Nam primum quidem creditor, dum fideiussorem adiit, vt nomen suum apponeret cambio, non videtur recessisse a iure cambiali, quod ipsi contra debitorem principalem competit. Deinde, qui documento, animo sese obligandi et sine vlla reservatione, subscribit, omnia eiusdem capita, omnesque effectus, ideoque et eos, qui modum obligationis determinant, approbat ^{b)}. Denique obligatio fideiussoris est accessoria naturamque obligationis principalis sequitur ⁱ⁾, quare, ex literarum cambialium subscriptione, a fideiussore facta, eiusdem in nexum cambialem, quippe qui ex indole negotii profluit, consensus recte colligitur. Quae quum ita sint, nihil obstare videtur, quo minus ille eodem iure, quo ipse debi-

^{b)} *Dau. Meuius Decis. P. 6. 16. 32. 34. D. eod. L. 91. §. 4. dec. 45. D. de V. O. L. 43. 93 §. 2. de falsz.*

ⁱ⁾ *§. 5. Inst. de fideiuss. L. 1. 3. 5. L. 5. §. 16. de instir. act.*

debitor principalis obligatur, censendus fit, iisdemque modis, quibus hic, ad soluendum adigi queat. Consentientem habeo praeter plures alios magni nominis Ictos ^{h)} in primis saepius laudatum Franckium ⁱ⁾, qui, *quacumque vero ratione, inquit, fideiussio in ipsis litteris cambialibus fiat; fideiussores pleno iure cambiali obstringi videntur.* Quo iure nos etiam in Saxonia Electorali uti, expresse constitutum est his verbis ^{m)}: *Auf gleiche Weise ist es auch zu halten, (vt scilicet iure cambiali teneatur,) wenn jemand unter einen von dem andern an den dritten ausgestellten Wechselbrief schreibt, das im Fall der Aussteller desselben*

I 2 die

k) Raumburgerus *Instit. select. gent. Europaeae. in cambiis aliisque causis mercantilibus etc. c. 11. §. 7.* Heineccius *Element. iur. cambial. c. 3. §. 26. 28. c. 6. §. 10.* Schaumburgius *Princip. prax. iurid. iudicial. L. 2. c. 3. §. 4. schol. **.* Siegelius *Diss. select. iur. Ri- gensf. cambial. capit. explicat. atque obseruat. illustrat. §. 10.* Gerckenius *Diss. de iuribus fideiussor. cambial. §. 21.* Hoffmannus *Diss. de opific. et rustic. cambianr. §. 10.* Mulaeus *Anfanggr. des Wechselr. §. 100.* H. W. von Günderrode *Beantwort. der Frage, ob der Indofsat gegen den Indofanten eines mit Prorest zurückgekommenen Wechsels, nach Wechselr. klagen könne? §. 5.* in Eiusd. *Bevträgen zur Rechtsge-*

lehrsamk. Geschichte und Münzwis- senssch. p. 102. Riccius *Exercit. in vniuers. ius cambial. exercit. 7. sect. 1. §. 2.* de Cangiesser *Decis. suprem. tribunal. appellat. Hasso-Cassellan. T. 1. dec. 50 n. 9.* S. R. Püttman- nus *Progr. de avallo. p. 11.* Idem *Grundf. des Wechselr. §. 142.* Guil. Aug. Fr. Danzius *Grundf. der summarischen Process. §. 42.* Inst. Fr. Runde *Grundf. des allgem. reutsch. Privatr. §. 237.* Conf. Andr. Flor. Riuius *Diss. de praerogatiua creditor. cambial. prae chirographar. (Viteb. 1749.) §. 5.* in Beseke *Thesaur. iur. cambial. P. 1. p. 876. sq.*

l) Franckius *Instit. iur. cambial. L. 2. sect. 2. tit. 4. §. 6.*

m) *Appd. O. P. S. R. §. 18.*

die Zahlung nicht leistete, er selbst bezahlen und dem Creditori Vergnügung thun wolle, ob er gleich nach Wechselrecht ausdrücklich sich nicht verschrieben. Eadem sanctio non solum in *Ordinat. cambial. Comitatus Hennebergici partis Schleusingensis* *) et in *Mandato Saxonico*, wie es mit dem Wechselverfahren in dem Markgrathum Oberlausitz gehalten werden soll °), repetita, sed etiam in nouam *Ordinat. cambial. Altenburgicam* °) translata legitur. Sic peruentum tandem est ad quaestionem, in qua cardo disputationis versatur: vtrum creditor, omisso debitore principali, statim conuenire fideiussorem cambialem queat, an vero hic beneficio excussionis, quo alii gaudent fideiussores, tueri se possit? In quo argumento ex iure communi decidendo, multum inter se digladiantur interpretes, quorum alii °) fide-

n) d. d. 2. Sept. 1748. §. 23. in *Cod. Aug. cont. T. 2. p. 1131. sq.* et in *S. R. Püttmanni Anmerkungen zur Leipz. W. O. p. 164. sq.*

o) d. d. 16. Nou. 1776. §. 11. in *laudari S. R. Püttmanni Anmerk. p. 214. sq.*

p) d. a. 1750. c. 1. §. 3. vid. *Franckius Instit. iur. cambial. in not. ad §. 6. tit. 4. sect. 2. l. 2. et Gerckenius Diff. de iuribus fideiussor. cambial. §. 15.*

q) *Marib. Bodius Diff. praefide Io. Gualthero defensa de cambiis.* (Marp. 1646.) z. b. 12. *Auctor der Anleit. zum gründlich. Verstande des*

Wechselr. quam edidit Io. Iac. Heydiger. c. 9. Henr. Zipffelius Diff. de resser. collybist. sect. 3. §. 9. in Befehle Thesaur. iur. cambial. P. I. p. 131. sq. Idem Kaufmanns-Complementariar, in Eiusd. Tract. von Wechselbriefen p. 446. vid. et Eiusdem judische Handelsfrau ibid. p. 709. Sam. Stryckius Diff. de cambial. litterar. acceptat. (Hal. 1698.) c. 5. §. 10. n. 3. in Befehle Thesaur. iur. cambial. P. I. p. 340. sq. Sam. Fr. Willenbergius Exercit. de incommodo transantis ob non accept. litter. cambii. (Gedan. 1702.) §. 8. ibid. P. I. p. 574. sq. Inst. Henn. Boeh-

fideiussoribus hanc exceptionem denegant, alii *) omnino concedunt. Equidem vt benigniori sententiae subscribam, et fideiussori auallum adiciendi ordinis beneficium saluum esse censeam, iisdem fere, e quibus supra iam hoc

I 3

auxi-

Boehmerus *Doctr. de action. sect. 2. c. 8. §. 45. litt. n)* Idem *Decis. et consultat. iur. T. 2. P. 2. resp. 1041.* Ludouici *Einleit. zum Wechselpr. c. 10. §. 10.* Hoffmannus *Diff. de opific. et rustic. cambiant. §. 10.* Schmidius *Comment. de fideiussor. principaliter obligat. §. 50. 51. 138.* de Cangiessaer *Decis. suprem. tribunal. appellat. Hasso-Cassellan T. 1. dec. 50. n. 10.* Add. Lud. Günrb. Martini *Comm. in process. iud. ord. rit. 39. §. 1. n. 373.* Ge. Ad. Struuius *Synagm. iurispr. exercit. 25. rh. 45.* Aug. Bened. Carpzouius *Diff. de cambiis. (Lips. 1677. rec. 1717.) rh. 29.* in Beseke *Theaur. iur. cambial. P. 1. p. 108. sq. Io. Balth. a Wernher Compend. iur. L. 4. rit. 29. §. 7.* Bergerus *Elect. process. executiu. §. 50.* Idem *Oeconom. iur. L. 4. rit. 30. rh. 4. not. 3.*

*) Io. Fr. Hoecknerus *Diff. de litterar. cambial. indoffam. (Lips. 1707. rec. ibid. 1721.) c. 3. §. 11.*

in Beseke *Theaur. iur. cambial. P. 1. p. 380. sq. Iac. Fr. Ludouici Diff. de muliere cambiant. (Hal. 1710.) §. 28. ibid. P. 1. p. 599. sq. Schaumburgius Princip. prax. iurid. iudicial. L. 2. c. 3. §. 4. schol. **.* Riccius *Exercit. in uniuers. ius cambial. exercit. 7. sect. 1. §. 3. S. R. Püttmannus Progr. de auallo, p. 14.* Idem *Grundf. des Wechselr. §. 142.* Danzius *Grundf. der summarischen Process. §. 42.* Add. Baumannus *Diff. de obligat. hered. ex cambio defuncti debitor. §. 14. et 21.* Heineccius *Element. iur. cambial. c. 3. §. 27. qui tamen c. 6. §. 10. not. ** cum reliquis inter fideiussionem extracambialem et auallum distinguere, et ex hoc beneficium ordinis excludere videretur. Gerckenius vero *Diff. de iuribus fideiussor. cambial. tam parum sibi constat, vt, quod §. 12. dixerat in causis cambialibus admitti exceptionem excussio- nis, §. 15. retractet, mox autem §. 16. rursus defendat, et paulo post §. 20. iterum contrarium statuat.*

auxilium fideiussoribus vniuersè asserui, rationibus commo-
veor. Etenim ius romanum excussionis tutelam, in aequi-
tate fundatam et iure veluti postliminii a Iustiniàno *Imp.*
restitutam, omnibus omnino fideiussoribus tribuit, nec ido-
nea intercedit ratio, quare iuris ciuilibus regula in fideiussoribus
cambialibus deferenda sit; de qua Iustinianeae legislationis in
nostro iuris articulo auctoritate eo minus dubitandum esse
censeo, quo magis fideiussio a natura negotii cambialis seiun-
genda, et tanquam conuentio cambio adiecta ex iure recepto
diuidicanda esse videtur. Cuius rei gratia prouoco non so-
lum ad testimonia auctorum grauissimorum, vt *Io. Max.*
Raumburgeri ^{v)} et *Chr. Gottl. Riccii* ^{v)}, sed etiam ad
varia exempla ordinationum cambialium quibus sententia iu-
ris romani expresse est confirmata. Sic in *ordinat. cambial.*
Borussico-Brandenburgica ^{v)}, haec leguntur: *Wenn mehrere Per-*
sonen

s) Raumburgerus *Iustit. se-*
lect. genz. Europaeae. in cambiis aliis-
que causis mercantilibus etc. c. 5. § 2.

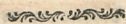
t) Riccius *Exercit. in vniuers.*
ius cambial exercit. I. §. 23. vid. et
Guil. G. Vangerow Ergänz. und
Anmerk. über den Entw. des Wechs-
selr. nach den Grundf. der preussisch.
Staaten §. 35. — 52. n. 9. Mu-
laeus Anfanggr. des Wechsels. §.
28. Steph. Brentano Grundf. des
Churpfälz. Wechsels. §. 10.

v) d. d. 30. Ian. 1751. art. 13.
in *Vhlil Cont. I. corpor. iur. cam-*
bial. Siegelian. p. 2. sq. Add. al'gem.
Gesetzbuch für die preussisch. Staa-
ten, Th. I. Tit. 14. §. 296. Cf.
Vangerow Entw. des Wechsels.
nach den Grundf. der preussisch. Staa-
ten, §. 108. et 110. Chr. Fr. Beh-
rens Anleit. zur Kenntniss von
Wechsels und Wechselgeschäfts. (Mag-
deb. 1794.) §. 61. sq.

sonen einen Wechselbrief ausstellen, so ist ein Unterschied zu machen, ob dieselben als Selbstschuldner, correi oder mit der formula in solidum oder einer für beyde den Wechsel ausstellen, und kann in diesem Falle keine Exceptio ordinis oder diuisionis opponiret werden, wenn auch schon der Creditor dem einen correo den Wechsel prorogiret hätte. Wenn aber der Wechsel in singulari gefasset, und von mehrern Personen unterschrieben wird, kann nur der erste nach Wechselrecht condemniret werden, der andere aber wird als Bürge angesehen. Wenn einer nur als Bürge den Wechsel unterschreibt oder mündliche Sicherheit für den Wechselschuldner verspricht, oder den Creditorem nach Verfall des Wechsels dahin disponiret, daß er den Wechsel prorogiret, und ihn eine Zeit zur Zahlung gegeben hat; so bleibet es wegen des Bürgen bey denen gemeinen landüblichen Rechten. En egregium locum, qui multum ad rem meam conducit! Nec quicquam interest, siue negotium inter mercatores, siue inter alius generis homines agatur, quia mercatores, deficiente singulari priuilegio, iure cum reliquis ciuibus communi vtuntur. Cui tamen iuris communis regulae per nonnullas leges particulares *) esse derogatum, nolumus diffiteri. In quem censum
venit

*) Französische Wechselord. d. a. 1673, tit. 5. arr. 33. in Io Chr Koenigs Anmerk. zur Leipziger W. O. p. 574. et in Io Goril Siegelii Corp. iur. cambial. P. 1. p. 459. Alrenburg. neue W. O. d. a. 1750. c. 1. §. 3. vid. quoque Ordinar. cambial. Teueran. d. a. Zerbst.

II. Jun. 1725. §. 25. calci S. R. Püttmanni aduersar. iur. vniuers. L. 3. adiecta. Plures commemorauit Ioach. Phil. Behmius Diff. de natur. et indol. except. in caus. cambial. occurrent. (Goett. 1783.) §. 6. not. 1.



venit etiam ius Saxoniae Electoralis ⁹⁾, siquidem Summus Legislator in loco antea laudato ita pergit: *gestalt dem auch dergleichen Caventen weder das beneficium excussionis, noch einige Nachsicht, wenn er sich solche bey der Unterschrift nicht mit bedungen, hierbey zu statten kommen mag; quae sanctio verbotenus quoque in Ordinat. cambial. Comitatus Hennebergici partis Schleusingensis ²⁾ et in Mandato Saxonico: wie es mit dem Wechselverfahren in dem Markgraftum Oberlauffitz gehalten werden soll ^{aa)}*; occurrit. Itaque ex iuris Saxonici Electoralis principiis in solo auallo, non aequae in alius generis intercessionibus, fideiussores excussionis beneficio privati intelliguntur. Quare fideiussor extracambialis, ante debitorem principalem conventus, etiam apud nos, siue inter mercatores, siue inter alios causa agitur, recte se tuebitur auxilio iuris communis patria lege hac in specie minime abrogati ^{bb)}.

§. II.

An et quatenus mercatores ex commendatione obligentur?

Antequam vero finem huic dissertationi imponam, non extra oleas vagari mihi videor, si coronidis loco disquiram,
vtrum

9) *Append. legis iudiciar. repetit.*
praelect. §. 18.

2) §. 23.

aa) §. II.

bb) *Mich. Henr. Griebnerus*
Discurs zur Erläuter. der Churfürstl.
Sächs. alten und verbesserten Proceß-
ordn. ad §. 18. append.

trum commendatio, quippe quae, teste experientia, inter mercatores maxime frequentatur, hos obliget, si is, cui debitorum futurum commendarunt, fidem commendantis sequutus fuerit; numque, posita obligatione, ad beneficium ordinis prouocare tuto possint? Sub *commendatione* autem intelligo *laudationem*, qua persona quaedam alterius benevolentiae et auxilio, ad exhibenda ei humanitatis officia, insinuat^a). Quae an omnino eius sit indolis, ut obligationem producat, iuvat quaestione anticipare, siquidem ab hoc praeiudicio decisio ipsius argumenti propositi pendere videatur. Neque tamen diuersas Ictorum sententias, et, quae plerumque ex his nascuntur, iudiciorum variationes, in hac quaestione obuias, recensere animus est, quum eius rei otium nobis fecerint *Pet. Schultzius*^b), *Nic. Chr. Lynckerus*^c), *C. Godofr. Ittigius*^d), *Casp. Achat. Beckius*^e), *Chr. Lud. Crellius*^f),
Fr.

a) Alio sensu commendare occurrit in L. 186. D. de V. S. L. 14. §. 4. D. de religios. L. 24. 26. pr. D. de posit. L. 6. 9. C. cod. et C. 15. de elect. in VI. vbi est i. q. deponere. Conf. Io. Gorll. Heineccius Element. iur. germ. T. I. L. 2. tit. 13. §. 362. not. *. C. Ferd. Hommelius Rhaps. quaest. obs. 541.

b) Schultzius *Diff. de iure commendat.* (Fris. ad Viadr. 1676.)

c) Lynckerus *Diff. de commendat. special.* (Ien. 1693.)

d) Ittigius *Diff. de falso laudant. ex dolo conueniend.* (Lips. 1715.)

e) Beckius *Diff. de eo quod iust. est circa commendat.* (Ien. 1716.)

f) Crellius *Diff. de laude nuda in primis iudicial. et legisim.* (Viteb. 1751.) s. 2.

Fr. Gottl. Zollerus ^{g)} et Chr. Gottl. Riccius ^{h)}). Imo, ut quid equidem sentiam, statim exponam, non absque legum auctoritate ⁱ⁾ negare mihi videor commendationis, siue generalis,

g) Zollerus *Progr. an special. commendat. obligat. efficiat.* (Lips. 1774.)

h) Riccius *de litteris auctoritat. de litter. commendatit. et de induciis.* (Goett. 1781.) *sect. 2. §. 27. sq. in Eiusd. Exercit. in uniuers. ius cambial. exercit. 9.*

i) L. 20. D. de his qui norant. in fam. L. 1. §. 14. D. de pos. L. 12. §. 12. D. mand. L. 7. §. 10. L. 37. D. de dol. mal. L. 11. §. 2. D. de legat. 3. L. 19. pr. D. de aedit. edit. L. 2. D. de proxener. L. 13. C. quod cum eo qui in alien. potest. Eandem sententiam tuentur Andr. Alciatus *Parerg. iur. L. 2. c. 12.* Iac. Gothofredus *ad Cod. Theodos. L. 2. tit. 31.* Anr. Heringius *Tract. de fideiussor. c. 18. n. 8. sq.* Casp. Manzius *Tract. de fideiussor. c. 5. n. 33. sq.* Io. Marquardus *Tract. de iure mercator. et commercior. singular. L. 2. c. 11. n. 66. sq.* Dau Meuius *Comm. in ius Lubecens. L. 3. tit. 10. art. 1.* Bened. Carpzovius *Iurispr. forens. P. 2. c. 18. def. 24. P. 2. c. 20. def. 10.*

Eric. Mauritius *Consil. f. respons. P. 1. consil. Chiloniens. 27. n. 39. sq.* Io. Brunnemannus *Comm. in D. ad L. 12. §. 12. mand. et Comm. in C. ad L. 7. et tit. n. 2. et ad L. 13. quod cum eo; qui in alien. potest. Sam. Stryckius *Diff. de iure persuas. (Frif. 1678.) c. 1. n. 39. Idem Praelect. de cautel. contract. necessar. L. 2. tit. 11. §. 19.* Io. Fr. Rhetius *Diff. de iure fideiussor. (Frif. cis Viadr. 1681.) c. 4. n. 17.* Iac. Fr. Ludouici *Doctrin. D. L. 17. tit. 1. §. 4.* Chr. Andr. Remerus *de vero obligat. valore. sect. 2. c. 21. §. 42.* Io. C. Dietrich *Diff. de fideiussor. (Arg. 1726.) c. 6. p. 107.* Eu. Otto *Comm. ad Instit. ad §. 6. mand.* Io. Godofr. Schaumburgius *Annotat. ad Ge. Ad Struuii Iurispr. rom. germ. forens. L. 3. tit. 15. aphor. 7.* Augustin a Leyler *Medit. ad D. sp. 182. m. 1. 2. sp. 681. m. 16. 17.* Dau Ge. Strubenius *reclit. Bedenk. Tb. 1. Bed. 175.* Io. Lud. Schamidius *Lib. singul. de fideiussor. plane non obligat. §. 32.* Add. Sebast. Henr. Gerckenius *Diff. de iuribus fideiussor. cambial. §. 13.**

neralis, siue specialis, qua creditor motus est, vt cum debitore, cuius conditionis ipse ignarus esse haud debet ^k), contraheret, obligationem. Ac primo quidem, quod quis commendandi consilio dixit, sic habendum est, quasi neque dictum, neque promissum esset ^l). Qui igitur personam alteri commendat, se ipsum obligare velle non praesumitur; quumque sine animo obligandi nulla constituatur obligatio ^m), nec commendationi haec vis inest, vt ultra commendantis intentionem obligationi causam praebet. Deinde, sicut nemo ex consilio suo obligatur ⁿ), ita nec per commendationem arctius vinculum contrahitur, siquidem in laudantis potestate minime est efficere, vt tertius commendationi suae locum relinquat, quum a creditoris voluntate omnino dependeat, vtrum eam sequi velit nec ne ^o). Ex his igitur prono alueo fluit, commendationem, siue generalem, siue specialem, neminem obstringere, nisi accesserit singularis causa, obligationem inducens. Haec vero petenda est vel ex clara legum sanctione ^p), vel ex commendantis dolo ^q), (qui non ex

K 2

euentu

k) L. 19. D. de R. I. Conf. C. Ferd. Hommelius *Rhapf. quaest. obs.* 559.

l) L. 37. D. de dol. mal.

m) arg. L. 3. §. 1. 2. D. de O. et A. iunct. L. 20. pr. §. 1. de acquir. hered. L. 39. D. de furt.

n) §. 6. *Inst. de mand.* L. 2. §. 6.

L. 10. §. 7. D. eod. L. 47. pr. D. de R. I. C. 62. eod. in VI.

o) G. Beyerus *Delineat. iur. civil. sec. instit.* L. 3. tit. 27. pos. 9.

p) Sic iure rom. ii, qui alios ad publica munera nominauerunt, administrationis periculum suscipere compelluntur: L. 2. C. de pericul. nomi-

euentu dumtaxat, sed ex consilio quoque diiudicatur r)) vel ex eiusdem culpa lata r)). Qua distinctione admissa, omnes nubeculae, quae tam in finibus commendationis generalis et specialis regundis, quam in decisione casuum obuenientium veritati officijunt, dispelli possunt, dum duplex commendationis genus statuamus, *simplicis* s. *nudae*, et *qualificatae*. *Simplicem* enim, s. *nudam* voco, quae causa speciali, cui vis obligandi inest, caret, *qualificatam* vero, cui haec causa accedit. Qui igitur alios commendant, non solum dolo vacare sed etiam caute agere, et in mente habere debent, quae apte mouit Horatius r)):

*Qualem commendes, etiam atque etiam respice: ne mox
Incuriant aliena tibi peccata pudorem.
Fallimur, et quondam non dignum iradimus, ergo
Quem sua culpa premet, deceptus omittite iuari;
Vt penitus norum.*

Itaque deficiente lege, dolo aut lata culpa laudantis, deficit quoque eius obligatio. Me quidem haud fugit, esse plures
eos-

*nominator. L. 2. 3. 4. C. quo quisque
ordine conueniatur. Eodem modo te-
neri constat eos, qui minus idoneum
tutorem commendauerunt: L. 4. §.
3. D. de fideiusfor. et nominator. L. 2.
§. 36. D. ad SC. Terrull.
q) L. 7. §. 10. L. 8. §. 1. L. 37.
D. de dol. mal. L. 43. §. 2. D. de
contrab. emr. vendit. L. 13. §. 4. D.
de act. emr. L. 3. D. de proxenet.
r) L. 79. D. de R. I.
s) arg. L. 13. §. 3. D. de act. emr.
L. 17. §. 20. L. 9. §. 1. D. de
aedil. edict. L. 43. pr. D. de contrab.
emr. L. 42. D. mand.
r) L. 1. epistol. 18. vers. 76. sq.*

eosdemque maximae famae ICTos *), qui commendationem etiam tunc actionem contra commendantem producere existiment, si ex verbis factisue commendantis mens et voluntas obligationem in se recipiendi appareat, quam *commendationem specialem* appellant. Verum enim vero, si talis animus elucet, non tam commendationem, quam aliam conventionem sua natura obligatoriam habemus, uti iam dudum Zollerus *) docuit. Omnes enim leges **), quas pro sua opinione allegare solent interpretes, quos laudavi, neutiquam de commendatione, sed potius de mandato, iussu, alioue negotio obligatorio agunt, et sententiam meam magis

K 3

con-

v) Lüd. Menckenius *Theor. et prax. D. L. 17. tit. 1. §. 1. 2.* Lynckerus *Diff. de commendat. special. c. 1. rb. 15.* Iust. Henn. Boehmerus *Introduct. in ius D. L. 17. tit. 1. §. 11.* Iac. Fr. Ludouici *Vf. pract. distinct. iurid. L. 17. tit. 1. dist. 4. not. B. Io. Balb. a Wernher Obs. forens. P. 6. obs. 372. et 495.* Io. Henr. de Berger *Oecon. iur. L. 3. tit. 1. §. 34. not. I.* Schaumburgius *Annorat. ad Struuii iurispr. L. 3. tit. 15. apbor. 7.* Chr. Lud. Crellius *Diff. de pericul. obligar. alien. sine fideiuss.* (Viteb. 1754.) §. 9.

x) Zollerus *Progr. an special. commendat. obligar. efficiat.* Videfis

quoque *Bened. Carpzonium Decis. dec. 126.* *Dau. Meuium Decis. P. 8. dec. 120.* *Beyerum Delinat. iur. civil. sec. Instit. L. 3. tit. 27. post. 9. not. I.* *Iust. Henn. Boehmerum Exercit. ad D. exercit. 62. c. 2. §. 14.* *Strubenium recbrl. Bedenk. Th. 1. Bed. 175.* Re ipsa quoque mecum facit *Riccus Exercit. in uniuers. ius cambial. exercit. 9. sect. 2. §. 31.* licet in verbis dissentire videatur.

y) *L. 5. §. 10. D. de instit. act. L. 24. D. de fideiussor. et mandar. L. 12. §. 13. L. 42. D. mand. L. 7. C. cod. L. 13. C. quod cum eo, qui in alien. potest.*

confirmant, quam evertunt. Eodem quoque modo rem expedit Serenissimus patriae nostrae Legislator ²⁾, dum haec constituit: *Wann einer ^{aa)} vorsätzlich und wissenlich eine solche Person, so keine Mittel zu bezahlen, rühmet, und andere Leute ihm, als einen guten Mann, zu trauen und bey dem keine Gefahr sey, durch solch Vorgeben zu einem Anlehen, oder sonst Credit zu geben bewegt, oder verspricht Er wolle verschaffen, daß der Creditor bezahlt werde, oder doch ohne Gefahr seyn solle; So oränen und setzen Wir, daß eine solche Person um dieser Rede willen, wosfern der Schuldner die Zahlung nicht leisten kann, vor die erborgte Summa oder getraute Wahren haften und gelten solle. Wenn Er aber keine verbindliche Worte gebrauchet, sondern nur entweder eine bloße Intercession vor einen andern eingewendet, oder seinen Fleiß bey der Zahlung anzuwenden versprochen, so mag er auch deswegen actione mandati oder in factum, oder auch sonst beständiglich nicht belanget, noch die Zahlung vor den andern zu leisten angehalten werden ^{bb)}.* Recte igitur

²⁾ Decif. Elect. 42. d. a. 1661. in Cod. Ang. T. 1. p. 316. ad quam vide Tob. Barthium Dissens. in prax. praesim. iure sax. occurrent. cent. 3. diff. 234. et Augustin. a Leyser medir. ad D. sp. 521. m. 10. qui iusta laude hanc legem prosequitur, dum eam recta ratione et analogia iuris ciuilibi niti atque ideo vel extra Saxoniam iure obseruari ostendit.

^{aa)} Vnde recte inferitur, hanc

decisionem omnes Saxoniae ciues obligare, nec ad solos mercatores pertinere, obseruante Ittigio Diff. de falso laudant. ex dol. conueniend. §. 12.

^{bb)} Conferri quoque merentur, quae hac de re disposita sunt in Bayrischen Landr. tit. 14. §. 5. et in Statut. der Stadt Lübeck. L. 3. tit. 10. art. 1. Vid. Meuius ad h. l. iur. Lubecens. Auc. Dider. Gürtelchouius Diff. studia Lubecens. pro-

igitur Scabini Lipsienses ao. MDCCCXIX teste Io. Gottl. Siegelio^{cc}), responderunt: *Die weil Kläger weder darauf libelliret, dasß Beklagter, als er Caspar Heinrich Schillingen an ihn recommendiret, zur Zahlung sich verbindlich gemacht, noch auch, dasß derselbe dolose gerühmet, als ob bemeldter Schilling Mittel zu bezahlen habe; So ist Beklagter auf die wider ihn erhobene Klage, maassen sie anbracht, sich einzulassen nicht schuldig.* Iam, quae de obligatione laudantis in genere exposui, locum quoque omnino inueniunt inter mercatores, qui alios commendauerunt, quum neque lex adsit, neque idonea ratio appareat, cur commendationibus inter negotiatores obuiis vulgo vis obligandi sit adscribenda, quod ne solus ac temere asserere videar, testes nomino Io. Balth. a Wernher^{dd}), Remerum^{ee}), Bergerum^{ff}), Schmidium^{gg}), Mich. Godofr. Wernherum^{hh}) et Ricciumⁱⁱ). Neque tamen desunt, qui contrariae opinioni subscribunt^{kk}), duabus potif-

promouendi commercia, in primis nominatissimae auxil. (Goett 1788.) § 16.

cc) Siegelius in sentent. atque respons. corp. iur. cambial. adiect. P. 2. n. 22, p. 218.

dd) a Wernher Obs. forens. P. 6. obs. 495.

ee) Remerus Tract. de vero obligat. valore. sect. 2 c. 21. §. 42.

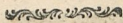
ff) de Berger Oecon. iur. L. 3. tit. 5. th. 34. nos. 1.

gg) Schmidius Lib. singul. de fidemssor. plane non obligat. §. 32. nos. c.

hh) Wernherus Lectiss. commentar. ad D. L. 17. tit. 1. §. 11.

ii) Riccius Exercit. in uniuers. ius cambial. exercit. 7. sect. 1. §. 20. exercit. 9. sect. 2. §. 28.

kk) Sigism. Finckelthaus Obs. pract. obs. 16. Io. Koeppenius Decis. qu. 36. n. 9. Wolffg. Ad. L. auterbachius Diff. de iure in curia mer-



potissimum rationibus adducti, tum, quod inter mercatores, quorum maxime intersit, solutionem iusto tempore fieri, commendans semper fideiubere vel mandare conseratur, tum, quod in hoc hominum genere fides exuberare potius, quam vacillare debeat. Sed haec argumenta tanti non sunt ponderis, vt iisdem ad hanc opiuiionem amplectendam me commoueri patiar. Primum enim com-

mercator. usuar. (Tüb. 1655.) *ib.*
 172. Idem *Colleg. D. L.* 17. *tit.*
 1. §. 16. Io. Philippi *Obs. ex*
decis. elect. sax. ad dec. 42. *obs.* 1. n.
 30. Idem *Vf. pract. Instit. Justin.*
L. 3. *ect.* 82. n. 14. *sq.* Carp.
 zouius *Iurispr. forens.* P. 2. c. 18.
def. 24. n. 7. *sq.* Meuius *Comm.*
in ius Lubecens. P. 3. *tit.* 10. *art.*
 1. n. 40. Brunnemannus
Comm. in D. ad L. 12. §. 12. *mand.*
et Comm. in C. ad L. 13. *quod cum*
eo qui in alien. potest. Schultzius
Diff. de iure commendar. c. 2. §. 45.
 Stryckius *Diff. de iure persuas.*
 c. 3. n. 24. Lynckerus *Diff. de*
commendar. special. c. 4. *ib.* 2. *in*
fin. Io. Kleinii *Progr. quod in-*
est Eius Vol. Diff. p. 974. Boeh-
 merus *Introduct in ius D. L.* 17.
tit. 1. §. 11. Ludouici *Doctr.*
D. L. 17. *tit.* 1. §. 4. Idem *Vf.*
pract. distinct. iurid. L. 17. *tit.* 1.
dist. 4. Beyerus *Delineat. iur. ci-*

vil. sec. Instit. L. 3. *tit.* 27. *posit.*
 9. *nor.* 1. *et posit.* 10. Idem *Deli-*
neat. iur. germ. L. 1. c. 14. *posit.*
 29. Bécarius *Diff. de eo quod iust.*
est circa commendar. c. 2. §. 30.
 Schaumburgius *Annotat. ad*
Struuii iurispr. L. 3. *tit.* 15.
aphor. 7. Heineccius *Element.*
iur. ciuil. sec. ord. D. P. 3. §. 235.
not..* Baumannus *Diff. de obli-*
gat. hered. ex cambio. defuncti debi-
tor. §. 14. C. Aug. Brehmius
Diff. de probat. ex libris mercator.
practice S. R. et Illustr. Henr.
Godofr. Bauero habita (Lipf.
 1784.) c. 1. *not. b.* Add. *Sum.*
 Stryckius *Vf. modern.* D. L. 17.
tit. 1. §. 10. Auctor *responsi apud*
Wernherum Obs. forens. P. 1.
obs. 167. Pet. Henr. de Thielle
Diff. de praxi iurid. circa commerc.
 (Arg. 1733.) §. 2. Io. Dan. Henr.
 Mufaeus *Grundf. des Hand-*
lungsr. §. 30.

commendans, vti iam monui, non habet animum sese obligandi, quod secus est in fideiussore et mandante. Si igitur huius sententiae auctores putant commendantem inter mercatores fideiussori vel mandanti esse equiparandum, procul dubio obligationem praesumunt, quae neque lege aliqua, neque facto confirmatur. Ipse adeo Carpzouius^{ll)}, licet ceteroquin a me dissentiat, tamen multo minus, ait, *tenebitur, ceu fideiussor, qui persuasionibus induxerit aliquem ad mutuo dandum alteri pecuniam, — — nulla enim hic praecessit promissio adeoque nec obligatio; et alio loco^{mm)}, ex sola et nuda commendatione, inquit, fideiussio non inducitur, nec commendans debitorem de opulentia et quod soluendo sit, instar fideiussoris conueniri potest, quia aliud est mandare, aliud commendare. Neque actus agentium quicquam operantur ultra eorum intentionem, nec eos ulterius obligant. Atqui indubitatum est, illos, qui aliquem commendant, nequaquam hoc agere, vt fidem suam pro ipso obstringant, sed solum vt ipso commendato maior fides habeatur. Sic etiam aliiⁿⁿ⁾, et inter hos*

non-

ll) Carpzouius *Iurispr. forens.* P. 2. c. 18. def. 1.

mm) Idem l. l. P. 2. c. 20. def.

10.

nn) Anr. Heringius *Tract. de fideiussor.* c. 18. n. 8. Casp. Manzius *Tract. de fideiussor.* c. 5. n. 34. Casp. Zieglerus *Diss. de fideiussor.* (Viteb. 1657.) § 5. Dau. Meuius *Comm. in ius Lubecens.* P. 3. tit. 10. art. 1. n. 9. Brunne-
mannus *Comm. in D. ad L. 12.*

§. 12. *mand. et Comm. in C. ad L. 7. eod. et ad L. 13. quod cum eo qui in alien. potest. est.* Sam Stryckius *Praelect. de cautel. contract. necessar. sect. 2. c. 6. §. 1.* Menckenius *Theor. et prax. D. L. 17. tit. 1. §. 1.* Ludouici *Doctr. D. L. 17. tit. 1. §. 4.* Io. Balbh. a Wernher *Manual. D. L. 17. tit. 1. §. 9.* Barthius *Dissens. in prax. cent. 3. diss. 235. n. 1.* Io. Godofr. Schaumburgius *Einleit.*

L

zum

nonnulli eorum, qui putant solam commendationem inter mercatores obligationem producere, recte negauerunt commendationem inducere fideiussionem, aut pro mandato esse, siquidem vtrumque negotium toto coelo differt, quemadmodum ex pluribus iuris ciuilibus locis^{oo)} Ger. Noodtius^{pp)} opportunè demonstrauit. Nec vitae genus, quod mercatores sequuntur, in causâ esse potest, vt negotium in aliud degeneret. Deinde, quod ad alterum argumentum attinet, quamvis verissimum sit, inter mercatores opus esse fide exuberantissima, nec quidquam fidei eorum magis conuenire, quam vt promissa quam religiosissime seruentur: tamen et hoc mihi concedi cupio, mercatorem nihilominus fidem suam tueri, licet non soluât, vbi non obstrictus est; quia alias colligi posset, mercatores ex omnibus omnino dictis factisque obligari, ex quibus alius quisque, qui mercator non sit, nullo iure teneatur. Imo alter, qui commendationem sequutus est, contra bonam fidem agere censetur, quum quid sine iure a commendante exigit. Salua igitur ac illibata stat sententia, ex qua, inter mercatores commendationem solam vim obligandi habere, negaui, nisi alia superuenerit causâ obligationis. Iam altera oritur quaestio, vtrum, si obligatio commen-

zum sachs. Rechte Th. 3. sect. 2. exercit. 7. §. 12. Bergerus Oecon. iur. L. 3. tit. 5. ib. 34. not. I. Heineccius Element. iur. ciuil. sec. ordin. D. P. 3. §. 235. Io. Aug. Hellfeldius Iurispr. forens. sec. D. ordin. §. 960. Riccius Exer-

cit. in vniuers. ius cambial. exercit. 9. sect. 2. §. 28. not.*.

oo) Vid. L. 12. §. 12. D. mand. L. 19. pr. D. de aedilit. edit.

pp) Noodtius Probabil. iur. ciuil. L. 4. c. 12. §. 2.

mendantis inter mercatores extra omnem dubitationem posita est, statim hic creditori, nomen, omisso debitore principali, persequenti, satisfacere obstrictus sit, an potius exigere possit, ut debitor prius conueniatur? Equidem ordinis beneficium, quale fideiussoribus competere probaui, etiam commendantibus asserere non dubito⁹⁹⁾, licet causa inter mercatores agatur. Rationes enim, quae pro hac beneficii, quod dixi, interpretatione militant, sunt maxime generales, nec cessant in litibus ex commendatione inter mercatores ortis. Et enim non excusso debitore, spes suum consequendi creditori nondum adempta est, et obligatio commendantis eatenus tantum adest, quatenus damnum dederit, de quo tamen prius constare nequit, quam debitore frustra excusso¹⁰⁰⁾. Praeterea ratio aequitatis, ex qua Iustinianus¹⁰¹⁾ omnibus omnino intercessoribus beneficium excussionis indulgit, ut nimirum prius ad eum, qui aurum accepit, debitumque contraxit, quam ad illum, ad quem nulla ex hoc negotio regulariter

vtili-

99) Cf. Ant. Heringius *Tract. de fideiussor.* c. 18. n. 17. Quir. *Sept. Flor.* Riuius *Specim. except. forens. exhib. dilator.* c. 38. n. 1. Dau. Meuius *Comm. in ius Lubecens.* P. 3. tit. 10. art. 1. n. 41. Sam. Stryckius *Vf. modern.* D. L. 17. tit. 1. §. II. Lynckerus *Diss. de commendat. special.* c. 4. tb. 20. 21. Io. Dau. Thoennikerus *Advocat. prudens in for. ciuil. scilicet.* 6. n. 115. Io. Balth. a Wernher *Obj. forens.* P. 6. obs. 495. Bar-

thius *Dissens. in prax. cent.* 3. *diss.* 235 n. 2. Riccius *Exercit. in vniu. rs. ius cambial. exercit.* 9. *scilicet.* 2. §. 31. et 39. Dissentiunt Henr. Zipffelius *im Kaufmanns Complementary.* in Eius *Tract. von Wechselbrief.* p. 446. Beckius *Diss. de eo quod inst. est circa commendat.* c. 2. §. 36.

100) arg. *L. 21. D. de solut. L. 116. D. de V. O.*

101) *Nou. 4. c. 1.*

utilitas peruenit, eatur, etiã commendantibus inter mercatores optimo iure applicatur. In Saxonia vtique nostra nullum est dubium, quin commendantibus, siue res inter mercatores siue inter alius generis personas vertatur, ordinis exceptionem vtiliter opponere integrum sit, quod satis superque ex allegat. *Decis. Elect.* verbis generalibus: *wosfern der Schuldner die Zahlung nicht leisten kann; secundum tritum illud: vbi lex non distinguit, nec Ictorum est distinguere; acceptis, elucescit. Quapropter Scabini Lipsienses Mensis Decembre MDCCCLXXXIII. a iudicio mercatorio, quod Lipsiae floret, consulti, in causa I. L. N. contra I. B. hunc in modum pronunciauerunt: Dieweil aus der Klage, das Beklagter bey der, dem Angeben nach, für B. N. wegen der von letzterm bey Klägern erborgten Waaren geleisteten Bürgschaft, den Rechtswohlthaten, so den Bürgen zu statten kommen, entsaget, ingleichen das gedachter B. N. in schlechten Vermögensumständen sich befinde, und Beklagter wissentlich, das derselbe keine Zahlung leisten könne, selbigen dem Kläger, um ihm Waaren auf Credit zu geben, blos aus Gefährde empfohlen habe, nicht zu ersehen, dieses aber den Rechten nach, und besonders nach Vorschrift der XLIIten Churfürstlich Sächsischen Decision die nöthigen Erfordernisse sind, welche bey einer entweder aus einer Bürgschaft, oder Empfehlung, ohne das vorher der Hauptschuldner ausgeklaget worden, wider den Bürgen, es mag solcher ein Handelsmann seyn oder nicht, anzustellenden Klage zum Grunde derselben geleyet werden müssen; so hat Klägers Suchen, inmaassen es angebracht, nicht statt.*

Von Rechtswegen.





ULB Halle

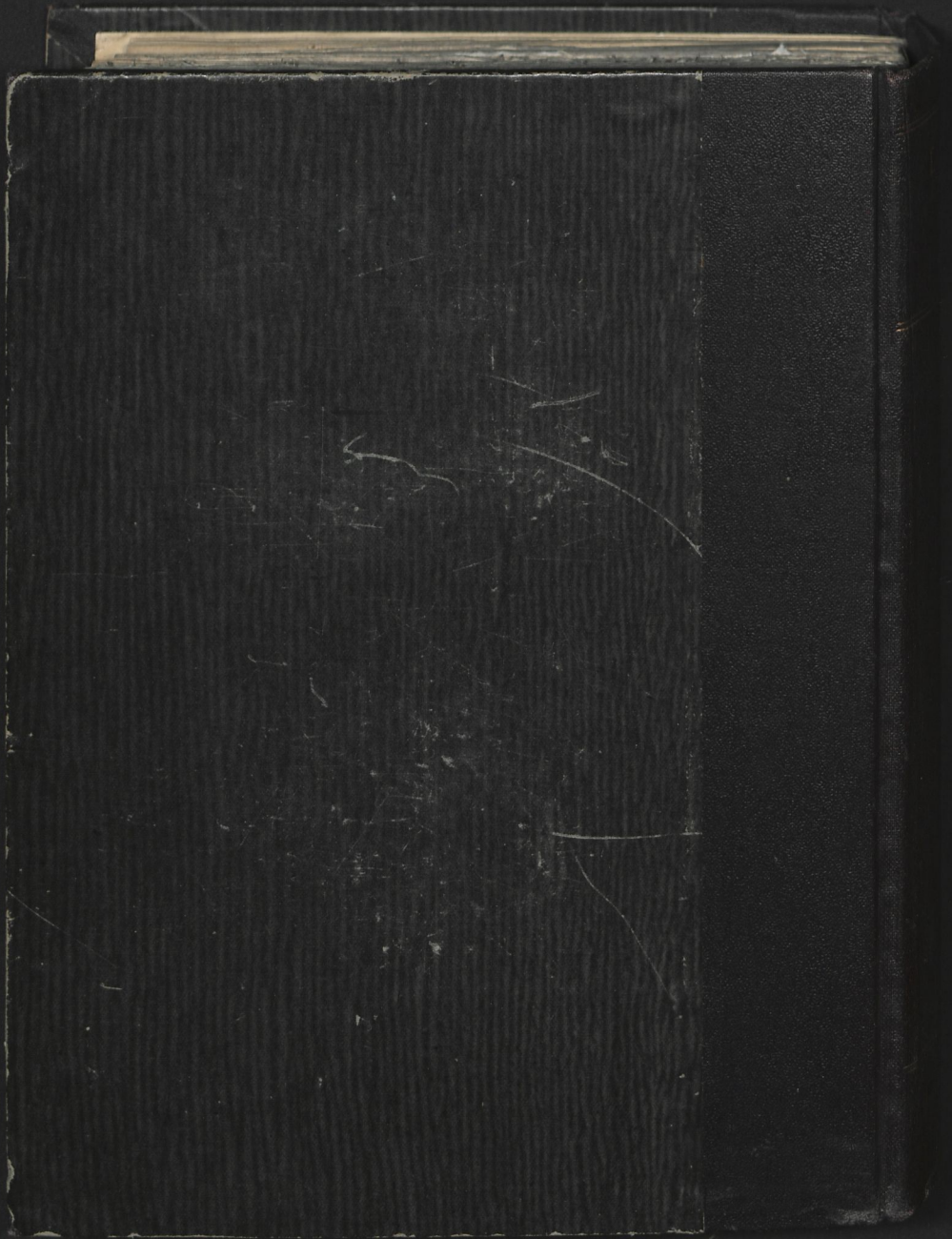
003 067 572

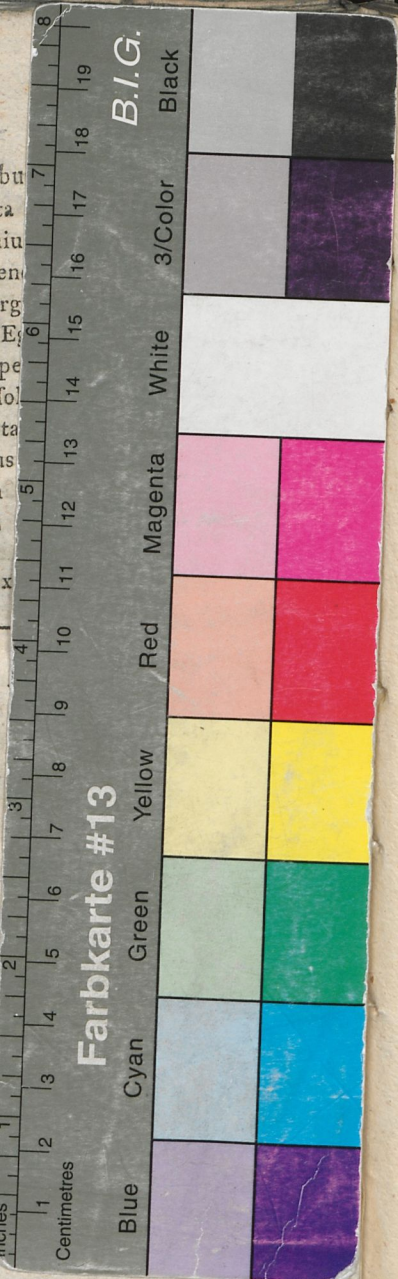
3



TA-01







8072.

1795,28

FIDEIVSSIO ET COMMENDATIO
VTRVM
INTER MERCATORES
ADMITTANT ORDINIS BENEFICIVM
NEC NE?

QVAESTIO IVRIS CIVILIS
ILLVSTRIS IVRISCONSVLTORVM COLLEGII
AVCTORITATE
PRO SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
CONSEQVENDIS

A. D. XXVII. M. AVGVSTI CIOIDCCCXCV.

AD DISCEPTANDVM PROPOSVIT.

ADRIANVS HENRICVS PLOESSING

IVRIS VTRIVSQVE BACCALAVREVS ET ADVOCATVS IMMATICVLATVS.

LIPSIAE
EX OFFICINA SAALBACHIA.

