





9
DISSERTATIO
INAUGURALIS JURIDICA
DE

7
1786, 7
FIDELIUS FORE,
QUI UT DEBITOREM PRINCIPALEM
SE OBLIGAVIT, BENEFICIO ORDINIS
GAUDENTE.

me
QUAM
UNA CUM SELECTIS EX OMNI JURE POSITIONIBUS
EX INDULTU INCLITAE FACULTATIS JURIDICAE
IN ALMA UNIVERSITATE MOGUNTINA

SINE PRAESIDE

PRO SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS ET PRIVILEGIIS RITE CON-
SEQUENDIS PUBLICAE ERUDITORUM CENSURAE SUBMITTIT

AUCTOR

CAROLUS ANTONIUS SCHAAB

MOGONUS,

AA. LL. ET PHILOSOPHIAE MAGISTER

DIE 27 APRILIS MDCCCLXXXVI.

MOGUNTIAE,

EX Typogr. Elect. Aul. Acad. privil. apud JOANN. JOSEPH. ALEF,
Haered. HAEPFNER. 1786.





EMINENTISSIMO AC CELSISSIMO
PRINCIPI AC DOMINO
DOMINO

F R E D E R I C O
C A R O L O
J O S E P H O,

S. SEDIS. MOGUNTINAE
ARCHIEPISCOPO

S. R. I. PER GERMANIAM
ARCHICANCELLARIO

ET
PRINCIPI ELECTORI

EPISCOPO AC PRINCIPI
WORMATIENSI

DOMINO, DOMINO MEO CLEMENTISSIMO.

PRINCIPI

AMANTISSIMO, PIETISSIMO ET SAPIENTISSIMO
SUBDITORUM SUORUM PATRI OPTIMO.

EMINENTISSIME
AC
CELESTISSIME
PRINCEPS ELECTOR
DOMINE DOMINE CLEMENTISSIME.

Cum summa, quam in TE admiramur, PRIN-
CEPS OPTIME, modestia laudes quascumque,
nisi quae rebus TUIS gestis continentur, repudiet;
praecipua eorum, quae praeclarissime egisti, non exor-
nabo (cujus dicendi aut scribendi vis tanta, ut hoc pro
dignitate TUA praestare queat?); sed enarrabo:
atque hoc quidem vel ita, uti solent, qui terrarum situs
pingunt, in brevi tabella totam imaginem TUAM
amplectendo; vel morem sequar calculonum, qui summas
ingentes aeris brevioribus exprimunt. Gesta TUA
signabo; non eloquar.

Vix datus eras divinitus ecclesiae et reipublicae
nostrae, cum nihil foveres ac tuereris impensius, quam
Religionem, rem unam ac solam, quae mortales
et facere et servare beatos possit: neque laus TUA ulla

verior est ampliorque ea, quam hoc TVO studio, quod
omnes auspiciatissimi et gloriosissimi regiminis TUI
annos amplectitur, consecutus es. Statuit Pietas
TUA TIBI monumentum aere perennius, atque post
mortalia facta omnia, citius serius peritura, superstes
mansurum.

Aequae illustria sunt; quae ad Rempublicam
nostram optime constituendam sapientissime
sanxisti. Omnia, quae hominum vitio et culpa jacere
sentiebas, felicitati ac saluti civium commoda atque
opportuna, excitasti: omnia, quae dilapsa jam fluxe-
rant, saluberrimis legibus vinxisti.

Sacrae TUAE Sedis jura et praero-
gativas contra varia Quorumcumque ausa et mo-

limina strenue asseruisti, invicte vindicasti, quibusvis
TUIS successoribus memoria gratissima recolendus
venerandusque.

Scholas Academiasque nostras, paene
jam intermortuas, maximo sane molimine, re-
fuscitasti, dote amplissima contra temporum et homi-
num injurias firmasti, et cum NOMINE TUO
aeternasti. Quod Tuum factum jam nunc cele-
bratur multarum gentium sermonibus atque linguis:
neque ulla umquam aetas de eo conticescet.

Haec omnia NOMEN Tuum aeternitati
confecrant: omnesque TUI

Praesenti TIBI maturos largimur honores,
Nil oriturum alias, nil ortum Tale fatentes.

Quod reliquum est, vehementer oro, uti tenue opus-
culum, laboris mei primitias, quod magno TVO
NOMINI inscribere ausus sum, boni consulas,
solitaque benignitate TUA accipias. A Deo optimo
maximo, merita TUA innumera certissime renumera-
turo, continuis precibus efflagitabo, ut et patriae et
gloriae TUAE quam diutissime vivas

EMINENTIAE AC CELSITUDINI TUAE
ELECTORALI

Devotissimus, subjectissimus

fervorum infimus

CAROLUS ANTONIUS SCHAAB

Auctor.



DISSERTATIO
INAUGURALIS JURIDICA

DE
FIDEJUSSORE, QUI UT DEBITOREM
PRINCIPALEM SE OBLIGAVIT,
BENEFICIO ORDINIS GAUDENTE.

PRÆFATIO.

*N*ix erit per univēsum, qua late patet, juris civilis ambitum
quaestio inter Jurisconsultos antiquiores & recentiores,
cum practicos tum theoreticos magis disceptata, quam haec: *Num*
Fidejussori, qui ut debitorem principalem (als Selbstschuldner) se obliga-
vit, ad beneficium ordinis seu excussionis pateat aditus? Ajunt, negant-
que divisi interpretes: nec rationes hisce sectis deesse videntur.

A 3

Negan-

Negantium in classẽ inter plures alios referuntur: JUST. MEYERUS *a*) ZANGERUS *b*) ANTON. ANDR. RUDOLPHUS *c*) ANT. HERINGIUS *d*) DAVID MEVIUS *e*) GAILIUS *f*) FACHINAEUS *g*) BESOLDUS *h*) MANZIUS *i*) ZOESIUS *k*) VOETIUS *l*) BERLICHIIUS *m*) TREUTLERUS *n*) GUNDLINGIUS *o*) STRUBENIUS *p*) HONCAMPUS *q*) HIPPOLYT. DE MARSILIIUS *r*) UNGENBAUERUS *s*) LUDWEL *t*) JO. LUD. SCHMIDIUS *u*) REIFENSTUEL *w*) JO. HARPPRECHT *x*) WIESTNER *y*) & DE BRIDOUZ *z*). Affirmantem sententiam sequuntur plurimi. Tacebo OTTALIIUM, WIDMONTUM, STRUVIUM, ARUMEUM, SCHWESERUM, HOPPIUM, ANDR. FLOB. RIVINUM, ARETINUM, PEZELIUM, CHRISTINAEUM, STRAUCHIUM, LYNCKERUM, HIMELIUM, COTHMANNUM, PHILOPARCHUM, SCHNOBELIUM, KLOCKIUM, BACHOVIIUM, FRANTZKIUM, TABOREM, HOPPENIUM, BONAV. FRANZIUM, AYBLINGERUM, BECHMANNUM, SICHARDUM & PEREGRINI; nominasse enim sufficit LUDOVICI *aa*) BÖHMERUM *bb*) HELLFELDIUM *cc*) LOBETANIUM *dd*) SOMERUM *ee*) JO. JOS. ALÉIUM *ff*) JO. PHIL. HAHNIUM *gg*) HUBERUM *hh*) LAUTERBACHIUM *ii*) MÜLLERUM AD STRUV *kk*) STRYCKIUM *ll*) COCCIJUM *mm*) MERENDAM *nn*) CARPZOVIIUM *oo*) BRUNNEMANNUM *pp*) FABRUM *qq*) WERNHERUM *rr*) CRAMERUM *ss*) FELTZIUM *tt*) HOMMELIUM *uu*) C. F. WALCHIUM *ww*) ROTHERUM *xx*) PÜTTERUM *yy*) & DE CANNGIESSERUM *zz*). Varii varias comminiscendo distinctiones nodum Gordium solvere allaborant, quin tamen aliud quidquam efficiant, quam quod quaestionem de se fat clarã majoribus involvant tenebris, & a genuino quaestionis statu aberrant. Sic distinctio illa, qua haud pauci pro decidenda hac quaestione utuntur, scilicet: utrum fidejussor animo principalem obligationem novandi accesserit, an non? ad proprium quaestionis cardinem nullo modo est adcommodata: nam fidejussorem esse, & animo novandi accedere sunt contradictoria, cum fidejussionis naturae repugnet novatio, nec expromissor cum fidejussore sit confundendus. Ejusdem

dem farinae est illa, qua nonnulli utuntur distinctio: num in uno eodemque, sive diverso, diversisque temporibus confecto instrumeto quis se ut debitorem principalem obligaverit? nam ex diversitate temporis aut instrumeti ad beneficium ordinis modo excludendum, modo admittendum nulla idonea formari potest argumentatio.

Cum in hoc virorum de jurisprudentia civili immortaliter meritum diffensu anceps saepius haerere soleat iudex, cui sententiae potius sit assurgendum? operae pretium mihi visum est, speciali lucubratione utriusque partis expendere momenta; quaeque tractarunt vel paulo frigidius, vel obscurius, luce donare vivaciore. Specialis hujus quaestionis, in foro aequae ac scholis celebris, discussio ex iis potissimum rationibus mihi visa est haud superflua, quod, quantum mihi constat, a nemine hactenus speciali dissertazione sit pertractata, neminique ingratum esse possit, omnia, quae in utramque partem dimicatur, argumenta, uno sub obtutu conspiciere, sicque dierum quorundam, qui alias pervolvendis Jurisconsultorum scriptis impendendi forent, lucrum facere. Eum vero sequar ordinem, ut in Cap. primo argumenta negantium referam, in secundo autem affirmantium, quorum causa mihi magis fundata videtur, momenta exhibeam, ac denique in tertio adversariis negantibus satisfaciam.

- a) In Colleg. Argentorat. Libr. 46. Tit. 1. §. 10. num. 3.
- b) De exceptionib. part. 2. Cap. 16. num. 15.
- c) In respons. jur. Bamberg. 1754. Quaest. 10. pag. 79.
- d) In Tr. de fidejuss. part. 1. Cap. 27. num. 79. ibique allegati.
- e) Part. 1. Decis. 229. Part. 9. Decis. 186.
- f) Lib. 2. Obs. 28. num. 6.
- g) Lib. 8. Controv. 54.
- h) In Thesaur. pract. voc. *Selbstschuldner*.
- i) In Tr. de fidejuss. Cap. 8. num. 34. limit. 9.
- k) In Commentar. ad ff. Tit. de fidejuss. num. 22.
- l) In Commentar. ad ff. Tit. de fidejuss. num. 16.
- m) In Conclus. & Observ. part. 2. Concl. 23.

n) In

- n) In Disput. Vol. 2. pag. 247. §. 5. not. d.
 o) In Dissert. de beneficio excussionis Cap. 5. §. 4.
 p) In den rechtlichen Bedenken Tom. 1. pag. 102.
 q) In Dissert. de fidejussoribus. Moguntiae 1707. pag. 14.
 r) In Tr. de fidejussorib. num. 62.
 s) Exercit. Justin. 11. q. 8.
 t) Exercit. 12. Th. 8. lit. d.
 u) In Comment. de fidejussore principaliter obligato p. 32.
 w) In Jur. Canon. Tom. 3. Tit. 22. num. 56. pag. 521.
 x) In Commentar. ad Instit. Tom. 3. Lib. 3. Tit. 21. num. 30.
 y) In Institut. Canon. L. 3. Tit. 22. num. 24.
 z) In Diss. de fidejussoribus. Trevir. 1772. p. 22.
 aa) In Doctrin. pandect. L. 46. Tit. 1. §. 13.
 bb) Introd. in jus digestor. ibid. §. 17.
 cc) In jurisprud. forens. ibid. §. 1917.
 dd) In System. elem. Jurisprud. priv. Tom. 1. pag. 247.
 ee) In Diss. de Fidejussoribus beneficio ordinis non gaudentibus. p. 27.
 ff) Decis. praecipuarum Controvers. jur. pag. 93.
 gg) In Colleg. polem. Controv. 79.
 hh) In praelect. ad Instit. Lib. 3. T. 21. §. 6. & ad ff. Lib. 46. Tit. 1. §. 3.
 ii) In Colleg. theor. pract. Lib. 46. T. 1. §. 25. & in disputationibus. disp. 15. Th. 22. disp. 64. Th. 59. disp. 82. Th. 22.
 kk) Exercit. 47. §. 43. lit. 1. pag. 604.
 ll) In usu mod. Tit. de fidejuss. & in Tr. de Caut. contr. Sect. 2. Cap. 6. num. 22.
 mm) In jure Civ. Controv. Tit. de fidejuss. quaest. 13.
 nn) In Controv. jur. L. 5. Cap. 31.
 oo) Def. for. Part. 2. Confr. 18. def. 2.
 pp) In Commentar. ad Cod. Lib. 8. Tit. 41. Lib. 5. n. 11.
 qq) In Cod. def. for. Lib. 8. Tit. 28. def. 31. 32. 37.
 rr) Observ. forens. T. 1. P. 4. obs. 26.
 ss) In den akademischen Reden über die gemeine bürgerliche Rechtslehre. Lib. 3. Tit. 9. §. 6.
 tt) In excerptis Controv. de fidejussoribus. Controv. 1.
 uu) In promptuar. Voc. Beneficium excussionis. num. 1.
 vvv) Introd. in Controv. jur. Civ. recent. Jenae 1776. pag. 352.
 xxx) In Comment. theor. pract. ad ff. pag. 1394.
 yy) In den auferlesenen Rechtsfällen 3. Th. 80. Bed.
 zz) In Decis. Haßo-Cassellanis Tom. 2. Decis. 258.

CAPUT



CAPUT I.
REFERUNTUR SENTENTIAE NEGANTIS
MOMENTA.

§. 1.

I. Negari non potest (sic ajunt) quod quilibet fidejussor exceptioni ordinis renunciare valeat, eo ipso, quod illa nonnisi in beneficium ipsius introducta fuerit, quilibet autem favori pro se introducto renunciare possit. Deinde aequè clarum est, quod ejusmodi renuntiationes vel expresse, vel etiam tacite & facto ipso fieri possint, juxta vulgatum illud, quod taciti & expressi eadem sit vis & efficacia, ac in effectu idem sit, se declarare verbis vel facto. Quidquid autem (inquiunt) in effectu aliud sit, obligare sese ut principalem debitorem, quam se obligare ad summam promissam, ita, & sub iis conditionibus solvendam, sicut, & sub quibus illam solvere tenetur principalis debitor, qui certe illam creditori solvere tenetur nulla opposita exceptione ordinis. Ex hac ipsa igitur clausula aliud erui non potest, quam, quod fidejussor renunciare per hoc voluerit beneficiis fidejussoriis, & vicissim se subicere obligationi, quali subiectus est principalis debitor, atque ita ex accessorio debitore fieri debitor principalis.

§. 2.

II. Tralaticium est, quod pacta dent legem contractibus, a qua deinceps amplius recedere, atque exinde alium fallere haud licet. Accideret autem hoc creditori, si fidejussor, qui se ut debitorem principalem obligavit, ad beneficium excussionis confugere posset, creditor enim non alio animo hanc clausulam a fidejussore exigisse praesumi potest, quam ut suum creditum ab eodem sine ullis ambagibus statim & pro lubitu iterum repetere queat.

B

§. 3.

§. 3.

III. Si fidejussor, qui se ut debitorem principalem obligavit, non obstante hac clausula gauderet beneficio ordinis, sequeretur illam clausulam esse omnino otiosam, & prorsus nihil operari, siquidem contractui majorem haud tribueret efficaciam, quam, si simpliciter se qua fidejussor obligasset. Verba autem contrahentium ita sunt accipienda, ut aliquid operentur, & ne superflua sint. a) Neque hic obmoveri potest: haec verba saltem hoc operari, ut fidejussor per hoc magis exprimat suam enixam & promptam voluntatem solvendi; vel hanc clausulam esse tantummodo accessoriam, & magis ex stylo & consuetudine Notariorum, quam ex voluntate & mente contrahentium adjici solere. Nam quoad prius per se patet hanc ipsam expressionem promptae voluntatis solvendi creditori tamen fore omnino inutilem & sine effectu, si inde non oriretur jus contra fidejussorem, etiam non excusso debitore principali agendi. Quoad posterius certe praesumi non potest Notarium adeo audacem futurum, ut clausulam ejusmodi exorbitantem & regulariter inusitatam ex proprio tantum cerebro, & absque speciali voluntate ipsius fidejussoris instrumento contractus inserere audeat, uti specialiter notat MENOCHIUS b).

a) Cap. 10. de pr. vil. in 6. arg. L. 109. pr. de legat. 1. & L. 5. §. 2. nequis eum qui in jus &c.

b) Lib. 1. Confil. 87. n. 45. & seqq.

§. 4.

IV. Omne illud, quod contrariatur naturae actus juridici, cui opponitur, necessario debet saltem in aliquo naturam illius actus immutare c). Cum igitur pactum hoc, ut fidejussor obligatus sit velut principalis debitor, indubie sit contra naturam fidejussionis, siqui-

liquidem fidejussor regulariter, & ex natura fidejussionis tantum sit obligatus accessorie, & in casum, quo debitor principalis solvendo non sit; necessario sequitur, hoc pactum fidejussioni adjectum eatenus immutare debere naturam ordinariae fidejussionis, ut fidejussor in tali casu etiam principaliter obligetur, atque inde etiam non excusso principali debitore a creditore conveniri queat.

c) Arg. L. 24 & 26. depositi.

§. 5.

V. Ex ipsis terminis in apriico constitutum est, quod omnis principalis debitor, principaliter quoque debeat esse obligatus. Cum itaque in casu quaestionis fidejussor se ut debitorem principalem creditori per speciale pactum obligasse admittatur, etiam principaliter & non accessorie tantum, velut alius seu simplex fidejussor, obligatus esse debeat. Nullibi autem in jure statutum est, quod principali etiam debitori excussionis exceptio competat, cum fidejussori tantummodo, qui se ut debitorem accessorium obligavit, per *Auth. praesente Cod. de fidejuss.* fuerit indulta. Non potest igitur hoc beneficium prodesse fidejussori ut *principalem debitorem* se obliganti.

§. 6.

VI. Beneficium excussionis fidejussori ex ea tantum ratione est concessum, quod contra aequitatem esse videretur, ut debitor tantummodo accessorius excutiat ante debitorem principalem. Haec autem aequitatis ratio in casu, quo fidejussor se ut debitorem principalem obligavit, penitus cessat, cum talis fidejussor non amplius sit debitor tantum accessorius, sed principalis. Cessante igitur beneficium ratione, ipsum etiam beneficium cesset, necesse est.

B 2

§. 7.

§. 7.

VII. Quaelibet res facile redit ad suam primariam naturam, proinde etiam in hoc casu fidejussio propter tale speciale pactum adjectum facilius redire debet ad suam priorem naturam, quae antiquitus fuit, ut quilibet omnino fidejussor ad arbitrium creditoris etiam ante principalem debitorem, nulla eidem competente ordinis seu excussionis exceptione efficaciter potuerit conveniri d).

d) L. 20 & 23. C. de fidejuss. L. 22. §. 2. mandati.

§. 8.

VIII. Beneficium excussionis in favorem fidejussoris est introductum, illius igitur est commodo suo attentius invigilare, & sibi prospicere, expresse cavendo, quod, licet se ut principalem debitorem obliget, tamen per hoc competens sibi beneficium ordinis abdicare nequaquam intendat, creditori enim, qui claram literam & communem loquendi usum sequitur, secundum quem principalis & fidejussor, item fidejussorem esse, & principalem fieri, contraria sunt, ita, ut unum per alterum tollatur, imputari nil potest.

§. 9.

IX. Quando pro fidejussore alius fidejussor fidem suam interponit, primus fidejussor ex natura rei, licet hoc verbis expressum non fuerit, fit debitor principalis. Tanto magis igitur ille fidejussor pro debitore principali habendus est, qui se ut debitorem principalem expressis verbis obligavit, cum expressum semper sit majoris efficaciae, quam tacitum, & ille, qui se dicit debitorem principalem fieri, & personam rei sustinere, hoc ipso etiam concedit, se ut principalem conveniri posse, qui certe beneficium ordinis non habet.

§. 10.

§. 10.

X. Quoties est differentia obligationum (ita philosophatur HERINGIUS) toties etiam altera alteram perimit, hoc est, toties ea, quae potentior est, & plenior attenditur. Cum igitur inter obligationem rei, & obligationem fidejussoris sit differentia, & obligatio principalis sit potentior & plenior, siquidem principalem locum tenere majus est, quam accedere, & plus est praecedere, quam sequi, consequens est, si fidejussor ultro & sponte sua plenior & potentior obligationem in se suscipiat, quod minor & tenuior, scilicet fidejussoria etiam perimatur: cur enim minus pacto, quam ipso jure obligationem minorem a pleniore tolli diceremus, cum utique id, quod fit per legem, possit etiam fieri per pactum, & praeterea juris sit, quod ex duobus pugnantibus secundum deroget primo.

§. 11.

XI. Debitoris vocula (sic philosophatur GUNDLINGIUS e) jam excludit beneficium ordinis. Excluso autem non renuntiatur; absurdaque omnino foret renuntiationis renuntiatio, aut saltem superflua renuntiatio gemina. Et superflua inter ea non praesumuntur in quaestionibus facti: quid nempe cogitaverint pacifcentes?

e) In Diss. cit. §. 4.

CAPUT II.

PROPONITUR SENTENTIA AFFIRMANS, FIRMATUR
RATIONE ET LEGUM ARGUMENTIS.

§. 12.

Exhibui negantium momenta, delineavi ratiocinia, queis suam suffulcire sententiam adnituntur. Restat, ut & affirmantium argumenta, quae, si in tantorum virorum dissensu divinare quidquam liceat, pondere suo praevalere videntur, proferantur in medium. En primum:

I. Quodsi nihil aliud dixerit aut scripserit fidejussor, quam quod in ipsa fidejussione jam fuit comprehensum antequam beneficia fuerunt introducta: nulla est ratio adstruendi, per ejusmodi verba renuntiatum esse beneficiis. Ergo, si fidejussor dixerit aut scripserit, se velle teneri ut principalem, cum haec sit natura fidejussionis notissima, cui demum per beneficium ordinis sive excussionis, in Nov. 4. derogatum est, non potest illa formula renuntiationem hujus juris inferre. Nam hisce demum verbis & huic fidejussionis obligationi, beneficium illud applicatum est a JUSTINIANO: Proinde nunc etiam a sponsoribus eodem sibi modo applicari potest. Recte igitur rationes subducit LAUDERBACHIVS a), dum scribit: *Per illam clausulam, qua fidejussor se ut principalem obligavit, non mutatur constitutio juris Justiniani in Nov. 4. ex qua est beneficium excussionis. Nam haec adjectio non est praeternaturalis, quae alterat & transformat, inque alium contractum negotium convertit, tanquam naturae & substantiae contractus contraria. Falsum enim est fidejussorem obligando se ut principalem, qualitates ipsius debitoris principalis induere, & qualitates fidejussoris ammittere. Nam & hic pro alio fidem suam interponit, & fide esse jubet, quod alius debet, ita tamen, ut principalis maneat obligatus,*

tus, quod est fidejussoris proprium. Sed haec adjectio est naturalis, quae fit *κατὰ τὴν φύσιν συναλλάγματος*, & nihil aliud, praeter id, ad quod ipso jure fidejussor tenetur, addit. Effectus enim illius adjectionis nullus est, quam ut fidejussor ante ipsum reum principalem conveniatur; quod & ea pactione deficiente fieri potest — Adjectio naturalis non habet virtutem alterativam, sed tantum explicativam, & quando expressa conventionione adjicitur illud, quod etiam naturae negotii inest, adjectio illa nihil operatur.

a) In Diff. de beneficio excussionis Th. 22.

§. 13.

II. Accedit, quod fidejussor, qui se obligavit ut debitor principalis, ad summum correus efficiatur; cum enim nulla intercessit novatio, & debitor principalis vinculo obligationis non eximatur, sed creditori adhucdum obstrictus maneat, necesse est fidejussorem ad summum correum fieri. Quodsi igitur fidejussor, qui sub hac formula fidem suam interposuit, correus efficiatur, gaudere etiam debet beneficio Constitutionis *de duobus reis*; nam hac lege cavetur, eo casu, quo plures in solidum in aliquo negotio se obligaverunt, omnes quidem in solidum teneri, sed tamen eos non esse cogendos solvere aliquid ultra id, quod ad eos pervenit, si alii sint solvendo. Igitur, cum ad unum tantum res pervenit, alii non possunt cogi, si ille sit solvendo, aliquid creditori hoc nomine solvere, quia nihil ex eo contractu habuerunt: gaudent proinde beneficio excussionis; neque enim creditor potest dicere, eum, ad quem res pervenit, non esse solvendo, nisi excussis ejus bonis.

§. 14.

III. Movet porro, quod JUSTINIANUS Imp. ex ea ratione fidejussoribus indulserit beneficium excussionis, mandarique, ut creditores

tores primo loco convenient debitorem principalem, eoquod durum nimis, imo iniquum videretur, ut quis cogatur debitum alienum solvere, cum non est difficile illud a debitore consequi. Haec ratio legislatoris salva & intacta manet, etiam pro illo casu, quo fidejussor se ut debitorem principalem obligavit, proinde etiam ex justis interpretationis juridicae regulis eadem subintrare debet legis dispositio.

§. 15.

IV. Quod si ulterius mentem JUSTINIANI fidejussoribus succurrentis indagamus,prehendimus, cum sibi persuasum habuisse, omnino conducere reipublicae, si creditor in fidejussorem iniquus prius ablegaretur ad debitorem principalem, ut illum excutiat, quam si ejus arbitrio relinqueretur statim ipsum fidejussorem, qui omnino nihil utilitatis ex negotio habet, & solius amicitiae impulsu fidem suam interposuit, convenire; credebatur quippe longe difficilius homines aliorum obligationibus accedere, si eis beneficium excussionis denegetur, quam si indulgeatur; commercia autem non parum restringi, si conditio inveniendi fidejussores reddatur molestior. Hanc JUSTINIANI mentem ex praefatione ejus ad Nov. 4. facile est dispicere. Cum autem interpretationis regula sit, in ipsis legibus fundata, legem reipublicae utilem interpretatione esse adjuvandam, b) hermeneuticae principiis magis convenit, fidejussori, qui se ut debitorem principalem obligavit, ad beneficium excussionis per fugium indulgere, quam illud denegare, cum hac ratione sanctio reipublicae proficua interpretatione adjuvetur.

b) L. 64. in fin. de Condit. & demonstr. L. 4. de fund. det.

§. 16.

V. Praeterea nihil, aut parum obest creditori, tempus istud fidejussori indulgere, quia modicum est, & ideo non est credendum,
JUSTI-

JUSTINIANUM, qui in *Nov. 4.* rem nimis duram esse testatus est, alienum debitum solvere, cum debitor principalis solvendo est, fidejussori, qui se ut debitorem principalem obligavit, exceptionem excussionis denegare voluisse; maxime, quia non indistincte concedit, eum conveniri ad solvendam partem ejus, qui absens est, sed eum obligat ad solvendum id, quod ab aliis, qui absentes sunt, creditor accipere non potest; neque enim vere & simpliciter dicere possumus, creditorem id, quod sibi debetur, accipere non posse ab absente debitore, nisi prius re ipsa appareat, eum judicium nolle suscipere, &, ut lateat, abesse.

§. 17.

VI. Si beneficium excussionis denegandum esset fidejussori, qui tanquam debitorem principalem se obligavit, ratio in eo potissimum quaerenda foret, quod obligatio sub hac clausula contineat tacitam beneficium excussionis renuntiationem, hanc autem continere non videtur. Tacita enim renuntiatio tunc demum adstrui potest, quando quis tale factum posuit, quod alia ratione moraliter & cum effectu quodam juridico explicari non potest, quam quod renuntiare voluerit, renuntiationes enim stricte sunt interpretandae, neque unquam praesumendae. Fidejussio vero sub formula: *tanquam debitor principalis* facta, commodam adhuc recipit interpretationem, etiamsi admittatur, beneficio excussionis renuntiatum non esse; nam absque ulla contradictione, & quin verbis contractus vis inferatur, statui potest, fidejussorem his verbis nil aliud, nisi enixum animum, & seriam pro reo solvendi intentionem innuere voluisse, proinde interpretatio, ita, ut salvum maneat beneficium excussionis, fieri debet. Negari non potest, fidejussorem, qui se obligavit ut debitorem principalem, potuisse hanc intentionem habere, quod in casum, si debitor principalis obligationi suae non satisfecerit, omne illud
C prae-

praestare velit, ad quod debitor principalis obligatus fuisset; igitur, ne in casu dubio contra hermeneuticae regulas potius pro, quam contra renuntiationem pronuntiemus, omnino dici debet, fidejussorem sub hisce verbis se obligantem, revera nihil aliud egisse, quam quod quilibet fidejussor facit, ubi fidem suam pro debitore interponit.

§. 18.

VII. Fidejussor gaudet beneficio divisionis, etiamsi se expresse in solidum obligaverit *c)*, quia etiam citra illud pactum in solidum obligatus erat. Ergo etiam gaudet beneficio ordinis vel excussionis, licet se ut debitorem principalem obligaverit, quia etiam citra tale pactum ut debitor principalis obligatus erat: nam non minus inter se pugnare videntur, obligari aliquem in solidum, & tamen opposita exceptione divisionis effici posse, ut pro parte duntaxat conveniatur, quam obligari aliquem ut principalem, & tamen opposita exceptione ordinis effici posse, ut prius conveniatur debitor principalis, cum fidejussor, uti ipso jure obligatur in solidum, ita etiam ipso jure & ex natura fidejussionis tenetur ut debitor principalis. Obmoveret quidem *RUDOLFUS d)*, magnam esse, eamque palmarem disparitatem inter illam clausulam, qua plures confidejussores creditori se obligant singuli in solidum, & inter illam, qua se aliquis fidejussor obligat creditori ut principalis debitor, ex eo, quod illa prior clausula nihil novi inducat, aut contrarium naturae confidejussoris, cum plures confidejussores ex sua natura, etiam non addita illa clausula, de se obligandis singulis in solidum, alias jam ipso jure singuli obligentur in solidum, ita, ut etiam addendo illam clausulam non possint praesumi similes confidejussores aliter voluisse sese obligare, quam juxta ordinariam naturam confidejussionis, quae hodieum post dispositionem Divi Imperatoris Hadriani est, ut uni ex pluribus fidejussoribus soli convento, competat exceptio divisionis

nis. Contra vero clausula illa: *de se obligando tanquam principalis debitor*, non est ordinaria in fidejussione, sed contra ordinariam ejus naturam; cum fidejussor ordinarie non fit principalis debitor, sed tantum accessorius: ergo apponendo hanc clausulam, fidejussor, ne frustra hoc egisse dici debeat, jam praesumendus est, voluisse quid addere suae obligationi, quod tamen aliud esse non potest, quam quod voluerit renuntiare beneficio ordinis, & sic dare potestatem creditori, se ante principalem debitorem conveniendi; ita quidem, ut fidejussor unus, sese in solidum expresse obligans, per hoc nihil aliud promittat, quam, quod jam in persona ejusdem antecederet constitutum est, atque inde haec provisio hominis non nisi ex superabundanti tollendae omnis dubitationis causa adjecta fuisse dici debeat, & hinc etiam nil operari possit contra juris decisionem; quae omnia secus se habent in casu quaestionis praesentis, utpote, in quo illa clausula *de se obligando ut debitorem principalem* neutiquam per se inest fidejussioni, sed est omnimodo extraordinaria, & exotica, adeoque etiam quid extraordinarium operari debet. Verum, ni me fallunt omnia, huic ratiocinio prorsus accommodatum esset illud Lemma in philomelam: *Sum sine voce nihil*. Undenam enim, amabo, probari potest, clausulam, qua fidejussor se obligat ut debitorem principalem, repugnare ordinariae fidejussionis naturae? quid, quaeso, per fidejussionem suam fidejussor intendit aliud, quam quod in casu, quo debitor principalis creditori non satisfecerit, ipse eodem modo, quo debitor principalis, obligatus esse velit? Concedo lubens, fidejussorem ordinarie non esse principalem debitorem, sed tantum accessorium; id autem nego & pernego, fidejussorem adjiciendo hanc clausulam voluisse obligationi suae quidquam superaddere, per quod beneficio excussionis se privaret. Declarare potius hac clausula voluit efficacem, se pro debitore principali, forte non solvente, obligandi, intentionem, quacum beneficium excussionis optimo jure subsistere potest.

- c) L. 3. Cod. de fidejuss. ibi: nam licet significes adjectum esse in obligatione, ut singuli in solidum tenerentur: tamen nihil haec res mutat conditionem juris & constitutionem. Nam & cum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur.
- d) Loc. supra cit.

§. 19.

VIII. Quemadmodum corrumpente principali corrumpit accessorium, ita etiam stante & manente principali stat & manet accessorium. Sed in casu, quo fidejussor se obligat ut debitorem principalem, stat & manet obligatio principalis, proinde etiam stare & manere debet obligatio fidejussoria. Cum autem obligatio fidejussoria ex natura sua involvat beneficium ordinis seu excussionis, siquidem praesumere non possimus, fidejussorem se alia ratione, quam in eum demum eventum, quo debitor principalis obligationi suae non satisfecerit, obligare voluisse, etiam stare manereque debet hoc beneficium, etiam fidejussor se ut debitorem principalem obligaverit.

§. 20.

IX. Quodsi fidejussor in fidejussionis instrumento fidem suam sub hac formula obstrinxerit: *Tenore praesentium me obligo ut debitorem principalem, & eadem prorsus, qua debitor principalis, ratione satisfaciam, si forsitan debitor principalis non satisfecerit*, negari haud potest, hisce verborum formulis eum non posse effectum adscribi, ut fidejussori a creditore ante debitorem principalem convento denegetur excussionis beneficium, siquidem praesumi debeat, quod voluerit hanc limitationem: *si debitor principalis non satisfecerit*, tacite subintelligere, ne alias in dubio contra apertissimas juris regulas jurium abdicaciones praesumamus.

§. 21.

X. Tota obligatio fidejussorum in eventum fit, eumque duntaxat casum respicit, quo creditori a debitore principali non fuerit satis-

satisfactam: proinde etiam formulae obligationem hanc concomitan-
tes eodem modo sunt explicandae, ut unice eventum, quo debitor
principalis non satisfecerit, respiciant. Illa igitur praeferenda erit
interpretatio, quae sensum admittit, quod fidejussor pro illo tantum
casu se tanquam debitorem principalem obligare velit, si hic obli-
gationi suae non fecerit satis.

§. 22.

XI. Fidejussor, qui se ut debitorem principalem obligat, nil aliud
per hanc clausulam promittit, quam quod pro debitore aequae ac ipse
debitor principalis solvere velit. Sed, quando hanc solutionem prae-
stare velit, expressis verbis non determinat. Cum igitur in con-
tractu nil specialiter exprimat, juris dispositioni erit relinquendum,
sicque ad hujus normam excusso demum illo, qui debitum contraxit,
fidejussor talis erit conveniendus, praecipue cum in casu dubio faci-
liores debeamus esse ad liberationem e) & potius contra, quam pro
obligatione pronuntiare.

e) L. 47. de O. & A.

§. 23.

XII. Quando super pacti interpretatione disceptatur inter pacif-
centes, & uterque pacti verba in suam utilitatem interpretari cona-
tur, interpretationem contra eum faciendam esse, qui clarius loqui
debuisset, & recta ratio, & leges nostrae civiles saepius praecipiant
f). Quod autem creditor sibi imputare debeat, quod sibi non magis
& clarius prospexerit, sicque contra ipsum potius, quippe qui cla-
rius loqui debuisset, quam contra fidejussorem facienda sit inter-
pretatio, inde mihi evinci videtur, quod in genere interpretatio
facienda sit contra eum, qui singulare quid praetendit g), & qui
lucrum captat, dum alter damnum patitur h). Negari autem non

C 3

potest

potest, creditorem, qui fidejussorem a beneficio excussionis, quod cuilibet fidejussori in regula competit, excludere intendit, singulare quid praetendere. Certum quoque est, fidejussorem, qui ex fide sua pro debitore amice interposita, nihil utilitatis sentit, de damno vitando certare, quando primo loco & necdum excusso debitore principali est conveniendus; creditorem vero, qui, quod sibi debetur, a debitore principali recipere potest, mere in captando lucro versari; creditor enim plane nullum damnum patitur, sive debitorem principalem sive fidejussorem prius excutiat, contra vero fidejussor, si prius excutiat, inani adficitur molestia, cum solvere cogatur, quod non accepit, & quod solvit, deinde per novum processum a debitore repetere teneatur. Consentaneum proinde est aequitati non minus ac rationi, interpretationem hic ita fieri, ut applicetur illa hermeneuticae regula: *Ubi de obligando quaeritur, restringas; ubi de liberando, facilius sis ad liberandum i.*

f) L. 99. pr. de Verb. oblig.

g) L. 99. de V. O. Hommel in Rhapsod. obf. 218. n. 5. & obf. 399.

b) L. 21. de Contrah. emt. L. 26. de reb. dub. L. 9. & 34. de R. J. Hommel. I. cit. obf. 589.

2) L. 47. de O. & A. L. 99. de V. O. L. 26. de reb. dub.

§. 24.

XIII. Atque hanc sententiam, utpote juri & aequitati convenientiorem, etiam praxis communior teste HELFELDIO *k*) sequitur. Taceo, eam teste WALCHIO *l*) in dicasteriis Jenensibus, teste COTHMANNO *m*) in facultate juridica Rostochiensis, teste DE COCCEJI *n*) in Curia Halberstadiensis aliisque pluribus judiciis & facultatibus juridicis esse approbatam. Sufficiat mihi hic indicasse, quod ei etiam adspulata fuerit inclita facultas juridica Moguntina A. 1784. in causa supplicationis

cationis JOANNIS HENRICI ZIMMER contra JO. PHILIPP. SCHLEY, reformando sententiam a Regimine Solmensi in appellatorio latam, confirmando vero eam, quae in prima instantia in favorem fidejussoris fuerat pronuntiata, quodque responsum benevole mecum communicatum est. Neque etiam desunt Germaniae provinciae, quae specialibus constitutionibus huic sententiae applaudunt, e. c. Electoratus Saxonicus o), Ducatus Magdeburgicus p), Electoratus Palatinus q), aliaeque plures. Quantum ad Statutarium Moguntinum attinet, quaestio isthaec verbis expressis quidem decisa non est, videtur tamen propugnatae a me sententiae omnino favere, eoquod Eminentissimus legislator in Tit. XX. §. 3. illi tantum fidejussori beneficium excussionis denegat, qui ei in specie renuntiavit; non potest autem dici in specie huic beneficio renuntiasse, qui, nullam illius expressam mentionem faciendo, se ut debitorem principalem obligavit.

k) In repertor. real. pract. jur. priv. Voce: Bürge §. 25.

l) Loc. supr. cit.

m) Lib. 1. Resp. 22. & Lib. 2. Resp. 76.

n) Loc. cit.

o) In Confit. P. II. Conf. XVIII.

p) In der Policy-Ordnung. C. 13. §. 3.

q) In Statutario P. II. Tit. XV. in verbis: So einer nicht als Bürge, sondern Selbstschuldner und Zahler, neben dem Hauptschuldner sich verbunden hätte, ist solches anders nicht, dann wie sonst eine Bürgschaft zu verstehen, und hat derselb nichts desto weniger alle Behelf und Gutthaten, die ein ander Bürg hat.

CAPUT

CAPUT III.
SATISFIT CONTRARIIS.

§. 25.

Labore hoc superfedere possem, cum ex iis, quae in capite secundo prolixius deducta sunt, satis liqueat, quod, quidquid argumentorum adversus sententiam a me propugnatam productum est, adeo non obstit, ut potius egregie prosit. Nequid tamen difficultatis forsitan dissimulare velle videri possem, sigillatim removebo omnia & singula, quae restant, contraria. Et vero concedo ad

Inim lubens, fideiussorem excussionis beneficio in suum favorem introducto renuntiare, hancque renuntiationem etiam tacite fieri posse. Verum quid hoc contra meam sententiam? nego enim eum, qui se ut debitorem principalem obligat, hoc ipso ordinis beneficio tacite renuntiare. Repete, si lubet, quae hanc in rem in §. 17. deducta sunt, & concidet penitus somniata renuntiatio tacita, quippe quae tunc demum cogitari potest, si factum illud, ex quo renuntiatio tacita erui vult, ita sit comparatum, ut nullam prudentem interpretationem recipiat, nisi pro renuntiatione respondeamus. Ostensum autem est, fideiussionem, qua quis se ut debitorem principalem obligat, prudenter omnino explicari posse, quin beneficium ordinis dici debeat abdicatum. Qui se ut debitorem principalem obligat (inquis), se obligat ad summam promissam, ita & sub iis conditionibus solvendam, sicut & sub quibus illam solvere tenetur principalis debitor; hic autem solvere tenetur creditori, quin quandam ordinis exceptionem in usus suos convertere possit. Verum hiatu laborat hoc ratiocinium. Supplebo supplenda, & alia apparet huius fideiussionis facies. Qui se ut debitorem principalem obligat, se obligat ad summam promissam, ita & sub iis conditionibus sol.

solvendam, sicut & sub quibus illam solvere tenetur principalis debitor, *in casu scilicet si debitor principalis contra fidem datam non solverit*; quando enim hanc solutionem praestare velit, non determinavit; determinatio ergo juris dispositioni est relinquenda. Quod si fidejussionis formulam hac ratione ad naturam hujus contractus modificaveris, inferre, per me licet, poteris, fidejussorem, qui se sub hac formula obligavit, solvere teneri creditori, quin quadam ordinis exceptione uti possit, *si debitor principalis haud solverit*. Debilitas ratiocinii adversariorum magis adhuc inclarescit ex argumentatione similis formae falsa. Suppone, quemquam sic philosophari: Fidejussor, qui se expresse in solidum obligavit ad summam promissam, ita & sub iis conditionibus solvendam, sicut & sub quibus illam solvere tenetur principalis debitor; hic autem illam solvere tenetur creditori, quin ad beneficium divisionis pateat additus. Nonne haec argumentatio repugnaret clarae legis in §. 18. adductae dispositioni, vigore cujus fidejussor, etsi in solidum se obligaverit, beneficio divisionis gaudet?

§. 26.

Nihil omnino ponderis ineft argumento ad

Idem prolo. Admittamus etiam, creditorem hanc clausulam a fidejussore non alio animo exegisse, quam ut suum creditum a debitore sine ullis ambagibus statim & pro lubitu iterum repetere queat, quid inde sequitur? nonne de fidejussore sub hac clausula se obligante praesumendum est, quod eam non alio animo adjecerit, quam ut innueret seriam pro reo, forsitan non solvente, solvendi intentionem, neququam autem quod voluerit renuntiando excussionis beneficio sibi praejudicet? nonne interpretatio potius facienda est contra creditorem, qui, dum singularem utilitatem quaerit, sibi impu-
tare debet, quod clarius locutus non fuerit, prout in §. 23. *prolixius* est demonstratum.

D

§. 27.

Eadem est ratio illius, quod ad

III^{um} obmotum est; probat enim nimium, & proinde nihil. Nonne enim sic philosophari licet: Si confidejssores, qui singuli in solidum se obligarunt, non censerentur renuntiasse beneficio divisionis, tunc verba: *sammt und sonders, einer für alle, und alle für einen* nihil operarentur; verba autem contrahentium ita sunt accipienda, ut aliquid operentur, & ne superflua sint. Nonne autem hoc ratiocinium apertis legum verbis refragatur, quae volunt fidejssorem, etiamsi se ut debitorem principalem obligaverit, beneficio divisionis gaudere? Demus, verba contrahentium ita esse accipienda, ut aliquid speciale operentur; hoc tamen tunc demum verum est, quando non continent illud idem, quod jam tacite inest. Recte omnino subducunt rationes Imp. SEVERUS & ANTONINUS in *L.3. Cod. de fidejss. dum confidejssori, qui se in solidum obligavit, ea ex ratione beneficium divisionis concedunt, eoquod secluso etiam hoc pacto in solidum obligatus fuisset.* Cum igitur fidejssor, qui se ut principalem debitorem obligavit, etiam seclusa hac formula, ut debitor principalis obligatus fuisset, nulla est ratio, cur verbis, quae continent illud idem, quod jam tacite inest, singularis quaedam virtus adscribatur. Certe venditor, qui se ad praestandam evictionem speciali pacto obligavit, non magis ad evictionem praestandam tenetur, quam ille, qui nullam in instrumento contractus evictionis mentionem fecit: & qui inter vivos aliquid donavit simpliciter, non potiori jure donationem revocandi gaudet, quam ille, qui donationi clausulam, se nunquam eam revocaturum, adjecit. Evidens certe signum, ea, quae jam tacite insunt, nihil speciale operari, sed virtute tantum explicativa pollere, quod jam §. 12. notatum est.

§. 28.

Catena errorum sunt, quae ad

IVtum proferuntur. Quam verum est, quod omne illud, quod contrariatur naturae actus juridici, cui opponitur, necessario saltem in aliquo naturam illius actus immutare debeat; tam oppido falsum est, quod formula, qua fidejussor se ut debitorem principalem obligat, sit contra naturam fidejussionis: plus enim hac formula non exprimitur, quam jam in ipsa fidejussionis natura est comprehensum. Non obstante hac fidejussionis formula, reus adhuc principaliter obstrictus manet creditori, proinde fidejussor qualitates rei principalis non induit, sed duntaxat enixum animum declarat, creditorem ita securum reddendi, ut, debitore forsitan non solvente, ipse principaliter obligatus esse velit. Hoc autem non impedit, quominus ordo juris a JUSTINIANO introductus salvus maneat. Aliud omnino est, se obligare tanquam principalem debitorem, in eventum scilicet non secutae solutionis ex parte debitoris principalis; aliud est simpliciter esse debitorem principalem. Is, qui se obligat tanquam principalem debitorem, nihilominus manet fidejussor, cum quilibet fidejussor etiam citra hanc expressam promissionem, jam ex fidejussionis natura, in casu, quando debitor non est solvendo, tanquam principalis debitor ad solutionem compelli possit. Conferantur §. 12. 17. 20 & 22.

§. 29.

Eadem omnino est responsio ad

Vtum obmotum. Undenam, amabo, probari potest, omnem principalem debitorem principaliter quoque obligatum esse debere? Quis in jure adeo peregrinus erit, ut ignoret, dari obligationes principales, quae propter obstantem exceptionem executione destituuntur. Sic donator, multique alii, quibus beneficium competentiae a legibus indultum est, sunt debitores principales, & tamen ut tales excuti non

non possunt. Manifeste prorsus obligationis substantiam cum ejus effectu confundit, quisquis contendit, omnem principalem debitorem principaliter quoque obligatum esse debere. Quam certum est, quod fidejussor, qui se ut principalem debitorem obligavit, aequè obligetur ut debitor principalis, si obligatio in sua substantia spectetur: tam inconcinnum esset contendere, eum etiam in modo & effectu principaliter obligatum esse; deberet enim pro priori probari, quod obligans se ut debitorem principalem, se pure & simpliciter, non eventualiter & modo indoli fidejussionis convenienti, si scilicet principalis debitor solutionem non praestiterit, obligare voluerit. Quod autem eventualiter tantum se obligare voluisse praesumendus sit, clarum omnino est ex iis, quae §. 17. 21 & 22. demonstrata sunt.

§. 30.

Aequè erroneo supposito superstructum est, quod ad VIum profertur in medium; supponitur enim fidejussorem, qui se ut debitorem principalem obligavit, non amplius manere debitorem mere accessorium, sed evadere principalem; quod, quantopere veritati repugnet, jam ostensum est. Largior, & plena manu largior, beneficium excussionis fidejussori ex ea ratione esse concessum, eoquod aequitati repugnet, debitorem tantum accessorium ante debitorem principalem excutere velle; nego autem & pernego, hanc aequitatis rationem in casu, quo fidejussor se tanquam debitorem principalem obligavit, penitus cessare. Iniquum videbatur JUSTINIANO, ut quis cogatur debitum alienum solvere, cum non est difficile illud a debitore consequi; reipublicae conducere ipsi visum est, si creditor in fidejussorem iniquus prius ablegaretur ad debitorem principalem, ut illum excutiat, ne homines arcerentur a studio gratificandi, & aliorum obligationibus, quod flos commercii non raro exigit, accedendi. Quis autem non videt, omnes has aequitatis rationes etiam in casu, quo fidejussor se ut debitorem principalem obligat, subintrare?

§. 31.

Argumentum

VII^{um} tantum abest, ut obftet, ut potius pro mea sententia pugnet. Magis hoc illucescet, si in primam fidejussorum conditionem, qualis ea fuerit ante introductum a JUSTINIANO ordinis beneficium, fuerit inquisitum. Existitisse jam priscis temporibus aliquam legem, qua fidejussor ante principalem debitorem conveniri vetabatur, vix quisquam dubitaverit; testem enim habemus ipsum JUSTINIANUM, qui in *Nov. 4.* fatetur, contenta hujus legis usu approbata non fuisse. Et licet illa lex vel univ ersaliter non fuerit observata, vel postea certe ex parte iterum in desuetudinem abierit, manserunt tamen ejusdem haud pauca vestigia in Digestis & in Codice. Exempla habentur in iis, qui apud rempublicam pro magistratibus fidejusserunt *L. 3. §. ult. de adm. rerum ad civit. pertinentium.* Sic etiam aliquando ex aequitate alii post alios erant conveniendi, nimirum v. g. plures tutores, magistratus &c. *L. 3. §. 2. L. 39. §. II. de adm. tut. L. 3. pr. de adm. rer. ad civit. pertin. L. 1. Cod. si tutor vel curator. L. 6. C. arbitr. tut. L. ult. C. de div. tut. r).* Interim jure digestorum & codicis invaluit regula, fidejussores aequè conveniri posse ac principales debitores, interque hos & fidejussores correalem esse obligationem, adeo, ut in creditoris arbitrio esset, utrum prius convenire mallet s). Tandem JUSTINIANUS jus antiquum iterum restituit, & cum antea privati saltem fidejussores pro habitu creditorum, vel ante vel post debitorem principalem conveniri possent, noluit illos amplius conveniri, nisi excussis prius principalibus debitoribus r), & ita, cum in nonnullis saltem casibus jus antiquum obtineret, hoc prorsus revocavit ad usum, instauravitque. His praesuppositis, telum, quod adversantes in meam sententiam torquent, in ipsos retorquere licebit. Sic enim erit concludendum: Quaelibet res facile redit ad suam primaevam naturam; proinde etiam fidejussio in casu formulae saepius memoratae adjectae ad

D 3

suam

suam pristinam naturam redire debet. Cum ergo haec antiquitas ea fuerit, ut fidejussorem ante principalem debitorem convenire haud liceret, fidejussio sub tali formula facta etiam ita explicanda erit, ut fidejussori salvum maneat excussionis beneficium.

r) Conf. Lauterbach de benef. exeuss. §. 9.

s) L. 51. §. 3. de fidejuss. L. 56. pr. mandat. L. 2. 3. 5. & 21. C. de fidejuss.

t) Nov. 4. C. 1. & Auth. Praefentetur C. de fidejuss.

§. 32.

Sanae interpretationis regulis omnino adversatur obmotum VIII^{um}, nam creditoris fuisset attentius invigilare & sibi prospicere cavendo, ut fidejussor beneficio excussionis specificae & nominetenus renuntiaret; facienda enim est interpretatio contra eum, qui singulare quidquam praetendit, qui, dum alter de damno vitando certat, lucrum captare intendit, prout ex deductis in §. 23. in aprico constitutum est. Rectius proinde invertitur adversariorum argumentum sic ratiocinando: Quod creditor duplicem debitorem aequae principaliter sibi obstringere intendat, ut utrumque, etiamsi alter ex contractu nihil omnino utilitatis perceperit, ille vero, qui ex contractu solus commodum habet, aequae facile satisfacere possit, pro arbitrio convenire queat, est singulare creditoris commodum. Illius proinde etiam est, suo huic commodo invigilare, cavendo, ut fidejussor perspicue omnino & indubitanter excussionis beneficio renuntiet. Quod fidejussorem esse, & ut debitorem principalem in certum eventum obligari, nulla ratione sint contraria, jam satis est evictum, proinde diutius ei non immorandum.

§. 33.

Exigui omnino momenti est, & cramben antiquam saepius jam recoctam & refutatam sapit, quod ad

IX^{num}

IXnum objicitur. Non diffiteor, fidejussorem, qui se ut debitorem principalem expressis verbis obligavit, eo casu, quo debitor principalis non solverit, pro debitore principali habendum esse, & ut debitorem principalem conveniri posse; id autem nego & iterato nego, fidejussorem, qui ut debitorem principalem se obligavit, simpliciter, absolute, & indistincte, etiam pro illo casu, quo debitor principalis solvere potest, pro debitore principali habendum, & aequae ac debitorem principalem conveniri posse. Concedo facile, fidejussorem, pro quo alius fidejussor fidem suam interposuit, respectu hujus secundi fidejussoris, debitorem principalem fieri. Sed, quid inde adversus sententiam a me propugnatam inferri possit, non video, praecipue, cum non negem, fidejussorem, qui se ut debitorem principalem obligavit, etiam debitorem principalem fieri, si debitor principalis obligationem suam haud impleverit.

§. 34.

Ampullas potius & sesquipedalia verba projicere, quam genuina juris aut philosophiae principia exponere videtur

Xnum ex HERINGIO propositum argumentum. Omnis verborum apparatus demum eo redit, quod fidejussoria obligatio penitus perimatur, si fidejussor ultro & sponte pleniorum & potentiorum, quam quae est fidejussoria, in se obligationem receperit. Ast, quid inde sequitur? Undenam, quod tamen thema probandum est, evincitur, quod fidejussor, qui se ut debitorem principalem obligavit, adjiciendo hanc formulam, quae omni & cuilibet fidejussioni ex sua natura jam inest, voluerit pleniorum & potentiorum, quam quae omnium fidejussorum est, obligationem in se fuscipere? Aequae incongrua est hic principii illius, quod ex duobus pugnantibus secundum deroget primo, applicatio; unde enim probari potest, quod fidejussio, qua fidejussor se tamquam debitorem principalem obligat, duo inter se pugnantia complectatur?

§. 35.


§. 35.

Colophon, quam controversiae huic addere vult GUNDLINGIUS, est debilis adeo, ut non tantum non sit, sed nequidem esse videatur. Concedo ad

XIum viro celeberrimo, renuntiationem geminam esse superfluum, & superflua non praesumi, quando quaestio est, quid cogitaverint pacificentes. Verum quorsus haec omnia? Debitoris vocula (inquit GUNDLINGIUS) jam excludit beneficium ordinis; proinde geminata ejus renuntiatio otiosa est. Lepidum sane assertum! quis unquam audivit debitoris voculam beneficium ordinis excludere? nonne hac ratione fidejussoribus executionis beneficium prorsus erit denegandum? Quilibet fidejussor ex ipsa fidejussionis natura sub certa hypothesei ut debitorem principalem se obligat, & verissima est propositio, fidejussorem quemcumque creditoris debitorem esse. Quodsi igitur fidejussor quilibet sit creditoris debitor, & debitoris vocula, ut videtur GUNDLINGIO, beneficium ordinis excludat, evidens omnino est consequentia, fidejussionem ex sua natura beneficium executionis excludere.

§. 36.

Haec sint, quae de controversia hac speciminis inauguralis loco differenda putavi, ansam forte daturus, ut viri in jure magis versati, quaestionem hanc difficilem & intricatam, in scholis non minus ac foro disceptatam, necdum tamen opera speciali sat discussam, ad meam aliorumque eruditionem ad incudem revocent, hacque ratione fiat, ut opposita oppositis magis elucescant. Spero atque confido, aequos judices haud magis postulatos esse, quam, qui hucusque in primordiis jurisscientiae versatus est, potuit praestare. Id unum rogo, ut qualisqualis novitii Themidos sacerdotis conatus placeat, qui potius hoc suo labore erudiri, quam erudire intendit.



POSITIONES
EX
UNIVERSO JURE.

EX JURE NATURAE.

1. In statu naturae absolute aliae non dantur obligationes, quam mere negativae.
2. Inde libertas singulorum hominum originaria & independentia unius ab altero facile cognoscitur.
3. Hinc fallitur *LINGUET theorie des loix civiles* *Liv. 5. ch. 5.* dum, homines per meram nativitatem servos fieri posse, affirmat.
4. Renuntiatio juris vel domini rei cujusdam expressam renuntiantis declarationem requirit, nullaque ex causa derelictio tacita praesumi potest.
5. Hinc praescriptio, tanquam in tacita derelictione se fundans modus acquirendi, in jure naturae ignoratur.
6. Ex justa acquisitione exemplaris libri cujusdam non simul acquiritur jus illud ad propriam venditionem prelo subjiciendi; imo talis iterata impressio laedit obligationes juris naturae perfectas.

EX JURE GENTIUM.

1. Jus Gentium internum (universale) nil aliud est, quam jus naturae ad gentes applicatum, sicque ab eo non distinctum.
2. Inde praecedentiam unius gentis prae ceteris non dari apparet.
3. Jus litoris, quatenus circa res jactas vel naufragio amissas exercetur, nullo modo defendi potest; quamvis has res custodire a gente, ad cujus litus appellant, officia imperfecta exigant, & perfectis non repugnet, a dominis reposcentibus exigi certam pecuniae summam pro hac custodia.

E

4. Jus

4. Jus Albinagii, vi cuius fiscus sibi vindicat bona in territorio mortui, in quae peregrino successio delata, officiis gentium perfectis repugnat; secus vero jus detractus.
5. Gentes ad legatorum admissionem secundum officia absoluta perfecte esse obligatas, & non nisi tum legatum missum rejicere posse, si constat, legati admissionem salutis publicae vel securitati detrimento esse, defendo.
6. Jus Asyli legatorum aedibus non competit.
7. Legato permittendum est, ut aedium suarum portis insignia gentis, a qua missus, superaffixa habeat.

EX JURE PUBLICO UNIVERSALI.

1. In regno electio valida non est electio, nisi fiat vel unanimi membrorum consensu vel secundum leges fundamentales.
2. Vi supremae inspectionis ad revelanda arcana mentis vel familiae nemo cogi potest.
3. Quod pro sola libertate transeundi vel transvehendi praestatur veditigal, inter cives unius reipublicae merito exulare deberet.
4. Jus eminens, quo negligitur jus singuli, aliquorumque civium, si tota respublica, majorve ejus pars conservari aliter non potest, non liberat a necessitate, communi contributione indemnem reddendi, qui sic detrimentum patitur.
5. Si defant, qui sponte militare velint, sicque milites non sufficiunt ad resistendum hosti, vi potestatis eminentis princeps subditos cogere potest ad arma pro republica capienda.
6. Miles qua talis cogi non potest ad agendum exploratorem (*Spion*), bene vero subditus, si adfit casus extremae necessitatis.

EX JURE PUBLICO IMPERII.

1. Jus Postarum in imperio recte inter jura Imperatoris reservata numeratur.
2. Jus eligendi Imperatorem penes solos hodie Electores est, quibus etiam solis competit jus Capitulationem praescribendi.
3. Electores gaudent libertate, quem velint eligendi, nisi haec libertas legibus imperii fundamentalibus, observantia, vel analogia sit circumscripta.
4. Inde cognoscitur eorum libertas eligendi extraneum, clericum, imo & foeminam, e contrario principem protestanticum eligendi legibus & observantiae imperii repugnat.
5. Electores gaudent praecedentia prae S. R. E. Cardinalibus.

6. In

6. In dissensu trium collegiorum in comitiis Imperatori jus competit, pro & cum duobus decidendi.
7. Personae ad deputationes extraordinarias in comitiis imperii votis promiscuis sunt eligendae; nec sic dicto Corpori Evangelico licet suae religionis deputatos seorsim eligere.
8. A. B., cujus originale non Francofurti, sed in Archivo imperii quaerendum, non est condita cum consensu Electorum tantum.
9. Hodiernus votorum comitialium numerus ex statu anni 1532 est derivandus.
10. Immediatae imperii nobilitati prae liberis imperii civitatibus praecedentiam competere autumo.

EX JURE PUBLICO ECCLESIASTICO.

1. Dico cum Patribus Basileensibus, non esse comparandum corpus Ecclesiae aliis politicis corporibus civitatum & universitatum: linguamus igitur Aristotelem & sequamur Christum.
2. Episcopi potestatem suam regitivam immediate a Christo habent.
3. Primatus Petri & ejus successorum divinitus institutus nil derogat plenitudini pastoralis reliquorum Episcoporum, & potius ordinatur ad illorum subsidium, quam praedictum.
4. Inde Episcopi novationibus a curia romana molendiis, per quas illa potestas restringatur, uti est erectio novae Nuntiaturae cum novo Tribunali, optimo jure contradicunt.
5. Jura Pontificis secundaria, olim Episcopis communia, a sede pontificia iterum abstrahi posse, si salus Ecclesiae expostulat, cum FEBRONIO defendo.
6. Cum Primatus in Ecclesia cum Episcopatu Romano jure divino conjunctus non sit, in Ecclesiae remanet arbitrio, annectendi eum alteri Ecclesiae, si res posceret.
7. Jure Primariorum Precum non aliter gaudet Rex Rom., quam veluti per anticipationem futuri juris sui Imperatorii.
8. Vicariis imperii hoc jus plane non competit.
9. Annatae, quas solvunt Archiepiscopi Germaniae, perperam communiter vocantur *Pallien-Gelder*.
10. Capitula Germaniae jura sua sede vacante non alieno, sed proprio nomine exercent.
11. Pactum Hadrianum Pontificem inter & Carolum Magnum seculo octavo initum recte a criticis ut fictitium rejicitur.
12. Causae ecclesiasticae protestantium a jurisdictione supremorum imperii tribunalium non sunt exemptae.

13. Placitum Regum etiam quoad bullas dogmaticas locum habet.
14. Fallitur FEBRONIUS de Statu Ecclesiae Cap. 6. §. 2. dum jus convocandi concilia oecumenica tacito principum & Ecclesiae consensu in Pontificem translatum esse, asserit.
15. Licet praesidentia non sit de essentia conciliorum, ita ut nullum & irritum sit concilium, nisi aliquis illi praefuerit: expedit tamen & rationi maxime est consentaneum, ut aliquis in conciliis sit praefes.

EX JURE PUBLICO TERRITORIALI.

1. In territoriis, ubi status provinciales adhuc vigent, eorum consensum ad valorem legum provincialium necessarium puto.
2. Status imperii vi superioritatis territorialis non tantum juri communi, sed ipsis legibus imperii contrarias ferre possunt leges.
3. Subditus, in quasi possessione juris cujusdam regalis constitutus, contra principem ad possessorem provocare non potest.

EX JURE CIVILI ROMANO.

1. Praescriptio, licet sit immemorialis, corrumpit defecto titulo vitioso.
2. Exceptio n. n. p. post biennium adhuc opponi potest.
3. Haereditate vendita simul censetur venditum, quod haeredi obvenit jure accrescendi.
4. Testamentum a peregrino conditum servatis solemnitatibus loci, in quo condidit, effectum non habet quoad bona alibi sita.
5. Per pactum, ne evictio praestetur, venditor tantum liberatur a praestatione illius, quod interest.
6. L. 2. C. de rescind. E. V. se extendit ad contractus quoscunque onerosos; transactio tamen excipienda videtur.
7. Ob moram a reo commissam obligatio fidejussoris non augetur.
8. In contractu aestimatorio dominium in accipientem transfertur.
9. Gestia per falsum procuratorem non sunt simpliciter nulla, sed per ratihabitionem domini, etiam sententia jam lata subsequenter, convalidantur.
10. Actioni pignoratitiae directae, seu juri reluendi pignus a creditore praescribi non potest, quamdiu debitum nondum solutum.
11. Mulier ratione dotis praefertur omnibus creditoribus, etiam hypothecam expressam anteriorem habentibus.
12. In substitutione casus voluntatis expressus continet alterum casum impotentiae non expressum, & vice versa.
13. Usurae

13. Usurae annuatim solutae etiam jure romano alterum tantum excedere possunt.
14. Minori contra aditam haereditatem restituto substitutus ad successione admittitur.

EX JURE GERMANICO CIVILI PRIVATO.

1. Pacta familiarum illustr. & nobilium Germaniae parum lucis & interpretationis ex communi pactorum forma atque indole, sed plurimum potius ex *Autonomia* ejusmodi personarum, in causis familiaribus capiunt.
2. Vidualitium ad finem usque Saec. XV. secundis nuptiis amissum haud fuisse, ex chartis & monumentis hujus aevi oppido demonstrari potest; nec contrarium infert clausula litteris vidualitii adjecta: *Ihr Leben aus, und nicht länger, als Wiedems = Recht ist; utimur vero hodie jure, idcirco parum sibi met stabili, & fere arbitrario.*
3. Retorsionis jurium Germaniae verum & adaequatum exercitium, neque hodie legislatione contraria, sed juris duntaxat, quod gens peregrina contra nostrates tulit, conversione in eosdem absolvitur, — adeoque ad judicis potius officium simplex, quam legislatoris refertur, nec eatenus informatione regiminis speciali opus est.
4. Juris detractus fundamenta, & principia alia & sibi potissimum contraria eruuntur ex jure publ. univ. — alia ex chartis & historia medii aevi — alia ex ejusdem per Germaniam habitu & exercitio.
5. Nobilis immediati, servitii & muneris alicui vinculo, domino territorii quondam adstricti bona mobilia, detractui territoriali subijci, naturae hujus juris, analogiae jurium & relationi nobilitatis immediatae ad dominos terr. quoad res & bona — pactis denique, observantiae & actis veteris & moderni aevi, e diametro adversatur.
6. Matrimonium nobilis cum civica vel plebeja, quantumvis libera, jure disparagii, (*Misheurath*,) reputatum semper fuisse, tum ex historia contentionis ordinum & personarum Germ. — tum ex chartis & tabb. Saec. XIV. XV. & XVI. ibique obviente formula: *sich zu vermennen mit ires gleichen edeln luten, als Rittersart, recht und gewonheit ist*, absolute concluditur.
7. Praeflationes hominum propriorum vel denotant absolutam qualitatem personae, vel bonorum, suntque adeo vel reales, vel personales. Reales persolvuntur salvo caeteroquin honore personae, quo sibi chartis & monumentis, *Mortuarium* in sensu communito referimus.

3. Tricis infinitis, & principiis nunquam inter se cohaerentibus, adeoque quaestionibus forenlibus nunquam justo modo explicandis se involvunt leges, qui instituta Germanorum privata, domesticis olim juribus, iisque communibus ad amulmum descripta, pro arbitrio informant, novam iis speciem & naturam adtingunt, adeoque monstrofi juris progeniem efficiunt; quemadmodum exemplis mortuarii, juris detractus, propolii, e. i. p. in diversis Germaniae territorii liquet.

EX JURE ECCLESIASTICO PRIVATO.

1. Excommunicationi, tanquam poenae mere spirituali, effectus seculares ex voluntate Imperantium annexi sunt.
2. Poena conventionalis, nisi sit immodica, sponfalibus licite adjici potest.
3. Imperantibus civilibus jus competit statuendi impedimenta matrimonii ratione contractus.
4. Matrimonio contrahendo pactum de servanda continentia perpetua adjici nequit.
5. Decimae a principibus omnino tolli possunt, si clericis congrua sustentatio aliunde suppeditata sit.

EX JURE FEUDALI.

1. Libri juris feudalis Alemannici, Saxonici, Francici & Bavarici usum tantum historicum, non vero in decidendis causis normam praebent.
2. Capitula extraordinaria II. f. 57. adjecta vi legis carent.
3. Bona solaria vulgo *Sonnen-lehn* dicta, non feudis sed allodio ad censenda sunt.
4. In feudo, pro masculis & foeminis indefinite dato, *Sohn- und Tochter-lehn*, foeminis jus succedendi *subsidiarium* datum esse praesumitur.
5. In dubio pro feudo antiquo est praesumptio ad effectum defendendi agnatos in possessione feudi pendente lite cum domino II. f. 26. pr.
6. Quamquam subvassallus vassallus sit subdomini, non vero domini superioris, huic tamen obnoxius est ad praestanda servitia, si per subdominum evocatur.
7. Cum Vicariis imperii in *A. B. c. 5. §. 1. Capitul. noviss. art. 3. §. 16.* generatim data sit potestas vacante imperio judicia exercendi: iisdem & jurisdicatio feudalis intuitu feudorum imperii, sive regalia sive non regalia sint, competere videtur.

EX

EX JURE CRIMINALI.

1. Jus aggratiandi principi competit in delictis quibuscumque, etiã jure divino jam poena notatis, quo tamen sine causis gravissimis in atrocioribus non utitur.
2. In omnibus delictis, exceptis gravissimis, leges, usus fori & sana philosophiæ criminalis principia, in determinatione poenarum dignitatis statusve respectum habendum esse, recte statuunt.
3. Ob singulares circumstantias poena extraordinaria, ut & arbitraria, ad capitalem extendi potest.
4. Ergastula instituendi jus inter *imperii civilis & sublimis politiæ* jura referendum esse, ex luculentis juris publ. univ. principiis efficitur; inde nec nobiles aliique status provinciales vi jurisdictionis criminalis ipsis propriæ illud sibi arrogare possunt.
5. Quamdiu remedium eruendi veritatem minus periculosum, quam torturam, non habemus, cautus ejus usus non est rejiciendus.
6. Quid sentiam de omnimoda abolitione poenarum capitalium, in defensione declaro.
7. Laedens læso etiam propter dolores tenetur.

EX JURE PRIVATO ILLUSTRUM.

1. Principibus & statibus Germaniæ in fratres appanagiatos nulla in personalibus competit jurisdictio aut imperium.
2. Legitimus per subsequens matrimonium, si ex matrimonio intermedio filius legitimus fuerit natus, in hujus præjudicium jus Primogenituræ non acquirit.
3. Pater Elector potest filio suo impuberi testamentarium dare tutorem.
4. Si filia pro se & hæredibus suis hæreditati paternæ renuntiaverit, & postea moriatur ante patrem, liberi ejus, si cum avunculis vel horum filiis concurrant, a successione avi excluduntur.

EX PRAXI IMPERII COMMUNI ET SUPREMORUM IMPERII TRIBUNALIUM.

1. Reus tenetur ad edenda instrumenta.
2. Privati litigantes competens forum suum præterire, litemque ad extraneum judicem, invito eo, cui subjecti sunt, deferre non possunt.
3. Erronea est opinio, illi, qui semiplene probavit, juramentum præcise suppletorium esse deferendum.
4. Causa

4. Causa juramento voluntario decisa, probatione perjurii suscepta, retractari potest.
5. Officiales Cancellariae & Archivi judici Cameralis pro paritate religionis ab Electore Moguntino nominari, absque fundamento a protestantibus urgetur.
6. In causis recursuum a supremis imperii tribunalibus merito petenda est informatio.
7. Judicata Camerae in vim legis valere oppido falsum est.
8. Sub certis limitationibus etiam in causis politiae ad suprema imperii tribunalia patet aditus.
9. Jurisdicctio supremorum imperii tribunalium ex L. un. C. quando Impr. inter pup. fundata haud est.

EX JURE CAMBIALI.

1. Per prolongationem cambii novatio non inducitur.
2. Indossatorio in procura omnes exceptiones, quas pati debuisset indossans, opponi posse certum est; idem de indossatorio per modum cessionis tali autumo.
3. Praesentans acceptationem in honorem literarum agnoscere tenetur.

EX STATUTARIO MOGUNTINO.

1. *Statut. Mog. Tit. 8. §. 4.* tres testes in testamento mere probationis gratia requirit; ideoque filius haeredis, licet emancipatus, testis habilis non est.
2. Ex praxi Mog. illa tantum uxor pro mercatrice habenda est, quae expressum societatis contractum cum marito iniit.
3. Jure Statut. Mog. fructus ultimi anni debentur supersiti conjugii, etiam si adsint liberi prioris thori.

Mainz, Diss., 1786

ULB Halle
005 822 564

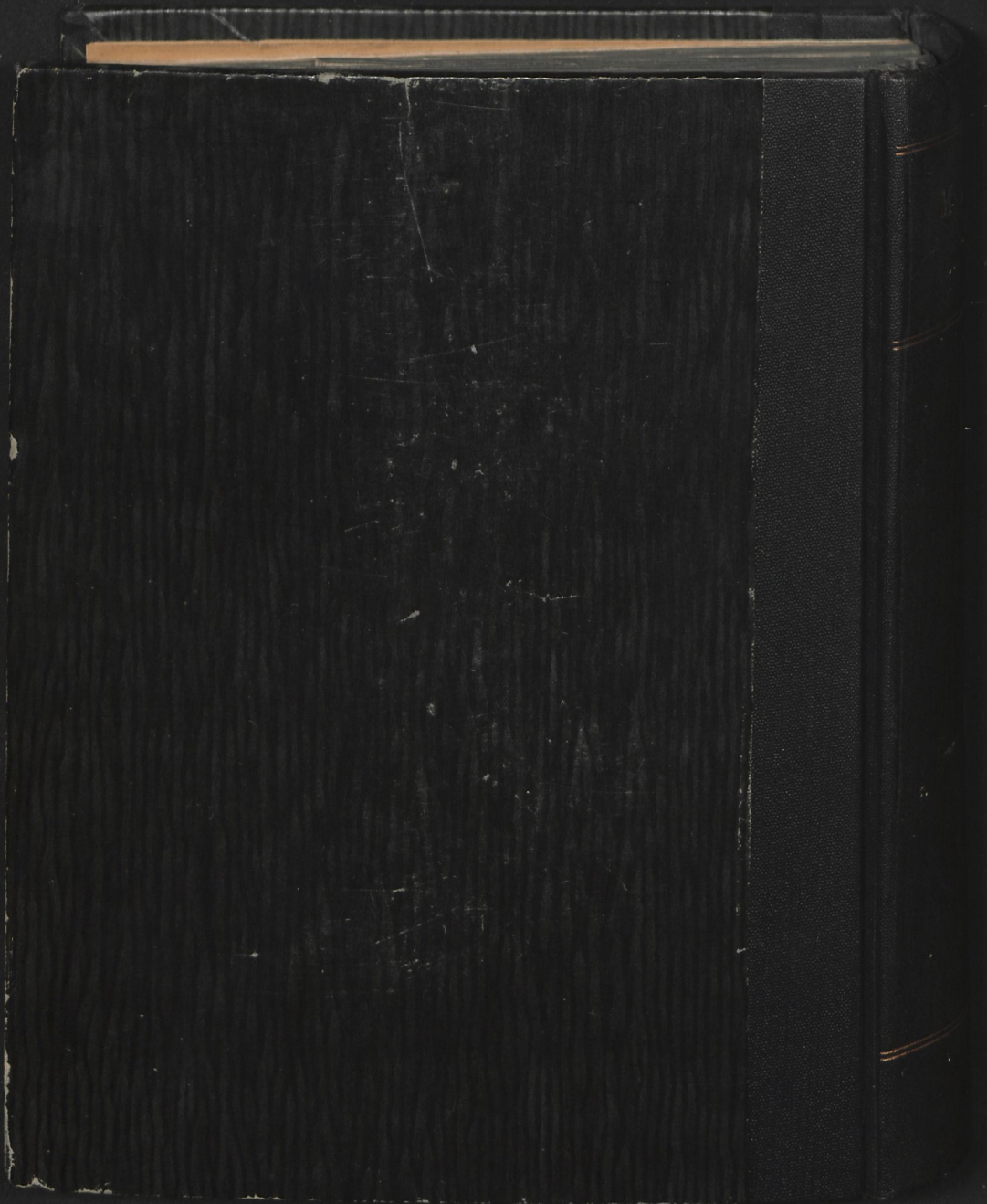


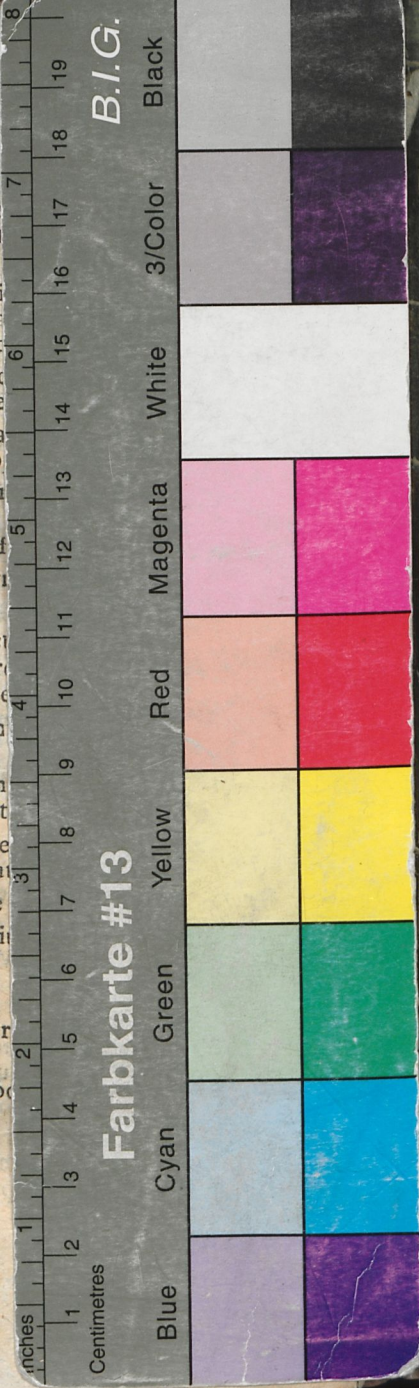
3

KDIP

TA → OL







DISSERTATIO
INAUGURALIS JURIDICA
DE

FIDEIUSORE,
QUI UT DEBITOREM PRINCIPALEM
SE OBLIGAVIT, BENEFICIO ORDINIS
GAUDENTE.

QUAM
UNA CUM SELECTIS EX OMNI JURE POSITIONIBUS
EX INDULTU INCLITAE FACULTATIS JURIDICAE
IN ALMA UNIVERSITATE MOGUNTINA

SINE PRAESIDE

PRO SUMMIS IN UTROQUE JURE HONORIBUS ET PRIVILEGIIS RITE CON-
SEQUENDIS PUBLICAE ERUDITORUM CENSURAE SUBMITTIT

AUCTOR

CAROLUS ANTONIUS SCHAAB

MOGONUS,

AA. LL. ET PHILOSOPHIAE MAGISTER

DIE 27 APRILIS MDCCCLXXXVI.

MOGUNTIAE,
Ex Typogr. Elect. Aul. Acad. privil. apud JOANN. JOSEPH. ALEF,
Haered. HAEFFNER. 1786.

