





DISPUTATIO INAUGURALIS JURIDICA

De

HEREDE
FIDEJUSSORIS

occasione l. ult. C. de Evict.

Quam

DIVINA ANNUENTE GRATIA
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO

SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

DOMINO

VVILHELMO HEINRICO

DUCE SAXONIE, JULIE, CLIVIE AC MONTIUM &c. &c.

ex Decreto & Autoritate Illustris JCorum Ordinis
in hac Alma Jenensi

PRÆSIDE

Viro Magnifico ac Excellentissimo

DN. JOH. BERNHARDO Griesen /

Hereditario in Posen / Jcto,

Sereniss. Duc. Saxo Henac. Consiliario Aulico & Consistoriali splen-
didissimo, nec non Antecessore & Facult. Jurid. Assessore gravissimo,

Domino Patrono suo maximo, summa observantia etatem devenerando

PRO LICENTIA

Summos in utroque Jure Honores & Privilegia Doctoralia
rite & legitime consequendi

die Decembr, A. O. R. MDCCIV.

placido Eruditorum Examini hor. ante & pomerid. submittet

JOHANNES CHRISTIANUS HILDEBRANDUS

Lign. Siles.

JENÆ, Literis WERTHERIANIS.

Nobilissimo ac Consultissimo

DOMINO

JOH. CHRISTIANO
HILDEBRANDO,

Jcto celeberrimo,

Statuum Ducatus Lignicensis
Agenti Vratislaviæ
meritissimo,

PATRUO ET FAUTORI MEO

aternum venerando,

felicitem perpetuam devotâ
mente apprecans,

Inauguralem hanc Disputationem

dat,

dicat,

dedicat,

Joh. Christ. Hildebrand.



Cum necessitas Disputationem & quidem Inauguralem conscribendi à me, ut de materiâ quâdam non adeo inutili sollicitus essem, efflagitaret, heredem fidejussoris in evictione recepti in memoriam revocavi, quem nunc publico examini cum aliis eò pertinentibus sisto.

Tu, Benigne Lector, conatus meos, si reluctante atque invitâ Minervâ non omnia sat prudenter ac eruditè pro thematis dignitate gessi atque elaboravi, æqui bonique consulas, maximo rogo opere, Sit itaque

Thef. I.

DE Herede fidejussorum prius pluribus quam agamus, non immeritò de vocum quarundam evolutione sumus solliciti, si non necessarium, saltem non inutile fore, arbitror, à consuetudine minimum haud erit alienum. Quâ de causâ primùm quid per heredem significari velimus, investigandum. Utut vero penes ferè

A 2

omnes

omnes expeditum, heredem pro Domino accipi & pro herede gerere, sit pro Domino gerere §. ult. *Inst. de hered. qual. & differ.* & pro Domino administrare sit, pro herede administrare *l. si is 22. in fin. de acquir. hered.* Idem & Festus attestetur, quod heres pro Domino sumatur, & Tryphoninus in *l. de hereditate §. 4. de castrensi pec.* si pater ut heres i. e. ut Dominus filio vivo vindictam servo imposuit, asserat. *Plautus Menach.* abstuli hanc, cujus heres nunquam erit post hunc diem, & sic itidem heredem pro Domino accipiat, nemoque facile reperiatur dissentiens. Unde tamen hæc vox manarit, varia Doctorum opinio facit ambiguum & incertum. Cum iis, qui heredem ab herō tanquam fonte derivant, facere recusant, qui syllabæ prioris, quæ in herō corripitur, in herede producitur, utique in ea diphthongus sit, rationem habent: adeoque diversam vocum quantitatem hanc opinionem refellere opinantur. Alii verò ab hærendo heredem deducunt, eam ob rationem, quod proximus defuncto in dominio bonorum hæreat & hoc proprium nomen sit, non extraneorum, sed suorum, quod vel hinc intelligatur, quia hi soli exhæredantur optimâ ratione: cum filiusfam. eadem in familiâ & domo hæreat, itaque non heredare dicimus, quia suo juri filius adhærescit: sed exhæredare quasi convellere & dimovere, heres autem ipso jure filius, & quidem suus heres est. *Calvin. Lex. voc. Heres. Isidor. lib. 9. Etym. c. 5.* ab ære heredem dici vult, eo quod & Lex XII. Tab. hæreditatem interdum pecuniam vocet *Myns. ad §. ult. Inst. de hered. qual. & diff.* Hotomannus referente *Myns.* ab Era s. *negæ* quod terram significat, unde heredium apud Varronem, agellus, qui heredem sequebatur. *Myns. supra cit. loc. ulterius refert:*

refert: non absurdum fore ab *ercisco* deducere, quod est *divido*, cum & sapissime in *Pand. Flor. Eres & Ereditas* scribatur. Sed quemadmodum *Bachov. ad d. §. ult. Inst. de her. qual. & diff.* Mynsingeri opinionem improbabilem autumat, ita ex omnium reliquis priorem heredem ab *hero* non sine fundamento eligo & sequor, cum hæc derivatio rei significationi, cujus potior, quam syllabarum quantitatis ratio habenda, magis conveniat, præstat enim vocum significatio tanquam potior & formalis verborum pars materiali scil. literis & syllabis, cujus & pars est quantitas. Quantitate quoque primitivum & derivativum non semel differre, non quidem probant voces à *Bachov. d. loco* relatæ, scilicet quod à *legendo, struendo, tuendo, lectorem, structorem, tutorem* derivemus; nam in prioribus illis duabus productionem facit adjecta consonans, in posteriori autem videtur ratio specialis, quod videatur intervenire quædam quasi contractio, ut sicuti *tuitus tutus*, ita *tuitur tutor*, quod facit syllabam longam; neutrum vero procedit in *hero* & *herede*, sed instar omnium est, quod *perjurus* dicatur à *pejero*, quantitate, quæ discrepant. Plura habet *Gell. noct. lib. 12. c. 3.* quod & *Becmannus de originib. Lat. Ling. pag. 534.* sentit utramque vocem ab *hæa* i. e. *aer* deducens. Et *Manutius* in *Festo*, libris ac lapidibus vet. *Heres* sine diphthongo spectari asserit. Est vero nobis nunc *heres* nihil aliud, quam successor in universum jus, quod defunctus habuit. *hereditas ff. de R. J. ubi DD.*

Thef. II.

Nunc progrediendum ad alterum scil. *fidejussoris* verbum, quod non natum aut simplex, sed junctum sive

§ (c) §

compositum est, ab origine factum duplici, à fide nimirum & iussione, ut fidejubere nihil sit aliud, quam fide sua jubere *l. 60. §. 1. ff. mand.* per fidem igitur hic fidem politicam intelligimus, hoc est dictorum conventorumque constantiam & veritatem. *Speckh. Cent. 3. cl. 1. q. 32.* Cujus crebra fit mentio in jure nostro *l. 11. §. 1. ff. de act. emt. l. 21. ff. loc.* fidejussor differt à mandatore, ille enim alieno nomine obligatur *l. 1. §. 8. ff. de O. & A.* Mandator suo nomine *l. 28. ff. mand.* differt etiam ab Expromissore, fidejussorem qui dat non liberatur. Expromissorem qui dat liberatur *l. ult. ff. ad SCrum Maced. l. 7. §. 8. ff. de dol. mal.* & quasi fidejussor appellatur *in l. 30. §. 1. ff. de pact.* Differt quoque à Constitutore. Non fidejubet quis pro se ipso, sed constituit etiam quis se ipso. *§. 9. 7. de Act.* Cœterum fidejussor tamen si alieno nomine promittat, non minus & ipse promittendi reus est, aut de se promittit, quam principalis reus *l. 1. §. jubet ff. de colat. bon. l. 4. §. 1. l. 65. ff. de fidejuss.* sed quia id alieno nomine, seu in alterius causam facit, ideo dicitur adpromissor *l. 5. §. satis de verb. oblig.* Sed salvâ pietate licet pro alio fidejubere, argumento *l. 3. ff. de iust. & jur. l. 7. ff. de serv. export. Epist. Paul. ad Philem. vers. 18.* neque assertio hæc exemplis in S. Codice expressis destituitur, *Gen. 42. & 43.* Quamvis diffidendum haud sit, multis magnisque difficultatibus fidejussores implicari & fidejussiones cum summo rei familiaris & patrimonii damno junctas, Ausonio in ludo Sept. Sapient. Teste:

*Per mille possum currere exempla, ut probem,
Prædes vadesque pœnitudinis reos.
Sed nolo quæquam nominatim dicere.*

Sibi

*Sibi quisque vestrum dicat, & secum putet,
Spondere quantis damno fuerit & malo;*

Sed hoc potius debitoris vel perfidiæ, vel inopiæ, & sic casui fortuito magis quam vitio hujus contractus tribuendum. Neque fidejussio *Proverb. c. 20. v. 16. & c. 27. v. 13.* improbat, sed inconsulta & temeraria à quâ ut absterreantur, qui facile interveniunt, laudabile est. Sane prohiberi civem posse, ne sine consensu ultra certam quantitatem fidejubeat, dubio caret. Hinc *Besold. Thes. pr. 2. p. 863.* Zu Freyburg in Breißgau darff kein Untertan sich über 100. oder 200. Gûlden ohne Obrigkeitlichen Consensum Bürgen obligiren.

Thef. III.

Quia autem *l. ult. C. de evict.* non generaliter de heredem fidejussoris loquitur, sed de eo, qui in evictione intercedit, necessitate ita exigente, in ejus contemplatione paululum subsistimus: evincere autem idem significat, quod vincendo extorquere *Liv. Lib. 2. ab U. C.* Compositum enim est ex præpositione separabili e & vincere, intelligendum vero hic legitimo modo, i. e. Judicis cognitione vincere, & cum adjecta præpositio e augeat vocis significationem, non solum vincere, sed & judicis sententiâ rem abducere denotat. *Gotthofr. ad rubric. h. t.* adeoque evictio, est ablatio amissionis rei iusto titulo acquisitæ, facta sc. autoritate judicis *l. 63. de Evict.* requiritur enim, ut per victoriam in *Judicio* obtentam h. e. per *Judicem* auferatur *l. non tamen 24. ff. eod. Vult. l. 4. in Comment. Inst. 66. §. 16. n. 110.* In omnibus autem contractibus, qui habent causam non lucrativam, obtinere evictionem, cum *Valla in Tract. de reb. dub. dicimus.* Præcipue tamen
ejus

ejus præstatio in rebus emtione quaesitis locum habet per
l. 1. b. t. l. 16. & pass. Cod. eod. l. 11. §. 2. de act. emt. Dn.
Franz. b. n. 190. Pariter in permutatione *l. 29. C. b. qui*
contractus emtioni & venditioni est similis §. 2. Inst. de emt.
& vend. In locatione conductione *l. 9. pr. l. 33. loc. nec*
minus in contractu feudali &c. II. f. 8. n. 4. Præterea
 de jure patronatus Ecclesiastico sciendum, quod cum titu-
 lo emtionis acquiri possit, si cum universitate vendatur
l. 6. & 7. X. de jure patron. conf. Ziegl. ad Lancell. l. 1. t. 28.
§. 13. eo etiam casu sit præstanda evictio. Idem quoque
 de jure patronatus seculari affirmandum, vid. *Bald. in l. 1.*
in f. de per. & com. rei vend. iniquiens: quod si evincitur
jus patronatus, competit actio pro evictione, quod etiam ex
l. notabili 43. de act. empt. apparet, ubi Jctus dicit: *manu-*
missione non amitto eo modo (sc. cum destituatur jure
 patr.) *ex empto actionem.* Licet enim aliàs qui liberum
 habet, non dicatur eo locupletior *l. 5. in fin. de præscr. verb.*
 attramen si ipsi aufertur, censetur fieri pauperior. Ideoque
 cum ejus peculiariter intersit, patronatus jus non amisisse,
 actionem ex emto habet *d. l. 43.* Nihil verò interest,
 sive tota res, sive ejus pars sit evicta *l. 2. l. minor 39. §. si à me*
l. 45. ff. de Evict. nam quod juris in toto, illud etiam est
 in parte. *l. 76. de R. V.* Quemadmodum verò venditæ res
 & traditæ, non aliter emptori acquiruntur & dominium in
 eum transfertur, quàm si pretium solutum, aliove modo
 venditori sit satisfactum *§. 41. f. de R. D.* ita etiam requi-
 ritur, ut locus sit evictioni, rem esse traditam *argum. l. 16.*
ff. §. 1. b. t. pretiumque solutum aut eo nomine satisfa-
 ctum *l. 11. §. 2. de act. empt.* & deinde evictam *l. 16. §. 1. b. si*
 nondum evicta, licet res aliena vendita, frustra de evictio-
 ne

ne agitur *l. 3. C. b.* Non verò sufficit adjudicatio, ad actionem hanc instituendam ut tradit *Theſſaur. Decif. 102. Schul. ref. pract. 41. q. 56. n. 40.* à quibus Dn. Frantzk. non sine iuſta cauſa *ad h. t. n. 615. & n. 774.* cum Dn. Struv. diſſentit, necesse etiam est, ut executio fuerit facta: tunc enim res dicitur evicta, si non solum per sententiam iudicis sit evicta, sed si cum effectu videlicet ex cauſa iudicati abducta sit. Denunciatione porro *l. 8. C. b.* cum interpellatione *l. 23. C. eod. l. 29. §. ult. ff. h. t.* rite facta, simpliciter, vel duplum, triplum &c. prout convenerint partes, cum lex contractui sic adjecta sit servanda *l. 74. ff. b. venditor restituere tenetur.* Si nihil dictum ad præstandum interesse erit obstrictus *l. 6. l. 9. l. 25. C. b.* Constat autem auctoritatem, ut ait JCtus *in l. fin. ff. de evict.* amitti, i. e. actionem de evictione denegari; si res ob fatalem necessitatem absit, puta mortem vel alium casum fortuitum *l. 21. b. l. 11. eod. l. 26. C. b.* hinc quaritur, an factum Superioris casui imputari possit? & Resp. sub distinctione, si res à Principe de facto auferatur, uti in *d. l. 11.* cum ei resisti nequeat, posse. *Berlich. Dec. 130. Frantzk. ad tit. de evict. n. 771. & 772. in fin. Carpz. V. Resp. 45.* sin autem non defacto; sed de jure illam auferat, casui neutiquam imputari poterit. It. si per violentiam alterius res sit ablata *l. ult. C. de act. empt.* si culpa emptoris evincatur *l. 27. ff. b.* Si feudum sine consensu Domini venditum, licet de evictione præstanda expresse conventum, tamen cum fiat contra legem *II. f. 55.* ideo pactum illud vel stipulatio effectum habere nequit *l. 5. C. de LL. & constit. Dn. Struv. in Syn. Jur. Feud. c. XIII. a. 9. n. 14.* emptori autem b. f. datur actio ex empto, *II. f. 20. add. Dn. Struv. d. c. a. 11.* Si ex præscriptione, lapso tempore appellationis rem ami-

B

fit

fit emptor, *l. 63. §. 2. ff. b.* Si nomen, quale sit, venditum vel in solutum datum *l. 74. §. 3. b.* verum, licet de qualitate, an sc. exigi possit, non teneatur, attamen veritatem praestare cogitur *d. l. 74. b. §. l. 4. de hered. vel act. vend. nec non si Judex litem suam fecerit, &c. l. 5. l. 51. ff. b. l. 8. l. 15. C. eod.*

Thes. IV.

Fidejussores verò etiam in evictionibus recipiebantur: Quamvis enim ex natura contractus teneatur venditor *l. 6. C. de evict.* etiamsi nihil super eà convenerit *d. l. 6.* quia indemnem emptorem servare debet, tamen plerumque per stipulationem, sine tamen satisfactione *l. 56. ff. de evict.* caveri hoc nomine solebat. *Wesemb. par. ad tit. evict. n. 2.* cujus utilitas, si sit dupli vel tripli per se patet; sed si simpla videtur inutilis, cum minus contineat, quam actio ex empto. Sed nemo prohibere potest, quo minus ita conveniant partes, & est in *l. 27. §. l. 56. ff. de evict.* *Bachov. ad Wesemb. de evict. n. 2.* Deinde quando initio statim imminet periculum evictionis *l. 24. Cod. eod. §. l. pen. §. f. de per. & com. rei vend. & loci consuetudo* hoc admittat. Hic fidejussor, qui pro evictione acceptus, dicitur secundus Author *l. 4. in pr. ff. de Evict.* Græce *ὑπεβάτωρ* Nov. 4. c. 2. Confirmator Cic. pro Cluent. unde actio de evictione appellatur *ὑπεβάτωρος δίκη*, Germanice *GewehrsBürge*. *Habn. ad Wesemb. de evict. n. 2.*

Thes. V.

Quibus præmissis nunc legem *fin. C. de Evict.* considerabimus, quam Pinellus *ad l. 1. C. de bon. mar. p. 3. n. 33. p. 407.* appellat difficilem & eo referente Bartolus legem singularem, qui eam nescire profitetur. Baldus verò mirabilem, de qua cogitandum sit. Et non diffitemur Pinellus

nellus difficile esse rationem assignare, quā in re etiam
 Glossa deficiat: adeoque circa hujus legis intellectum
 variasse antiquiores, dum juxta *Glossam ad d. l. fin.* pre-
 mebantur difficultate regulæ, scilicet: *Quem de evic-
 tione tenet actio, ipsum agentem repellit exceptio l. ii.
 Cod. de evict.* Rejicitque Pinellus quorundam resolyen-
 tium opinionem, quod heres fidejussoris ideo non tenea-
 tur, neque repellatur, quia non consensit, fidejussor vero
 non audiatur, quia consensit: quia heres etiam tenetur,
 ubi non ipse, sed solum defunctus consensit, fidejussio
 enim fit per stipulationem §. 9. *Inst. de Act.* stipulatio au-
 tem est contractus *tot. tit. de V. obf.* ex contractu vero est
 obligatio, quibus consequens est, ut obligatio, quæ in fi-
 dejussione est, in heredes utrinque sit transitoria: Obliga-
 tiones enim, quæ sunt ex conventionibus, utrinque in he-
 redes sunt transitoria, tamen si heredum expresse mentio
 facta non sit. Ex quo est, qui ex conventionione est debitor,
 ipse teneatur, & mortuo eo ejus heres *l. si pactum 9. ff. de
 probat.* sicut è contrario haud minus debetur heredi cre-
 ditoris ipso mortuo atque debeatur creditori ipsi. Ni-
 hilo magis placet Fulgollii resolutio, quod fidejussor non
 teneatur de evictione, sed ex consensu, quia *l. ult. Cod. de
 evict.* aperte contradicit, scilicet fidejussorem de evictio-
 ne teneri, imo possibile non est, fidejussorem aliter, quam
 ex conventionione cum eo inita adstringi, quæ certe est sti-
 pulatio fidejussoria. Pinellus vero resolyendam esse Ie-
 gem hoc modo, arbitratur: diversam nimirum esse ra-
 tionem inter venditorem & fidejussorem, venditor enim
 rem ut suam vendit, inde nec ipse, nec heres debet rem
 ab emtore avocare, quod sit evidens repugnantia, quæ
 semper vitanda, fidejussor autem accedit pro interesse,

secuta evictione, & rem non suam magis esse fateri videtur, unde ejus heres facilius ad rem vindicandam admittitur; id autem cum temperamento intelligendum, ut tunc non admittatur heres jure hereditario, si allegaret rem fuisse fidejussoris, cui ipse successit, sed tantum jure proprio.

Thef. VI.

Sed & hac resolutio Pinelli non videtur textui satis conformis, quia expresse in *l. ii. C. de evict.* ab Imp. rescriptum, quod fidejussor venditioni adeo consensum dederit, ut se etiam pro evictione obligaverit. Unde Gothof. ad eandem legem scribit: consentit venditioni, qui fidejussor *l. 7. C. quod cum eo.* Deinde etsi ita sit & non consenserit fidejussor venditioni, nondum tamen liquet, quare heres fidejussoris alio modo, quam defunctus obligetur, cum illum representet & in universum ejus jus succedat.

Thef. VII.

Neque arridet eorum legis finalis interpretatio, quod fidejussoris heres possit ex propria persona, sive ex dominio proprio ipsi jure, non ex jure hereditario competente rem vindicare, neque exceptione doli mali institutam actionem excludi, ob hanc diversitatis rationem: Quod fidejussor ipse venditionem approbaverit, illa vero approbatio sit aliquid personale, quo quidem ipse a vindicatione suae rei per exceptionem doli mali excludatur, non vero afficiat heredem: adeoque non impediat, quo minus rem suam ex proprio, non ex jure defuncti, ab emptore queat repetere. Nam haec quidem vera sunt, & personale est, quod fidejussoris heredem nullo afficit in commodo; sed quare hoc ita fiat, & quo nitatur Principis rescriptum fundamentum-

damento, non exprimitur, quod tamen exigitur, si diversitatis ratio aliqua fidejussorem inter & heredem intercedat, neque satis est ostendisse duo diversissima inter defunctum & heredem constituta, sed quid moverit Legislatorem, quod varie rescripserit, cum legi ratio insit, quæ & verbis potior *l. 17. ff. de LL.* Neque resolvitur nodus & quæstionis difficultas, si afferas heredem tantum succedere in obligationem ex fidejussionis contractu fluentem. Desideratur enim adhuc ratio, quamobrem heredis obligatio sit levior fidejussoris ipsius, cum tamen hujus personam heres representet. Hæc ratione non allatâ, non cessat utriusque legis, potissimum *legis final. Cod. de evict.* difficultas.

Thes. VIII.

Perezus in *Cod. tit. de Evict. n. 3.* fidejussorem venditoris rem evincere posse per *l. 11. Cod. de Evict.* negat, quia de evictione se obligavit. Legem vero ultimam non loqui de fidejussore, sed de ipsius herede, qui ex sua personâ non impeditur vindicare rem, pro quâ defunctus intervenit. Facit in hanc rem, quod quoque in *Zaf. tit. ff. de evict. n. 9.* continetur, quod fidejussor tantum compellatur ratione præstiti consensus in rem vendendam, quo sibi præjudicat, & illi qui ex jure ejus, scilicet hereditario, velit rem vindicare, non etiam proprio jure, quo heredi permissum est vindicare rem suam, quia consensus fidejussoris defuncti hunc casum non includit. Verum enim vero non inficior quidem nonnulla hæc allata, quæ legibus respondent; sed omnem exhauriri legis ult. difficultatem, persuadere mihi haud valeo. Quod enim fidejussor repellatur à vindicatione rerum suarum,

quia per fidejussionem de evictione se obligavit, verosimile non est, & si subsisteret ægre ipsius heres ad petendam rem suam ex proprio jure admitteretur, cum utique in obligationem de evictione præstandâ quoque succedat. Imo hoc fundamentum subsequenti rationi ex Zoëtio prolata reluctaretur, utpote quæ vult aliter fidejussorem, quàm ejus heredem obstrictum esse. Quæ quoque ratio nequiquam contemnenda, modo simul demonstrasset Zoësius, quare non æque heres, quam fidejussor ipse sit obligatus. Dicere consensum fidejussoris defuncti hunc casum non includere, omnem non removet dubitationem, superest enim designare causam, quare consensus defuncti fidejussoris hunc casum non includit, in quo ipso rei cardo versatur. Non enim casum decedit; qui diversa jura allegat, sed is demum rem attingit, qui rationem horum admittendam in medium producit.

Thef. IX.

Sunt qui sapius nominatam *legem ult. Cod. de Evict.* sequenti modo interpretantur; scilicet, quod multum interfit, an venditori, an vero ei, qui evictionis nomine fidejusserat, heres exstiterit is, cujus res vendita fuit. Qui enim ipsius venditoris heres est, venditionem ratam habere cogitur, nec defuncti cujus personam gerit, factum impugnare potest. Nec proinde rem suam vindicare *l. 73. ff. de evict.* si non legibus improbata venditio est. At is, qui non nisi fidejussoris de evictione dati heres est, si rem venditam ut suam vindicet, nihil facit contra voluntatem factumve ejus cui successit, ideoque, quamvis de evictione ex causâ hereditariâ teneatur *l. ult. C. de evict.* nullâ tamen exceptione repelli potest, si modo evictio-

evictionem, quam defunctus promissit, præstare paratus sit. Ita differit *Faber in Cod. de Evict. definit. 3.*

Thef. X.

Sed eodem, quo prior resolutio, laborat defectus. Nam quod, heres venditoris possit per exceptionem repelli, secus vero in herede fidejussoris eveniat, assignanda erat ratio, quæ diversa suadeat. Imo & illud demonstrandum erit, quare heres fidejussoris non agat contra factum defuncti, venditoris vero heres adstringatur facto defuncti. Sane quia fidejussor ipse repellitur exceptione opposita, debet idem heres defunctum repræsentans pati, & non potest minus contra factum fidejussoris agere, quàm fidejussor ipse, cum etiam ut fidejussor evictionem præstare debeat, adeoque obligatio heredis non sit aliâ quàm defuncti, ex cujus solius facto obligatur. Reliquum itaque est, ut ostendatur, quare aliud in fidejussore, quàm in ejus herede obtineat.

Thef. IX.

Barbosa in L. Lucius Titius 38. ff. solut. matr. n. 24. tradit: advertendum esse, legem fin. C. de evict. probare, quod licet fidejussor datus, per venditorè emtori, non possit rem evincere ab emtore, sed ei vindicanti obstet doli exceptio l. exceptione C. de Evict. tamen ejus heres poterit eam rem evincere ab emtore. Et hinc *Bartolum & Baldum*, ut & *Salyc.* illum textum reputare singularem. Et colligit porro, licitum esse heredi evincere id, quod non poterat, defunctus, sed hoc esse mirabile pronunciat *Berojum in c. si quis Presbyterorum. n. 46. ad fin. de rebus Eccles.*

Thef.

Quà autem ratione cum *Barbosa ex l. fin. C. de Evict.* colligere sit, quod licet fidejussor datus per venditorem emtori, non possit rem evincere ab emtore, haud possum conjicere, cum ne verbum quidem reperiat de fidejussore vindicante rem suam, consequenter nec ei exceptio doli objici poterit. Neque in lapsus nominato textu propositus casus, in quo fidejussori defuncto aliquid denegatum, quod heredi ejusdem concessum, idcirco nihil ibidem invenitur singulare, unde nomen singularis mereatur, multo minus quicquam admiratione dignum offenditur. Et cum ibidem heredi tribuatur vindicatio, tanquam rei suæ, quomodo fingi possit, fidejussorem ab istius rei vindicatione, mediante exceptione doli mali, removeri, ejusque heredem admitti, cessante illa doli exceptione, nec concipi quidem recte poterit. Si enim fidejussori concessa vindicatio, non poterit ejus heres aliter quam hereditario jure eandem vindicare, & non minus quam defunctus patietur actionis intentata exclusionem. Si vero ex proprio jure emtori movet litem, non poterit hoc fieri hereditario, idcirco ei nihil largiuntur jura, quod defuncto denegassent. Hæc itaque legis finalis interpretatio neutiquam toleranda erit.

Thef. XIII.

Ut itaque veram & genuinam legis *ult.* mentem eruamus & ab omnibus haud sufficientibus interpretationibus liberemus, præmittendum esse primo censeo, & quidem *ex B. Struvio Syntagm. Jur. Civ. Exerc. 6. tit. 23. & seq.* Qui ea omnium optime, quantum novi, proposuit. Quod alia dicantur, substantialia contractus; alia naturalia

ralia; alia accidentalia. Substantialia duplicis generis sunt, scilicet de re modo per se dicendi primo (*nim. genus & differentia*) & secundo (*proprium*): adeoque omni & semper insunt, nec possunt salvâ essentia immutari & abesse. Quæ vero neutro modo *id est nec primo, nec secundo modo dicendi per se*, de re dicuntur, accidentia appellantur. Hæc accidentia in legalibus præsertim rebus & actibus sunt duplicis generis: quædam ex essentia quodammodo fluere videntur, ita, ut secundum legum dispositionem, licet non exprimantur, insint, aliter tamen de iis, salvâ essentia ipsâ, possit conveniri *l. 11, §. 1. de act. emt.* & hæc *naturalia* vocantur *arg. d. §. 1. l. 5. §. pen. de P. V.* Quædam vero plane non fluunt ex essentia, sed per pacta contra vel præter ea, quæ regulariter insunt, adjiciuntur, & in specie accidentalia, item conventionalia dicuntur. Sunt itaque substantialia contractus, quæ ad ipsius essentiam spectant. Sic in genere omnium conventionum substantiale est consensus *l. 1. ff. de pact.* ac in specie v. g. emtionis venditionis consensus initus de certâ merce pro certo pretio vendendâ *pr. & §. 1. & 2. Inst. de emt. & vend.* sive eandem necessario consequantur, sic in genere omnium conventionum substantiale consequens est, præstatio doli *l. 23. ff. de R. J.* in specie vero emtionis venditionis traditio rei & pretii numeratio *§. 1. de emt. vend.* Naturalia contractus sunt, quæ contractibus, etsi non exprimantur, secundum ipsam legis dispositionem regulariter insunt, conventionem tamen partium abesse vel mutari possunt; sic omnium contractuum naturale est, præstatio lætæ, levis & levissimæ culpæ, secundum cuiusque contractus indolem *l. 23. ff. de R. J. l. 5. §. 2. ff. comm.* in specie vero v. g.

C

em.

§(18)§
emtionis venditionis, præstatio evictionis l. ii. §. 2. de
act. emt.

Thef. XIV.

Ex quibus allatis nunc luce meridianâ est clarius, quod evictio, quia ab emtione salvâ ejus substantia abesse potest, non ingreditur essentiam emtionis: adeoque diversissima sint emtio venditio & præstatio evictionis. Porro fidejussor, qui pro evictione præstanda, mediante stipulatione intervenit, pro objecto neutiquam habet emtionem & venditionem, sed evictionem duntaxat & sic rei tam ab emtione distinctâ, ut etiam ab illâ separari commode, integrâ manente naturâ emtionis, queat. Cum vero obligatio defuncti, regulariter in herede non alteretur, sed utrinque maneat eadem, nec heres fidejussoris aliter quam ad evictionem præstandam obligabitur. Commodum itaque & onus obligationis, quemadmodum apud defunctum obtinuit, ita cum iisdem qualitatibus ad heredem transit.

Thef. XV.

Antequam ulterius procedam & ipsum textum aggre-
diar, præmittendum & hoc puto, diversos in l. ii. §. ult.
Cod. de evict. contineri casus, & in illis proferendis ne er-
ror committatur; sequar hâc in re glossam, præsertim
ideò, quia non arbitror, quenquam existere, qui opinetur
alios, quàm à Glossa referuntur, contineri casus. Prioris
legis casus est: *Fundum mihi vendidisti: & pro evictione
promisisti, & fidejussorem dedisti: fidejussor agit pro fundo,
dicens se per uxorem eum emisse: an possit repelli per ex-
ceptionem fidejussor quaritur? Et dicitur quod sic: cum ven-
dendo adeò consensit, ut pro evictione fidejussoret.* Poste-
rioris

rioris verò legis casus: *Vendidisti mihi pradium, de evictione promissisti mihi, & fidejussorem unum pro evictione dedisti: Sempronius heres Titii vult vindicare pradium: An possit, queritur? Et dicitur quod sic: Neque factum Titii cui successit, sibi obest: quia ex personâ suâ vindicat.*

Thef. XVI.

Verbo quoque monendum Placita Principum Constitutiones appellari: Quæ duplices, generales & personales, quæ quoque privilegia nominantur, utut eronee, juxta ea, quæ tradit *Strauchius in Dissertatione de privilegiis*. Inter generales referuntur Rescripta ab edictis & aliis constitutionum speciebus distincta, solentque definiri: Responsa Principis ad relationem aliorum emissa *leg. fin. Cod. de divers. rescr.* & sic certum aliquem casum respiciunt. Plerasque Leges Codicis ejusmodi rescripta esse, facile constat, minimum *legem n. & fin.* inter illa numerandas ex inscriptione liquet: adeoque diversum contineri in utraque casum vix est ambigendum. Sane de eadem prorsus causâ, toties & diversimode respondere, asserendum neutiquam est. Neque si regularum & exceptionum naturam intueor, consentio iis, qui in *L. 11. C. de evict.* regulam *in leg. fin.* vero ejusdem exceptionem exhiberi, statuunt. Exceptio enim debet esse de regula *l. 4. §. fin. de pen. leg.* i. e. de ipso genere regulæ; hinc referente *Barbosa in thesaur. loc. comm.* Castrensis ait: quod si exceptio non esset de regulâ, diceretur derisorio *cons. 70. pro pleniori n. 3. lib. 1.* cujus ratio est, quod exceptio fit oratio, quæ regulæ detrahit, non potest autem illud de regulâ detrahere, quod regula non continetur. Hinc, ut inquit *Barbosa d. l.* omnes sciunt exceptiones istas esse

ineptissimas: omnes agri T. Lucii repeti possunt, exceptis pecoribus: atqui pecora non sunt de agris, & quamvis de pecoribus nihil exceptum esset, tamen valde ineptus esset, qui putaret pecora agrorum verbo contineri.

Thes. XXII.

Quibus nunc præmissis & notatis extra omnem controversiã aleam videtur positum, aliud contineri *lege ii. C. de evict.* & aliud *in l. fin. eod.* nam (1.) *in leg. ii.* vendita est à non Domino res fidejussoris. Verùm *in lege fin.* emta est res à non domino, quæ neque erat fidejussoris, sed alicujus tertii, qui postmodum extitit fidejussoris heres. (2.) *in lege undecimã* fidejussor consensit emtioni non solum, sed insuper pro evictione extitit fidejussor; ast consensisse eum venditioni, quia fidejussit, dicere non adeo, nam regulam, quam Gothofr. *ad cit. l. ii. adfert: Consentit venditioni qui fidejubet*, non immerito suspectam habeo: neque lex ipsa undecima hoc patitur, quod ex verbis: *adeo consensum dedit, ut se etiam pro evictione obligaverit*, colligitur, ubi duo diversa conjunguntur, & quidem fidejussio subsequens consensui emtioni dato. In lege vero ultimã non consensit venditioni, sed unice secundus auctor extitit. Et quomodo potuit consentire venditioni, cum tamen res aliena vendita sit. (3.) *In lege undecimã* fidejussor rem suam à venditore in emtorem translatam repetit. Sed *in leg. fin.* fidejussoris heres, non fidejussoris, sed suam avocata ab emtore. Quã ratione nunc defendere conentur regulam in alterã, & ejusdem exceptionem in ultimã contineri, sanè, ut ingenuè fatear, non concipio.

Thes.

Nec dicas in lege priori contineri regulam: quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio: at, in fidejussoris herede cessat illa regula. Si enim hac exceptio subsisteret, etiam in casu legis undecimæ heres fidejussoris non repelleretur, quod nullibi legitur, neque ex hoc textu legitime elicitur. Et in lege posteriori fidejussor non potest dici repelli, natura enim negotii ibi gesti manifestè reluctatur. Ex duplici itaque illa lege, uti etiam supra traditum, non fingi potest intercessio, ubi heres potius jus, quam defunctus fidejussor, haberet.

Thef. XIX.

Ut itaque dicam quod res est, in priori casu duplex est fidejussoris consensus: primus afficit ipsam venditionis essentiam; alter verò ejusdem emtionis naturale, scilicet evictionem, & non poterit non esse, tam fidejussoris, quam heredis eadem conditio: nam rem fidejussoris ex proprio jure heredem velle vindicare impossibile est. In posteriori verò contractu, unicus est consensus & obligatio, quæ est stipulatione provenit, quæ solum ad evictionem præstandam tendit, adeo circa naturale contractus occupatur. Quo casus, quemadmodum fidejussor non potest rem venditam vindicare, quia heredis: ita nec heres repelli, quia neque ille tanquam successor consensit, neque defunctus.

Thef. XX.

Si igitur hoc modo, ut factum, negotia diversa non confundantur, sed tanquam distincta trutinantur, neque legem finalem singularem, neque mirabilem, imo neque adeo difficilem existimo, sed omnis illa difficultas, ex confusio

C

fusione diverforum contractuum proficiscitur. Hinc ulterius conjicio Burgundum *tract. de evict. c. 97. n. 4.* regulam in *l. ii. C. de evict.* propositam, nimirum, quod fidejussor ipse vindicans rem venditam, submoveatur exceptione doli mali, non male limitare, nisi post fidejussor ejusdem rei dominium acquisiverit: quod scilicet respectu juris postea quasi fidejussor censeatur venire, tanquam extraneus & personam ejus representare à quo causam accepit: hujus enim fundamentum ex supra allatis, non difficulter adfertur, quod scil. nunc fidejussor pro sola evictione & contractus naturali intervenerit, non vero ipsi contractui ejusque essentialibus consensum dederit. Quod vero & *l. ii.* non loquatur restrictive aliquo modo verum est, sc. quod ad illum in textu propositum casum & similes omnino pertineat. Sed tamen tanquam Rescriptum non possit universaliter intelligi, quam ad relationem ibi propositam. Neque hactenus probatum, quod soli heredi fidejussoris vindicatio per *leg. fin.* sit permissa. Nam & ibi Imperator ad istam relationem, scil. an heres fidejussoris suam rem vindicare possit, duntaxat respondit, non vero ibidem decisum, an fidejussor suam rem post intercessionem acquisitam vindicare queat.

Thes. XXI.

Menochius *lib. i. Conf. 89. n. 112.* ad quem tanquam ad asylum confugiunt illi, qui in *l. ii.* regulam, in *l. fin. C. de evict.* exceptionem statuunt; Quamvis ut alii rationem differentia inter heredem venditoris & heredem fidejussoris minus rectè hanc adferat; quod heres principalis sit heres auctoris, & ob id eà ratione, quâ heres & defunctus censeantur una & eadem persona, ipse habeatur ut venditor; sed fidejussor non sit auctor, sed pro consentiente habeatur.

beatur. Interim tamen hoc bene statuit, quod fidejussor, tunc demum consentiat, quando res sua venditur. Imo nec tunc ejus heres contravenire possit, hereditario nomine. Sed quando venditur res tertii, fidejussor non dicitur consentiens, sed simpliciter fidejubens pro evictione, unde tertius ille ejus heres merito potest contravenire, quia & fidejussor (quod bene notandum) si illius tertii heres esset, contravenire posset, licet de evictione teneatur: Quæ omnia profecto & negotii naturæ & mentis legis finalis sunt conformia.

Thes. XXII.

Cabriellus Mudæus de Act. emt. & vend. rubric. ut habere rem emtam emtori liceat n. 13. & seq. pariter meo iudicio non recte procedit, dum utriusque legis undecimæ & finalis C. de evict. eundem casum esse arbitratur. Et sic cum aliis in eo labitur, quod sicuti vis obligationis & effectus actionis decrescit interdum in herede, qui laxiore & benigniore jure habetur, quam is cui successit, & si cum eo actum fuisset, ut apparet in herede tutoris & curatoris l. 1. Cod. de her. int. Ita hinc quoque decrescere & extenuari non nihil vim fidejussoria obligationis in herede fidejussoris. Et hoc erroneum est, quod consensus venditioni datus secundario & tacite ex ipso actu fidejussionis potius, quam ex vi & potestate obligationis illius resulet & sequatur, velut inseparabilis sequela & comes. Item quod hoc ipso, quod fidejubet intelligatur asseverare rem fuisse venditoris. Porro quod hæc ratio & consideratio cesset omnino in herede fidejussoris. Et quæ sunt alia, quæ cuncta facile negotio ex supra dictis refutantur.

Thes. XXIII.

Super est nunc, ut unam ac alteram objectionem breviter tamen evolvamur: quarum prima est, quam Barbosa ad Leg. Lucius Titius solut. matrim. refert: Quod si quis vendat rem alienam, tanquam suam, nec ipse, neque heres

res illius possunt rem vindicare ab emtore, etiam si heres ex proprio jure, & non hereditario vindicat, ut clare probatur *l. 3. c. de reb. al. non alien.* Ergo idem dicendum est in herede fidejussoris. Satisfieri potest huic dubio, si asseramus & verum hoc esse in herede fidejussoris in casu *legis undecime c. de evict.* quatenus enim obstrictus est fidejussor, eatenus & ejusdem heres tenetur. Idcirco quemadmodum fidejussor non potest rem suam à non domino venditam vindicare, quia contractui consensum dedit, ita nec fidejussoris heres. Sed in casu *leg. fin.* omnino heres ex proprio jure vindicare non impeditur, quia fidejussor non consensit contractui, sed pro evictione tantum intercessit. Posset enim & fidejussor, si heredis successor fieret, absque formidine exceptionis, rem illam venditam reperere. Adeoque nihil hactenus occurrit in fidejussore, quod non similiter inveniatur in ejus successore sive herede.

Thef. XXIV.

Altera objectio quoque apud Barbosam *cit. loc.* occurrit, *sci lex fin.* clare probat, heredem fidejussoris, qui rem vindicat ab emtore, teneri de evictione, ac proinde fidejussor consentiens, tantum tenebitur ad simplicem vel ad interesse. Responderi enim potest, hoc omnino verum esse, quia *in d. l. fin.* tantum intervenit pro evictione, licet ergo teneatur de evictione, cum effectu tamen vindicabit, ex proprio jure, ne extendatur obligatio ultra consensum. Aliter dissentit *Donellus ad l. n. c. de evict.* cujus fundamenta discutere, ut & non pauca alia ad hanc spectantia materiam, cujus campus præter opinionem latus se exhibuit, nunc, ne plus quam par est calamo indulgeatur, differre & præsens in tempus omittere cogor, ulterioremque eorum disquisitionem, in aliam occasionem referro: pro præstita vero gratia sit

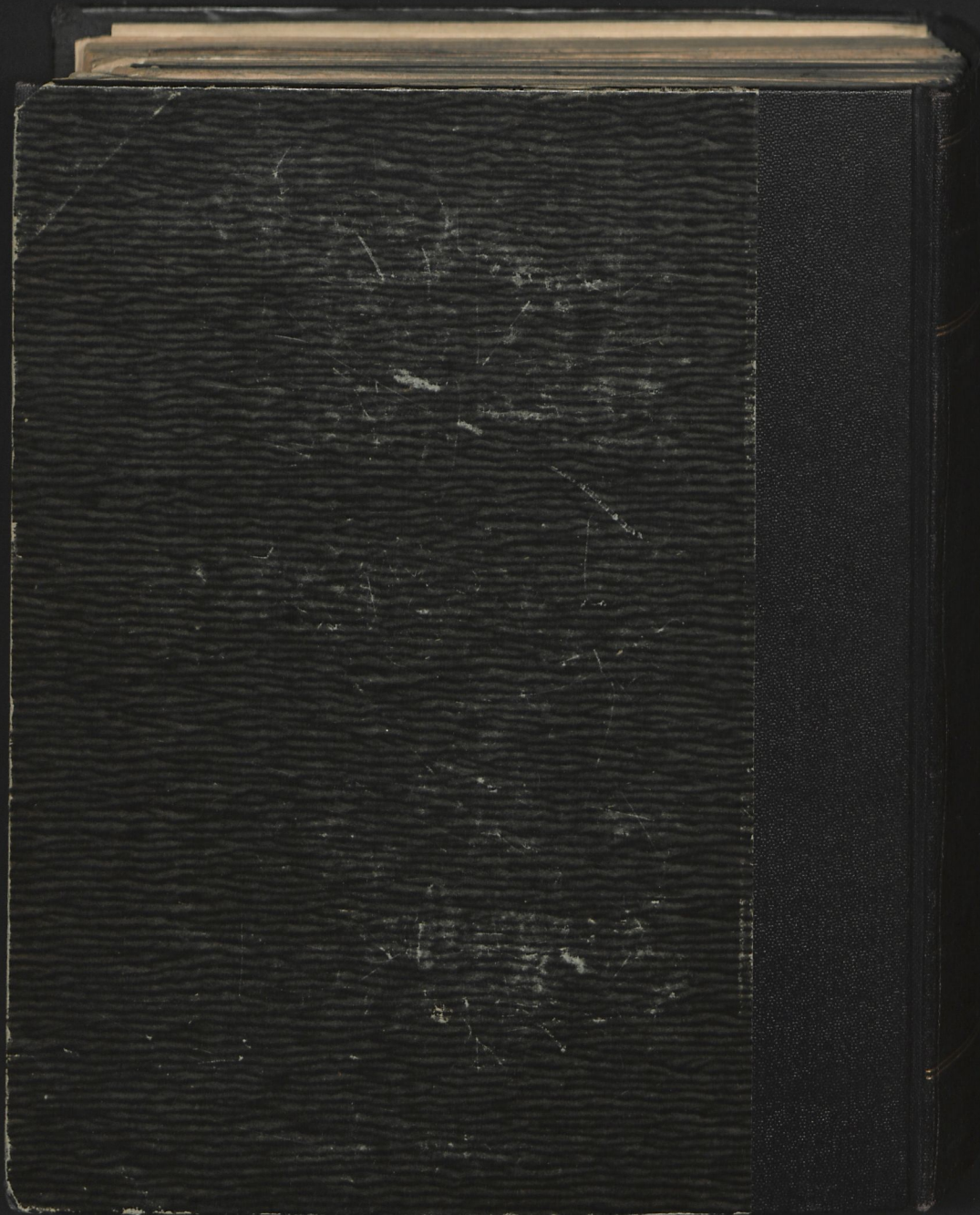
Soli DEO Gloria.

Jena, Diss; 7704



VD 18

f
56.



DISPUTATIO INAUGURATORIA
HERMANNI
FIDEI
occasione l.

DIVINA ANTIQVITAS
RECTORE MA
SERENISSIMO P
D C
VVILHELM
DUCE SAXONIE, JULI
ex Decreto & Autor
in l

Viro M
DN. JOH. BE
Hered
Sereniff. Duc. Saxo Ifena
didiffimo, nec non Ante
Domino Patrono suo maxi
PR
Summos in utroqu
die
placido Eruditorum
JOHANNES CH

JEN
inches
Centimetres

