



**Tractatus Exegeticus Ad Librum III. Decretalium Gregorii
IX. Contractus in specie secundum rubricarum ordinem
exponens**

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

§. III. Quibus causis, & obligationibus fidejussor accedere possit?

[urn:nbn:de:hbz:466:1-63816](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-63816)

§. III.

Quibus causis, & obligationibus fidejussor accedere possit?

SUMMARI A.

16. Omni obligationi fidejussor accedere potest, aliter tamen obligationi civili, aliter naturali. 17. Si principalis obligatio nullo jure teneat, nec fidejussoria subsistit. 18. Quomodo contractui à papillo inito fidejussor accedere possit, exponitur? 19. An pro conservanda dote mulier à marito fidejussorem exigere possit? 20. De rigore juris talis fidejussio non tenet. 21. 22. Aliter de moribus Germanie, & ubi maritus ad incitas vergit. 23. Obligationibus ex delicto descendantibus, si civiliter agatur, fidejussor accedere potest. 24. Etiam eam criminaliter opponitur. 25. Solvitur oppositio.

Regulam generalem ponit Ulpianus in l. 1. ff. h. t. dicens: *omni obligationi fidejussor accedere potest, sive civilis sit illa, sive naturalis, sive mixta, §. 1. Inst. h. tit. l. 7. l. 16. §. 3. ff. eod.* Circa obligationem civilem id notari vult Cl. D. D. Peregrini ad h. t. num. 4. ut, si illa sit efficax, nulla exceptione elidibilis, fidejussio quoque firma subsistat: sin ipsa principalis obligatio nutet, utpote exceptione infirmanda, etiam fidejussio, tanquam accessoria lubricitet, arg. l. 12. C. de N. N. P. adeoque, quæ debitori principali competit exceptio, eadem quoque fidejussori competat. Aliud dicendum, si obligationi debitoris naturali tantum fidejussor accedat, hic enim etiam civiliter tenetur, & ad solvendum efficaciter compelli potest. Sic pro servo, qui naturaliter olim obligabatur l. 32. ff. de R. J. item pro Minore naturaliter tantum obligato fidejussor intervenire potest, licet neuter actione conveniri possit. l. 7. l. 25. l. 35. §. 60. ff. h. t. Nec obstat, quod fidejussor durius obligari nequeat, quàm ipse, principalis l. 8. §. 7. l. 34. ff. h. t. nam fal-

sum est, quod durior sit conditio in tali casu, fidejussoris, quam principalis, quia etiam ipse debitor natura debet, & si solverit, repetere nequit. Quod verò servus, vel Minor civiliter non obligetur, defectus est personæ, qui non est in fidejussore, unde is sibi imputet damnum, quod ex hac obligatione sentit, cum à fidejussione abstinere potuisset. Manzius Tract. de fidejuss. cap. 3. num. 19.

Quod si principalis obligatio omnino invalida sit, ita, ut nec naturaliter, nec civiliter teneat, etiam fidejussoria invalida erit l. 11. l. 16. princ. ff. h. tit. quia fidejussio est quædam accessio §. 5. J. l. 1. l. 5. l. 34. ff. h. t. quæ sine principali subsistere nequit arg. §. 29. J. de R. D. l. 178. ff. §. cap. 42. de R. J. in 6. Hinc, si quis fidejubeat pro venditione rei sacræ, solutione usurarum, aut si principalis debitor pacto turpi, & legibus improbato ad dandum, vel faciendum se obstrinxerit, nulla est fidejussio. Wesenb. in paratitl. ff. h. t. n. 4. Alia exempla suggerunt textus in l. 11. l. 37. §. 47. ff. h. t.

Quomodo ergo, inquis, contractui
à pu-

à pupillo inito fidejussor accedere potest l. 25. ff. h. t. cum tamen principalis, scilicet pupillus ex contractu à se solo inito ne quidem *naturaliter* obligetur l. 41. ff. de *condict. indebit.* l. 59. ff. de *O. & A.* Communiter solent hic DD. *scitam* quandam obligationem pupillo affingere, ita, ut in odium fidejussoris fingatur esse obligatus. Melius dixeris, obligationem naturalem, quam pupillus stando in jure naturæ contraheret, quoad effectus ipsi pupillo noxios à jure positivo fuisse sublato, relictis aliis effectibus in suo robore, quod de jure naturæ habent. Et ideo, fidejussor cum effectu accedere potest contractui pupillari, quia quoad hunc effectum jus positivum nihil immutavit, sicque opus haud est, fingere in pupillo obligationem *naturalem*. Sicut in simili dicimus de filiofamilias mutuum accipiente, qui ad solvendum nequidem *naturaliter* obligatur, patrocinante eidem *Scto Macedoniano*: si tamen solvit, solutum repetere nequit, quia hic effectus obligationis naturalis per dictum *Sctum* sublatus non est. Eximius P. Guilielmus Beusch in *tract. de Pact. part. 1. cap. 3. sect. 3. §. 2. 64.* Quid autem ad l. 6. ff. de *V. O.* dicemus, quæ negat, fidejussorem pro pupillo intervenire posse? Resp. cum Clar. D. Collega D. Peregrini ad *h. t. Inst. 4.* sensum hujus legis esse, quod fidejussor eatenus accedere nequeat, ut contra pupillum regressum habeat, possit tamen in sui præjudicium juxta explicationem superius datam.

19 De dote quaritur, num pro ejus conservatione fidejussor dari possit? Nonnulli AA. ita solent distinguere: aut uxor à marito exigit fidejussorem,

aut maritus eundem ultro offert. Primo casu fidejussorem non tenere dicunt, quia contrarium id esse videtur fiducia, qua alterna fides excitatur, & per quam uxor se suæque marito concedit. Altero casu subsistere, maximè, cum uxori pignora accipere vetitum non sit per l. 7. §. 6. ff. de *Donat. inter vir. & uxor.*

Attamen si litteræ legis insistere placet, dicendum esse exultimo cum Clar. D. D. Peregrini l. h. t. num. 3. fidejussorem indistinctè non tenere, idque probare videtur textus in l. 1. C. *Ne fidejuss. vel mand. dot.* ubi & exhiberi à marito fidejussorem, adeoque ultro offerri prohibetur, cui ipsa quoque rubrica d. t. adstipulatur, quæ generaliter concepta, generaliter exaudiri debet, ne fidejussores vel mandatores dotium dentur. Et denique ratio, quæ assignatur in l. 2. C. d. t. utroque casu obtinet, ne scilicet *causa perfidia in eorum concubio generetur*, si maritus ratione dotis socero inidoneus haberetur, cui mulier vitam, & corpus suum credendum existimavit, & sic plus alienæ, quàm proprii mariti, & generi fidei tribueretur: indecens enim videtur, ut propter accessorium fidejussio exigatur, quando nomine rei principalis, nempe matrimonii, cautioni locus non est. l. 178. ff. & cap. 42. de *R. J. in 6.* Quod verò uxor pignus pro dote liberè accipere possit, ea ratio specialitatis est, quod *pignus* locum rei debitæ subeat, fidejussor verò locum ipsius debitoris, unde in priori casu uxor adhuc fidem mariti sequitur, in posteriori verò alienam præhabere censetur.

Et hic quidem rigor juris Justinæ-22
nei, cui zelotypia locum fecit, apud
1 i 2 alias

alias gentes, qua hoc igne pro genio nationis frequentius uruntur, fortè hodie obtinebit; apud Germanos, qui zelotypiæ furore non tam facile corripuntur, hujus legis sanctionem locum non invenire scribit Leyserus *vol. 7. medit. ad Pandect. specim. 222. §. 8.* maximè cum datio fidejussoris in ejusmodi casu non directè honestatem naturalem lædat, sed civilem duntaxat perstringat ob periculum perfidiæ, quod hac occasione nasci posse præsumitur. Ita Tulden. ad *d. t. C. ne fidejuss. n. 2.*

22 Nos Leysero non intercedimus, sed ejus sententiam eò maximè casu amplectendam esse, censemus, ubi maritus de dilapidatione, & prodigalitate se suspectum facit, tunc enim indubiè fidejussorem exigere, imò & ipsam dotem repeti, vel saltem sequestrari, ac ad censum annum collocari posse, ut dempta administratione ex fructibus sequestrati prædii dotalis onera matrimonii sustineat, colligitur ex *cap. penult. de Donat. inter vir. & uxor.* quæ dispositio Juris Canonici ex usu fori juri civili prævalet, nec invito, putamus, jure Justiniano, cum hæc cautio, quæ à marito in simili circumstantia exigitur, potius in favorem, quam odium mariti cedat. Probrosius equidem eidem foret, si dos penitus ei eriperetur, quam si duntaxat cautio fidejussoria exigatur, & consequenter cessat ratio prohibitionis in *cit. tit. C. ne fidejuss. vel mandat.* Panormit. ad *d. cap. penult. n. 13.* Quod si dos data sit ab extraneo, dubium non habet, quod iste possit petere fidejussorem, quia quoad ipsum ratio *d. l.* cessat. Haunold. *Tom. 1. tract. 4. cap. 5. controvers. 5.*

23 An obligationibus ex delicto de-

scendentibus fidejussor intervenire possit, quæris? Resp. si ex delicto civiliter agatur, aut delictum tale sit, quod pœnam tantum pecuniariam mereatur, fidejussorem admitti. Ratio est, quod tunc judicium, aut executio sententiæ non eludatur, cum nil intersit fisci, vel accusatoris, uter solvat, principalis, an fidejussor *l. 1. ff. de custod. & exhib. reor. l. 70. §. ult. ff. b. t.* Sin verò pœna sanguinis, aut gravis eoërcitionis corporalis reo imponenda sit, disputant AA. an hic locum habere possit cautio fidejussoria? negant Gomez *lib. 3. var. resolut. cap. 9. num. 8.* Covarruv. *lib. 2. var. resolut. cap. 8. num. 8.* Farinac. in *prax. crimin. tit. de carcer. & incarcer. quest. 23. regul. 1. n. 151.* affirmant è contrario alii, ita tamen, ut arbitrio judicis relinquatur, an consideratis circumstantiis, & rei conditione, ac qualitate ille carcer relaxandus ac fidejussor admittendus sit per *l. 1. §. 2. seqq. ff. de custod. & exhibit. reor. l. 6. §. 3. C. de appellat.* Menoch. *lib. 2. de arbitr. casu 303. num. 16. & seq.* Wesenbec. in *parat. ff. b. t. num. 4.* quia in *l. 1. ff. d. tit.* expressè arbitrio judicis generaliter relinquatur, an reum carceri tradere, vel cautioni committere velit, & in *l. 2.* etiam pro servo capitali judicio postulato iudex fidejussores à domino recipere posse dicitur, quidni etiam pro libero? & per *l. 3.* ubi in summis tantum delictis fidejussor non admittitur, bono argumento, quod in aliis minoribus judicis arbitrio id relinquatur. Accedit textus in *cit. l. 6. §. 3. C. de appellat.* ubi in capitalibus causis illi in vinculis detineri jubentur, qui fidejussorem idoneum propter inopiam non invenerunt.

Non

24. Non obstat huic assertioni *l. 13. ff. ad Leg. Aquil.* ubi dicitur, neminem membrorum suorum dominum esse. Resp. per similem fidejussionem non id agi, ut fidejussor (qui in criminibus *vas* propriè dicitur) corpus, & membra sua pœnæ subjiat, sed, ut caveat de reo sistendo, si absens fuerit, ne in absentem, & indefensum tanquam convictum aliquid statuatur; aut, si præsens sit, & in carcerem conjectus, ne ex vinculis

causam cogatur dicere: aut certè promittat iudici, cui delicti est persecutio, se damnum delicto datum reparaturum *l. 4. ff. de cast. & exhib. reor.* Puffendorff. de *J. N. & G. lib. 5. cap. 10. §. 12.* ubi etiam ostendit, veterum compluribus creditum fuisse, hominem dominium habere sui corporis, eique licere vitam suam pro alterius vita pœnæ mortis subijcere.

§. IV.

De obligationibus fidejussoris.

SUMMARI A.

25. Obligatio fidejussoris eadem est, quæ debitoris principalis. 26. Quæ scilicet tempore fidejussionis fuit. 27. An mora principalis noceat fidejussori, sub distinctione resolvitur. 28. Hodie fidejussor etiam tenetur ad usuras ex mora principalis debitas. 29. Quod etiam de jure Romano obtinere, multis videtur, quorum argumenta referuntur, & refelluntur. 30. Fidejussor in plus extensivè obligari nequit, bene verò intensivè. 31. In plus autem quadrupliciter quis obligari potest. 32. In minus obligari fidejussorem non repugnat. 33. An fidejussio teneat saltem ad summam concurrentem, si fidejussor in majorem summam fuerit assumptus, negativam amplectimur. 34. Contrariis textibus respondetur. 35. Quæ actiones ex fidejussione, vel ejus occasione nascantur?

25. Obligatio fidejussoris in eo præcipuè versatur, quod ex sua intercessione non minus teneatur, ac ipse principalis, pro quo intercessit, ita quidem, ut olim in arbitrio creditoris esset, malènt fidejussorem præ debitore principali convenire, & ab eo debiti principalis solutionem exigere. *l. 5. 16. 19. §. l. 23. C. b. t.* hæcque obligatio etiam hæredes fidejussoris premit, quanquam illorum nulla facta sit mentio, *l. 4. §. 1. l. 5. ff. l. 24. C. b. t.* imò etiam eo casu, quo fidejussor per par-

ticulas taxativas duntaxat, tantum &c. se obligavit, quia hæc tantum personas extraneas excludunt. Stryck. ad *h. t. §. 12.* Quòd si plures fuerint fidejussores, iique se pro uno debitore principali obstrinxerint, singuli in solidum tenentur, idque verum est spectato jure antiquo *arg. l. 3. 16. §. 23. C. b. tit. §. 1. l. eod.* Quid hodie obtineat, in §. seq. dicetur.

Caterùm, ne fidejussor plus æquo oneretur, ad id duntaxat tenetur, quod tempore fidejussionis fuit in obligatio-