



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

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

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

§. IV. De obligationibus fidejussoris.

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

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 subjiciat, 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 judici, 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 subicere.

§. 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-

ne, modò ab initio conventum fuerit de omni eo, quod reus principalis creditori debet *l. 56. §. 2. ff. b. t. l. 32. ff. de administ. tut. l. 76. §. 1. l. 89. ff. de V. O.* secus, si se ad certam duntaxat summam obligavit, in eam tantum tenetur. *l. 68. princ. ff. b. t.*

27 Quid autem, si principalis debitor moram fecerit, an fidejussori illa nocebit? Resp. fidejussori *generaliter* obligato nocere ad continuandam, & perpetuandam obligationem, ita, ut licet res debita interierit, fidejussor tamen non liberetur, sed adhuc obligatus maneat. *l. 58. §. fin. ff. b. t. l. 91. §. 4. ff. de V. O.* non tamen nocere in ordine ad augendam obligationem, nisi in omnem causam sese obligarit *l. 54. princ. ff. locat. l. 68. §. 1. l. fin. ff. b. t. l. 8. ff. de eo, quod cert. loc.* quia sua cuique mora, non alteri nocere debet *l. 137. §. 2. ff. de R. J.* quapropter nec ad usuras aut alias accessiones tenebitur *l. 68. §. 1. l. 73. ff. b. tit.* Ratio est, quod fidejussio (spectato Jure Romano) sit *stricti juris*, in *stricti* autem juris judiciis ad usuras, aliásque accessiones nemo tenetur, nisi hoc expressè per stipulationem promiserit *l. 24. ff. de P. V.*

28 Hodie verò fidejussorem ad usuras teneri, sive debitor eas expressè promiserit, sive illæ ex mora debeantur, testatur Stryck. ad *h. t. §. 11.* quia ex moribus Germaniæ quoad effectum præstationis usurarum contractus *bonæ fidei*, & *stricti juris* non distinguuntur. Allegantur in hunc finem *Recess. Deput. de Anno 600. §. So vil nun 152. & Recess. noviss. §. anreichend die Künffrige Zinnsen 174.* & quanquam prior Recessus tantum de contractu *Mutui* agat, ita, ut à tempore moræ credito-

ri etiam citra promissionem *§. pro 100.* assignentur, tamen interpretes ob identitatem rationis ad reliquos contractus *stricti juris* extendunt, ita ut ex uno æquè, quàm altero post moram usuræ debeantur. Stryck. ad *tit. d. R. C. §. 10.* Verùm, quia multi hodièdum sunt, qui fidejussorem etiam de Jure Romano ad usuras, aliásque accessiones teneri autumant, eorum argumenta referre, & refingere placet.

Objiciunt I. *l. 88. ff. de V. O. & l. 29. §. 1. ff. de usur.* ubi mora rei fidejussori quoque nocere dicitur. Resp. id intelligendum esse quoad perpetuandam obligationem, non etiam quoad usuras, ut supra dictum est.

Objiciunt II. Fidejussor rei locum obtinet: ergo non minus ac ille in usuras obligabitur *l. 4. §. 1. ff. b. t.* Resp. obtinere locum in illis, quæ promisit, non verò in aliis, præsertim quod hic contractus sit *stricti juris. l. 99. ff. de V. O.*

Objiciunt III. *l. 17. ff. ut legat. seu fideicom. caus. caveatur*, ubi dicitur, si ex pluribus cohæredibus unus ratione legati, quo omnes tenentur, fidejussorem dederit, & huic cohæredi una, vel omnes cohæredum partes accrescant, tunc in solidum legatum teneri tunc fidejussorem: ergo expostfacto in plus obligatur, quam ab initio, quia ab initio tantum in partem legati fidejussit. Resp. id specialiter in favorem legatorum statutum fuisse, ne scilicet legatarii sub specie fidei decipiantur; unde nisi fidejussor expressè in partem legati intercesserit, perinde habetur, ac si pro toto legato, etiam accreturo, fidejussisset, quia eventus docuit, hæredem totum legatum retrò debuisse, adeoque statim ab initio fidejussio illa fuit saltem conditio-

nate ad totum legatum, quia fuit ad omnem quantitatem legati, ad quam denique hæres teneretur etiam retrò per accretionem.

Objiciunt IV. l. 52. §. 2. ff. h. t. ubi fidejussor à colono datus etiam ob pecuniam dotis prædiorum, id est, straminum, graminum, boum arantium, aratorum &c. teneri dicitur: ergò ad accessiones quoque obligatur, tametsi ad eas se speciatim non adstrinxerit. Resp. suppositum AA. esse erroneum; non enim istæ accessiones ex mora debitoris, sive coloni veniunt, qui ab initio statim ad eas custodiendas tenetur, sicuti locator ad easdem præstandas l. 11. §. 2. l. 24. ff. locat. unde cum ab initio insint principali obligationi, his etiam accessisse censetur fidejussor.

Objiciunt V. Indefinita propositio æquivaleret universali: ergò, qui in causam alicujus contractus fidejubet, in omnem causam se obligasse censetur. arg. l. 8. §. 3. ff. de Pignorat. act. l. 44. ff. de Legat. 2. Resp. hoc tantum procedere in favorabilibus, non verò odiosis, uti hic.

Objiciunt VI. l. 18. ff. qui potior. in pign. ubi pignus datum etiam pro usuris obligatur: ergò idem dicendum de fidejussore. Verùm lata est disparitas inter pignus, & fidejussorem: pignus enim datur à principali debitore, qui sibi imputare debet, quod non solvendo maturius debitum, in usuras incidit, fidejussori verò hæc mora principalis debitoris imputari non potest.

30 Ex dictis consequenter fluit, quod fidejussor in plus obligari non possit *extensivè*, possit tamen *intensivè*, sive firmitus, & arctius, ut, ubi principalis tantum tenetur obligatione naturali,

ille teneatur naturali, & civili simul: vel ubi principalis tantum obligatus est simpliciter, ille se obstringere possit cum juramento, hypotheca, vel sub pœna. Molin. tract. 2. disp. 541. num. 7. Zoëf. ff. h. t. num. 13. Quod verò in plus *extensivè* obligari nequeat, hanc rationem reddit Francus de Fidejuss. cap. 4. num. 87. quòd fidejussio sit accessio, quæ naturam principalis sequitur, & quia iniquum videtur, ut, qui gratis officium humanitatis præstat, graviores conditionem subeat, quàm principalis.

Potest autem quadrupliciter quis in plus obligari, revidelicet, *tempore*, *loco*, & *causa*. §. 33. J. de Act. Re, ut si principalis debeat §. fidejussor obligetur in 10. aut, si fidejussor se obliget in rem, quæ non est pecunia, v.g. vinum, oleum, vel triticum, quando debitor principalis obligatus est ad pecuniam solvendam; secus, si viceversa principalis deberet rem, fidejussor verò se obligaret in pecuniam, quia hæc est omnium rerum æstimatio, l. 42. ff. h. t. quod tamen Molina cit. disp. n. 10. limitat, nisi aliunde per hoc durior reddatur fidejussoris obligatio. *Tempore* in plus obligari dicitur, si quod principalis debet ad diem, vel sub conditione, fidejussor purè, & simpliciter debeat. *Loco*, si quod ille sine, hic cum adjectione loci debeat. *Causâ*, si, quod principalis debet *disjunctivè*, electione penes debitorem relicta, hic deberet *disjunctivè*, electione penes creditorem stante. §. 5. J. h. t. l. 16. §. 1. ff. eod. §. 33. J. de Act. Aut, si principalis debeat *stichum*, fidejussor verò *stichum* vel 10. quia durior ejus conditio redditur, quippe qui mortuo sticho

cho teneretur ad 10. l. 8. §. 9. ff. b. t.

32 Econtra potest fidejussor in minus obligari, ita, ut si principalis debeat 100. ille in 50. se obliget, quia minor summa continetur in majori, & hoc ipso, quod principalis debeat 100. etiam 50. debet. Vel, si principalis *purè*, & absolutè obligatus sit, potest fidejussor sub *conditione*, vel in *certum diem* fidejuberè. l. 8. §. 7. l. 9. ff. b. t. & tunc conditione deficiente, vel die adveniente liber erit fidejussor, etsi principalis debitor adhuc obligatus maneat, vel novum terminum solutionis obtineat. l. 7. C. de Locat.

33 Circa illud controvertunt hic DD. an, si fidejussor in majorem summam se obligaverit, tota fidejussio inutilis sit, vel saltem ad concurrentem summam debiti principalis sustineatur? De eo casu hæc quæstio non procedit, quando fidejussor se ultro & sponte ad majorem summam se obligat, nam id fieri posse, elucet ex l. 33. ff. mandat. sed tunc is non accessoriè, sed principaliter obligabitur. Quando verò rogatus in majorem summam, quam ipse principalis deberet, se obligavit, tunc quæritur, an fidejussio penitus sufflamineatur, num verò ad concurrentem summam debiti principalis subsistat? Si theoriam à praxi distinxeris, probabilius videtur, talem fidejussionem omni robore firmitatis destitui. Hujus sententiæ sunt præter Fachinæum lib. 8. cap. 51. & alios ibidem relatos, ex nostris Magnif. P. Schmier l. 3. tract. 3. cap. 4. num. 95. Clariss. P. Böckhn in Comment. hic. num. 17. Clar. D. D. Peregrini ad l. b. t. num. 7. Probatur ex textu perspicuo in l. 8. §. 7. ff. b. t. ubi

Ulpianus hunc casum ita definit: *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur: quod si fuerint in durtiorem causam adhibiti, placuit eos OMNINO NON OBLIGARI.* Ratio datur, quod fidejussor ex natura fidejussionis non possit, nisi *accessoriè* obligari; atqui, quando quacunque ratione in plus assumitur, quam principalis debeat, verum non est dicere, quod obligetur *accessoriè*, quia id, quod promisit, non debetur à principali debitore, sed est alia nova, & substantialiter distincta obligatio, illud nempe indivisibiliter respiciens, quod in principali obligatione non continetur: quamvis enim minor summa continetur in majore, & propterea ad illam fidejussio restringi possit per cit. l. 8. §. 7. non tamen hoc viceversa procedit, cum summa major non continetur in minore. Unde huc non quadrat illa regula juris quam AA. objicere solent, quod utile per inutile vitari non debeat. cap. 37. de R. J. in 6. quasi verò etiam fidejussio, utut quoad excessum in quantitate à principali debita non subsistat, quoad summam tamen ipsi principali debito proportionatam valeat. Verum dicimus, illud axioma in ea duntaxat hypothese procedere, ubi obligatio divisibilis est, vel multiplex, unde in fidejussione, ubi obligatio indivisibilis est, locum habere nequit.

Textus, quos AA. nobis objiciunt, 34 ut l. 1. §. 4. ff. de V. O. l. 3. §. ult. l. 33. ff. Mand. l. 11. §. 12. ff. de Pecun. constit. l. 61. ff. de Jur. dot. l. 17. ff. de V. O. l. 34. C. de Donat. nostram sententiam haudquaquam concutiunt, quia omnes loquuntur de casu, quo fidejussor se ultro, & non rogatus ad majorem summam obligat, quod &

nos admittimus. Cæterum non nescimus, alteram sententiam in praxi obtinere, quam Stryckius, Author practicus, ad *b. t. §. 9.* in theoria quoque veriore esse asserit, cujus tamen asseriti nulla congrua probatione fidem facit. Utramque sententiam conciliare studet Clar. D.D. Peregrinici. n. quem consule.

35 Cum ex contractu nascatur obligatio, ex obligatione actio *arg. priuc. Inst. de mand.* ideo cum de obligatione fidejussoris hæctenus actum sit, quæ actiones ex fidejussione, vel ejus occasione nascantur, paucis dicendum est. Igitur ex fidejussione nascitur actio *ex stipulatu*, quæ est *stricti juris*, qua fide-

jussor à creditore, vel ejus hæredibus convenitur in id, quod pro debitore principali fide sua promisit. Si mandato *rei principalis* fidem suam interposuit, datur fidejussori actio *mandati contraria*, contra debitorem ad id, quod pro eo solvit, repetendum *l. 4. princ. ff. b. t. l. 33. ff. Mand.* quæ tamen regulariter ante solutionem non datur *l. 14. princ. l. 22. princ. l. 51. ff. Mand. §. 6. Inst. b. t.* nisi in certis quibusdam casibus *l. 36. §. 1. ff. Mand.* Vid. Hering *cap. 25. num. 12.* Et seqq. si pro absente sponte fidejussit, actio *negotiorum gestorum* fidejussori datur *l. 4. ff. b. t. l. 20. §. 1. ff. Mand. l. 4. l. 5. princ. ff. de negot. gest.*

§. V.

Quæ beneficia fidejussoribus competant?

SUMMARI A.

36. Tria beneficia fidejussori competunt. Beneficium ordinis describitur. 37. In quibus casibus hoc beneficium cesset? 38. Juramentum hic non habet vim renunciationis. 39. 40. Solvuntur duæ oppositiones. 41. Ulterius recensentur casus, in quibus debitor principalis excuti nequit. 42. Alterum beneficium vocatur *Divisionis*, huic quomodo, & quando locus sit? 43. Fidejussori non ipso jure, sed ope exceptionis prodest. 44. Cessat variis casibus, qui enumerantur. 45. Tertium beneficium vocatur *cedendarum actionum*, quod describitur. 46. An cessio actionum post solutionem ex intervallo fieri possit? 47. Affirmamus. 48. Ad textus oppositos respondemus. 49. 50. 51. Specialia quadam de fidejussoribus. 52. Quæ alia exceptiones fidejussoribus competant? 53. An termino solutionis debitori prorogato liberetur fidejussor, sub distinctione resolvitur. 54. De aliis beneficiis fidejussorum, & quomodo eorum obligatio evanescat, remissivè.

36 **T**ria præcipuè beneficia in jure reperire est, quibus fidejussores adjuvantur, videlicet beneficium *Ordinis*, seu *Excussionis*, *Divisionis*, & *cedendarum actionum*. De singulis sigillatim.

Beneficium *Ordinis*, sive *excussionis*, quod Justinianum Authorem habet *Novell. 4. cap. 1.* Auth. *presente C. b. t.* & Auth. *si debitor C. de Pignor.* in eo consistit, quod fidejussor conventus petat, ut prius conveniatur, sive excu-

(K k)

tia-