



## **Consilia Seu Responsa Juris**

**Schmalzgrueber, Franz**

**Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL**

Cons. XIV. Census. Proponuntur duo Casus quoad apparentiam similes, reipsa autem dispares, in quibus dubitatur, an Debitor Principalis teneatur ad Census annuos ex Pecuniis, quas ipse rursus alteri ...

---

[urn:nbn:de:hbz:466:1-72287](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-72287)



gegenseitigs eingeführte Principium, quod inclusio unius sit exclusio alterius; seytemahlen solches nur Platz findet in Casu, quo præsumi aliàs nequit, quòd hoc alterum sit dispositioni inclusum; darum folglich aus deme, daß von Zurückfall der Widerlag expressè nichts in denen Pactis Dotalibus statuiret ist worden, keines Weegs mit rechtlicher Folg inferiret kan werden, als hätte man hierinsfalls von gemeiner Rechts-Regel abweichen wollen;

sondern vielmehr ist daraus zu folgeren, daß eben darum, weilien nicht pactiret worden, daß die Widerlag bey der überlebenden Frauen Wittib verbleiben solle, auf des vorabgelebten Titii nächste Anverwandte wies derum müsse zuruck fallen. Und dieses ist, was ich Rechtsens zu seyn gänglich bin persuadiret; hiemit aber mehr begründter Meynung gang nichts benennend.

## CONSILIUM XIV. In Causa Pecuniæ subministratæ ea Con- ditione, ut Census inde profluentes erogentur in pauperes.

### SUMMARIUM.

1. 2. 3. Facti Species.
4. Tenetur Abbas ad 100. Florenos erogandos annuatim in pauperes. Ratio Resolutionis hujus ex defectu solennitatum data.
5. 6. Non admittitur: sed aliunde
7. Et seqq. Ex circumstantiis in Specie Facti proditis eruitur.
12. Facti Species in causa non absimili.
13. Non tenetur Communitas ex perdita summa Capitali, quam in alium Debitorem elocaverat: quia elocatio facta fuit cum consensu Creditoris; &
14. Amissio Summa elocata pertinet ad casus fortuitos.
15. Neque obstat Defectus Solennitatis, in erigendo elocationis Instrumento observanda.
16. Hypothecam alienatam vindicare Creditor potest à quovis Possessore, si alienatio facta sit absque ipsius consensu; secus si in alienationem consenserit.
17. 18. 19. Ecclesiis, Monasteriis, & aliis Causis piis competit Privilegium Pralationis inter Creditores Chirographarios, tam intra, quam extra Bavariam.
20. seqq. Non est inutile hoc Privilegium.
23. Fideiussor principalis, & subalternus quid?
24. Subalternus nequit conveniri à Creditore ante Fideiussorem principalem.
25. Fideiussor indemnitatis, Schadloß-Bürg, non potest conveniri à Creditore.
26. Fideiussor principalis nequit conveniri ante Debitorem, non obstante juramento.
27. Similiter constitutor, sponsor, mandator regulariter conveniri nequit ante Debitorem.

- Promittens Sempronio se soluturum, quod Titius ei debet, gaudet adhuc Beneficio Ordinis; secus si animo novandi se soluturum spondeat.
28. Vel se Debitorem principalem, Selbst Schuldner, constituat,
29. Aut si Exceptionem Ordinis debito tempore, nempe in ingressu litis, non opposuerit.
30. Vel si Debitor principalis absque fraude bonis cesserit; aut ex fama de ejus paupertate sufficienter constet.
31. Ex capite fideiussionis, aut sponsionis Communitas in Casu substrato non tenetur solvere.
32. Neque tenetur ex hypotheca generali, qua se obstrinxit; idque ob delegationem, qua in transferendo capitali facta est.
33. Allegans delegationem tria probare debet.
34. Effectus delegationis est liberatio delegantis ab obligatione principali, aliisque incommodis huic accessoriis.
35. 36. Huic Creditor nequit convenire delegantem, etsi delegatus postea appareat non esse solvendo, nec delegatio facta sit judicialiter, aut delegans usuras promiserit, vel pignora dederit.
37. Ad delegationem, ejusque effectum consequendum non requiritur animus novandi claris verbis expressus, aut stipulatio.
38. Delagatio non prodest deleganti, si falso laudet delegatum tanquam idoneum, aut periculum solutionis in se suscipiat.
39. 40. Deducitur, Communitatem ex Hypotheca generali, qua se obstrinxisse dicitur, non teneri.

### FACTI SPECIES.

**I.** Titius, civis dives, pius, & in pauperes beneficus, Abbati Monasterii A. cum præscitu Capituli duo florenorum millia, ad emptionem prædii tum necessaria, & opportuna, tradidit, cum obliga-

tione tamen, ut Census 100. Florenorum inde provenientes, annuatim in pauperes distribuatur. Huic conditioni Abbas, & Capitulum subscribunt, & omnia Monasterii bona, tam mobilia, quam immobilia in fidem præstandæ perpetuò hujus Eleemosynæ oppignorant.

Successu verò temporis aliud Capitale duorum millium florenorum idem Abbas

2.

L 3

sub-



substituit, proventurum inde Censum 100. fl. in annos singulos daturus pauperibus: quod ipsum Capitale novum Sempronio Vinopolæ, Oeconomo infelici traditur, quin Contractus iste elocationis, & translationis in publicas Reipublicæ, & Senatûs Tabulas referatur, ut ita sumptibus, & rumori de divitiis Monasterii parceretur.

3. Post aliquot annos novus hic Censualista Sempronius, cum labi inciperet facultatibus, Census annuos incepit non amplius solvere, monitus propterea est iteratò à Monasterio, ut soluto Capitali Census annuos relueret. Condixit quidem ille, sed moras traxit, varias excusationes obtendendo, usque ad tempus mortis. Hinc factum, ut, cum multitudine Debitorum gravata invenirentur ipsius bona, subhastationi illa subjicerentur. In hoc subhastationis Judicio Cajus Abbas cum suo Monasterio, publica Authoritate creditæ pecuniæ destitutus, ob tantam Creditorum copiam, cum suo Capitali duorum millium in Ordinem habentium alia debita currentia rejicitur, & quia Sempronii bona non sufficiebant ad satisfaciendum potioribus Creditoribus, parùm vel nihil de summa Capitali recipit, ipsòque etiam Censu posteriorum aliquot annorum privatur. Huic subnectitur ob similitudinem materiæ Casus alius, sub dispari tamen ratione.

### QUÆRITUR I.

*Utrum Cajus Abbas cum Monasterio, perditâ sic apud Sempronium Summâ Capitali, nihilominus teneatur ad Censum annum 100. Florenorum elargiendum in pauperes?*

4. **R**espondeo. Si translatio obligationis solvendi Censum annuorum 100. Florenorum, facta in Sempronium est sine consensu Titii, & apud illum perit ipsum Capitale, juxta circumstantias, in Specie Facti descriptas, Monasterium ex suo tenebitur memoratum Censum annuatim solvere. Pro ratione decidendi inter cæteras allegatur in Specie Facti Defectus publicæ Solennitatis; nam de Jure Bavarico

*Land, Recht tit. 15. art. 6.*

(quo Jure in hoc Casu stari debet) Hypothecarius Debitor, si bonum oppignoratum in potestate sua retinet, & alteri, cui illud obligavit, tantum ex conventionione, & non actuali traditione subiectum facit, Creditori suo authenticas Literas, & Instrumenta desuper erigere debet; aliàs constitutio hypothecæ inefficax est. Requiritur ergo scripturæ erectio pro forma, & solennitate actûs, quâ non adhibita, constitutio hypothecæ nulla est, & invalida,

ut notat Illustrissimus D. Baro Schmid *ad art. 6. cit. n. 1. & 2.* Et patet ex eodem Jure Bavarico *Process. Edit.*

*tit. 2. art. 20. & 21.* Ubi dicitur, quod hypothecariæ constitutiones, quæ non sunt factæ secundum formam, & modum ibi præscriptum, so vil das ver: „ scribebene Unterpfsand betrifft, gang „ und gar ungiltig, und ohne alle Gref: „ heit eines Unterpfsands seyn sollen, „ id est, quod penitus invalidæ, & Privilegio hypothecæ destitutæ sint.

Sed hæc ratio non videtur efficax; nam *art. 6. cit.*

ab obligatione erigendi Instrumentum coram Magistratu Ordinario super suis Contractibus excipiuntur Illustres, Nobiles, & Graduatæ Personæ, & qui his æquiparantur, quales

juxta *cit. D. Baronem Schmid ad Process. Summar. tit. 7. art. 15. n. 1.*

sunt etiam Prælati, & quidem non tantum illi, qui in Bavaria pro Statibus Provincialibus habentur; sed etiam, qui in tali Dignitate Ecclesiastica constituti sunt, ut merito possunt Illustribus, Nobilibus, & Graduatæ æquiparari; nam hi super suis Contractibus quibuscunque Jus Instrumenta erigendi, & sigillandi habent, ita, ut eundem vigorem, & efficaciam habeant, quasi essent coram Ordinario Magistratu erecta, & sigillata: & hoc propter abundantiam bonæ fidei, quæ in his Personis præsumitur.

*D. Baro Schmid ad Process. Edit. tit. 2. art. 10. n. 2.*

Imò, ut idem Illustrissimus *l. cit. notat;* cum de Jure communi

*per l. pignus. 1. princ. ff. de pignorat. act. & l. contrahitur. 4. ff. de pignor. & hypothec.*

quivis hypothecam constituere possit scripturâ privatâ, vel etiam sine scriptura nudo consensu, & Statuta Bavarica *loc. cit.* erectionem Instrumentorum super pignoratitiis contractibus autoritate publica faciendam, tantum in plebejis hominibus propter eorum simplicitatem, & imperitiam exigant, hæc provida vigilantia ad prius relatas privilegiatas Personas, consequenter etiam ad Prælatos extendi non debet, quippe quæ Personæ propter prudentiam suam, & peritiam sibi ipsis vigilare, & providere possunt. Valebunt ergo Contractus hypothecarii, ab his Personis initi, etiamsi solum ab ipsis, sine Authoritate Ordinarii Magistratûs, super his Instrumenta confecta, & sigillata sint: proinde Abbati Cajo defectus erectionis, & sigillationis apud Magistratum Ordinarium non potest objici.

Debet ergo obligatio solvendi pauperibus, post interemptum Capitale apud Sempronium, ex suo 100. fl. annuos, Monasterio incumbens, aliunde probari. Et hujusmodi probationes sumuntur ex Facti Specie relata. Nam 1. Titius Cajo Abbati cum præcitu Capituli dicta duo millia fl. ad emptionem prædii tunc necessaria, & opportuna, mutuo tradidit, cum obligatione, ut inde



inde proveniente Censum 100. fl. in pauperes annuatim distribuat. Consequenter Monasterium suscepit in se obligationem istam; ad quam proinde implendam Monasterium omnino tenetur; nam *Contractus ex Conventione Legem accipere dignoscuntur.*

ut habet *Reg. Contractus. 85. in 6.*

8.

2. Conditionem hanc acceptavit Cajus, Abbas, & Capitulum, illique subscripsit, & omnia bona Monasterii, mobilia, & immobilia, in fidem præstandæ perpetuè hujus elemosinæ oppignoravit. Et ita se obligare Monasterium sub tali cautione potuit; nam ista est hypotheca generalis, quæ Prælati, si justa causa hoc exigat, Jure tam antiquo, quam novo est licita, atque ab iis etiam sine solennitatibus, aliis requisitis, fieri potest,

ut monent *Abb. in c. nulli. 5. n. 3. de reb. Eccl. alienand. Joann. Andr. ibid. n. 1. Redoan. de reb. Eccl. non alien. quest. 1. c. 6. n. 12. Molin. tract. 2. de J. & J. D. 466. n. 1. König ad tit. cit. n. 20. Wiest. ibid. n. 12.*

Neque obstat *c. nulli. cit.* nam textus iste duntaxat loquitur de hypotheca speciali, non verò de generali; neque enim per hanc secundam Ecclesiæ bona in communi pro tanta quantitate obligantur, ut illa exponantur periculo distractionis, vel alienationis: quod periculum imminet in hypotheca speciali: adeoque per argumentum à sensu contrariò hæc posterior per *c. cit.* non censetur esse prohibita. Accedit, quia ex duabus speciebus oppositis unius assumptio censetur esse exclusio alterius, & vicissim exclusio unius alterius assumptio.

*Arg. l. si inter. 15. ff. de Except. rei judic. Junctâ Glosâ in Clem. 2. V. directè contrariis. de testib.*

Cum ergo *c. nulli. cit.* tantum loquatur expressè de hypotheca speciali, tantum ista censetur prohibita.

9.

3. Idem Abbas cum Capitulo suo successu temporis aliud Capitale similis quantitatis substituit, proventurum inde Censum annuum 100. fl. in annos singulos daturus pauperibus. Si enim Substitutio hæc facta est irrequisito Titio Creditore, & sine hujus consensu, non potuit ex parte Monasterii solvere obligationem hypothecariam, atque hoc ex natura mutui, quo contractu res fungibilis, alteri data, hujus efficitur, cum obligatione, ut Mutuatarius ex rebus propriis tantundem ejusdem generis, & quantitatis reddat; nam

ut ex *l. mutuum. 2. §. mutui datio. 1. & §. creditum. 3. ff. de reb. cred. Contractum mutui cum aliis definit Struv. Exerc. 16. Thes. 5.*

mutuum est Contractus, quo res, in pondere, numero, mensurâ consistens, adeoque fungibilis, in hoc datur, ut accipientis fiat, & tantundem ejus generis, & quantitatis reddatur: adeoque per Contractum mutui à Creditore in Debitorem rei mutuatae transfertur Domi-

nium: & hinc, quia mutuatarius non est Debitor speciei, sed quantitatis, & generis, quod interire non potest, apud istum obligatio solvendi Creditori manet, etiam si res mutuata casu fortuito interiërit.

*L. incendium. 11. C. si cert. per ar.*

Proinde Cajus Abbas non liberatur ab obligatione solvendi debitum Titio, etsi Capitale, à se substitutum, & Sempronio traditum (si hoc Titio non consentiente fecit) apud ipsum Sempronium casu fortuito periisset; & propterea non obstante hoc interitu, Titius à dicto Abbate repetere rem mutuam in eodem genere, quo data est, per Conditionem certi ex mutuo potest, vel si iste moram trahat in solutione, instituere ille contra hunc poterit actionem hypothecariam, qua Creditor vindicat sibi res, pro mutuo sibi hypothecatas pro quantitate debiti.

10.

4. Idem Abbas hoc ipsum Capitale substitutum Sempronio, cenopole, œconomo infelici, iterum inconsulto, & ignorante Titio Creditore, tradidit, & sic transferendo Capitale hoc novum periculo jacturæ exposuit: in quo memoratus Abbas, Creditorem Titium non monendo, & consensum ejus non exquirendo pro hac Translatione Obligationis ex mutuo, culpam commisit. Fortè enim iste, periculum jacturæ prævidens, Consensum in Translationem hanc non præstitisset quem Consensum jure negare poterat; neque enim Creditor à Debitore alium Debitorem sibi substitui, in quo fortè solutio non adeo certa est, pati cogitur. Unde non obstat, quòd Abbas Cajus transferendo Capitale in Sempronium, hunc ad Censum annuum 100. fl. solvendum obligaverit. Aliud est, si Titius, de hac Translatione monitus, consensisset; tunc enim, accipiendo Sempronium pro Debitore, Monasterium à debito liberasset, atque Eidem obligationem hypothecariam remisisset, præsertim si Abbas Cajus, dum novum Capitale substituit, & Sempronio illud cum Titii Consensu tradidit, cum hoc super novum hoc Capitale, Censûsque ex illo annuatim solvendo, de hypotheca sufficienti convenit. Dum ergo ad novum Capitale substituendum, & Sempronio tradendum, Consensum Titii non expetiit, ipsumque Capitale periculo jacturæ exposuit, sibi imputare Monasterium debet, quòd non cautius mercatum fuerit. Et hoc

5. Eò magis procedit, dum res non intra periculum stetit, sed jactura re ipsa contingit; nam ut in *Facti Specie Num. 3.* dictum est, post paucos annos novus iste Censualista Sempronius ob multitudinem debitorum subhastationi subjectus est; Cajus autem Abbas cum suo Monasterio, quòd publica Autoritate circa creditam à se pecuniam destitutus fuerit, in tanta Creditorum Copia in posteriores ordines inter alia debita currentia cum suo Capitulo rejectus est, ubi, quia bona Sempronii subhastati ad satisfaciendum Creditoribus non sufficiant, non solum

Censu



Censu posteriorum annorum privabitur, sed etiam de Summa capitali parum, vel omnino nihil recipiet. Ex qua sententia etiam colligi non obscure potest, quod non solum Cajus Abbas coram Magistratu Ordinario Instrumentum hypothecarium non exerit, sed neque ipse super hoc suo Contractu Instrumentum conditum subscripserit, & sigillaverit; cum enim juxta dicta Num. 5. Instrumenta à Prælatiis super his Contractibus erecta, in Bavaria eundem vigorem, & efficaciam habeant, quam habent Instrumenta Autoritate publici Magistratus erecta, ob defectum hujus Autoritatis idem Abbas cum suo Monasterio non fuisset rejectus ad classem Creditorum, qui debita currentia reperiunt. Ex hæcenus dictis patet Responsio ad id, quod

## QUÆRITUR II.

*Quid dicendum ad Casum Communitatis cujusdam Clericalis, quoad apparentiam quidem similem, reipsa autem disparem?*

12

**H**Ujus Casus Facti Species est. Titius Mercator dedit Communitati Clericali mutuos 2000. fl. cum onere, ut census annuos, ex hoc Capitali fluentes, nempe 100. fl. solveret P. Operario Societatis JESU, in pauperes ab isto distribuendos. Successu temporis memorata Communitas consentiente Titio dictum Capitale cum eodem onere transtulit in alium Debitorem Sempronium, qui tunc optimè se habebat, & annuatim dictos Census 100. fl. solvit; atque hanc pecuniam P. Operarius pro pauperibus à Communitate accepit. Novus iste Contractus cum novo hoc Debitore, non est factus coram Magistratu Ordinario, quia, ut colligebatur ex mente primarii Creditoris Titii, iste tunc non voluit, ut coram Magistratu sæculari Translatio ista fieret. Judicabatur eo tempore, hoc Capitali, translato in hunc novum Debitorem, inter omnia Capitalia Communitatis nullum esse securius. Post multos autem primùm annos Debitor Sempronius ita ad incitas redactus fuit, ut jam non sit amplius solvendo. Ad hunc ergo casum

13.

DICENDUM, Communitatem, si Causa cadat in Processu Edictali, contra Sempronium instituto, ad nihil amplius teneri, nisi quantum ipsi (quod ipsum sperari vix potest ob multitudinem aliorum Creditorum) ex summa Capitali credita in eodem Processu Edictali adjudicatur; ex quo proinde fluentes Census cum proportionem, pauperibus distribuendos solvet. Nam 1. Translatio hæc facta est cum consensu Titii, principalis Creditoris; qui proinde consentiendo in hanc Translationem Communitatem juxta

dicta Num. 10. Liberavit, & eidem obligationem remisit, loco hujus agnoscendo Sempronium pro suo Debitore.

2. Novus hic Debitor, ut dictum est Num. 12. tempore Translationis fuit optimè habens, & annuos 100. fl. fideliter solvit, ut adeò non apparuerit ullum morale periculum perdendi Summam Capitalementem translata, vel non accipiendi Census stipulatos. Cum ergo secundus hic Debitor successu temporis ad incitas redactus fuit, ut adeò non sit amplius solvendo, & propterea Capitale hoc amittatur, jactura ista inter casus fortuitos connumeratur, ad quem præstandum post translatum Debitum in alium, & acceptatum à Creditore novum hunc Debitorem, Communitas non amplius obligatur; quia non amplius est Debitor ex mutuo, cui obligatio præstandi casum fortuitum juxta dicta Num. 9. incumbit. Et ratio est: quia casus fortuitos, nisi hoc ratio contractus exigat, vel expresse quis se obliget, nemo tenetur præstare. Neque obstat,

14.

3. Quod nova hæc Elocatio, seu Translatio in alium Debitorem non fuerit relata in publicas Magistratus Ordinarii tabulas. Nam in primis ipse Creditor principalis, ut dictum est Num. 12. hoc fieri noluit: proinde Communitas in culpa non fuit hujus negligentæ solennitatis. 2. Translatio pecuniæ in Sempronium facta fuit cum Consensu in scriptis dato à Superiore, qui cum Jus sigillandi habeat, sua Autoritate videtur supplere defectum Subscriptionis, & Confirmationis, alias faciendæ à Magistratu Sæculari; æquiparatur enim merito Prælatiis, quorum Contractus hypothecarii per dicta Num. 5. & 6. etiam si duntaxat ab ipsis, non verò Ordinarii Magistratus Autoritate confecti sint, eandem vim habent, ac si ab hoc approbati, & sigillati essent. Et posito, quod potestas hæc etiam negari vellet, & inhæreret strictè dispositioni Juris Statutarii Bavarici, ac propterea Communitas ex creditis 2000. fl. aut nihil, aut parum admodum in Processu Edictali recipiat, ob defectum Confirmationis factæ à Magistratu Ordinario; tamen 3. Quia Titius expresse consensit in Translationem hujus pecuniæ, factam in Sempronium; consequenter hunc pro suo Debitore agnovit; Communitas, utpote quæ hoc modo à Debito ab ipso Creditore est absoluta, non tenetur Summam hanc, ita amissam, compensare, nec poterit ad amplius quid obligari, quam ad solvendum Census ex iis pecuniis, quæ forte ex Substantia Debitoris, in quem Translatio hæc facta est, Communitati prædictæ in Edictali Processu adjudicabuntur.

15.

Aliud est, si non ipsum debitum, sed hypotheca, pro hoc debito obligata Creditori, à Debitore fuisset alienata; tunc enim juxta Illustr. D. Baronem Schmid, Land-Recht iii. 15. art. 6. n. 17.

16.

distin-



distingueretur foret, an alienatio hypothecæ facta à Debitore fuerit cum Consensu, & bona voluntate Creditoris; an verò hoc irrequisito. Si hoc secundum, potest Creditor

per art. 6. cit. vindicare rem hypothecatam à quovis tertio possessore. Si primum; prius convenire Debitorem principalem debet, & petere, ut excutiat. Rationem dat dictus Illustr. Author; quia Creditor in alienationem consentiens, ultro videtur se Beneficio Ordinis submittere.

QUÆRITUR III.

An Ecclesia, Monasterium, vel alius pius locus in Processu Edictali inter Creditores Chirographarios Privilegium personale Prælationis habeat?

17. Dom. Arnoldus Rath, allegatus ab Illustr. D. Barone Schmid ad Process. Edict. tit. 2. art. 31. n. 5.

affirmat, lententiam affirmativam ita communem esse, ut vix à temeritatis nota, aut etiam Syndicatus poena liberari possit, si quis extra Bavariam Ecclesiis Jus personale Prælationis inter Chirographarios denegat; addit tamen se à Viris primariis, & præcipuis Incliti Aulici Consistorii Assessores audivisse, quòd Ecclesiis in Bavaria nullum Privilegium personale inter Chirographarios tribuatur.

18. Sed allegatus Illustr. Author num. 5. cit. putat, communem DD. opinionem etiam tenendam in Bavaria, & eos, qui ab hac discedunt, pariter à temeritatis nota, aut Syndicatus poena vix excusandos esse. Rationem dat: quia Ecclesiis Statuta Bavaria tit. 2. cit. art. 8. & 15.

longè pinguiora Privilegia hypothecæ & Prælationis inter hypothecarios tribuunt, & quidem præ Civitatibus; quippe quibus in contextu Ecclesiæ præponuntur. Quodsi ergo Ecclesiis cum Civitatibus competit per eadem Statuta Jus tacitæ hypothecæ, & Prælationis inter hypothecarios, quod longè est majus, non est ratio, cur iisdem negetur Privilegium Prælationis personale inter Chirographarios, quod est minus.

19. Putat ergo Idem Illustr. loc. cit. omnes in art. 8. & 15. cit. enumeratas personas, & causas, adeoque etiam Ecclesias, Monasteria, Hospitalia, & alias ejusmodi causas pias, quæ æquiparantur Doti, & fisco in Privilegiis, Privilegio Prælationis gaudere. De præjudiciis contrariis ait, sibi non constare, sed Fundamentum potius in oppositum summi ex art. 31. cit. ubi præsupponit, plura Privilegia personalia Creditoribus competere, quam quæ in dicto Articulo tantum exempli causâ ponuntur. Unde concludit, neminem tam animosum fore, ut tritissimam, & communissimam DD. opinionem, R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

quæ Privilegium hoc Ecclesiis, & aliis piis causis tribuit, hoc iisdem denegando impugnet.

Nec inutile iisdem causis piis est idem Privilegium, licet iisdem causis piis competat Jus tacitæ hypothecæ, & Jus Prælationis inter hypothecarios; nam ut iteratò allegatus Illustr. l. cit. num. 6. monet,

distingueretur est inter casus triplicis diversitatis. 1. Est, si causæ piæ agant contra Administratores suos; nam tunc habent tacitam hypothecam, & in Processu Edictali collocantur in sexta Classe. 2. Si pecuniâ Ecclesiæ, vel alterius pii loci res quædam empta est, quæ adhuc existit; tunc enim non tantum Jus hypothecæ tacitæ, sed etiam Jus Prælationis ante alios Creditores, quibus Jus tacitæ hypothecæ duntaxat competit, eadem Ecclesiæ, & causæ piæ habent, & ponuntur in quarta Classe. Denique 3. Casus est, si pecuniâ Ecclesiæ, vel alterius pii loci simpliciter mutuo data est alteri, aut res, quæ pecuniâ illorum comparata est, non amplius in natura existat, sed perit; tunc enim, cum in tali Casu iisdem nec Jus tacitæ hypothecæ, nec Prælationis inter hypothecarios concedatur, favore illorum ipsis saltem concedi debebit Privilegium personale Prælationis inter Chirographarios.

Neque obstat, quòd art. 31. cit. ubi agitur de Privilegio personali inter Chirographarios, Jus Bavaricum expressè tantum Civitatum meminerit; consequenter male inferatur, omnes illas privilegiatas Causas, quæ juxta art. 8. & 15. cit.

Privilegium tacitæ hypothecæ, & Prælationis habent, etiam gaudere Privilegio Prælationis inter Chirographarios: nam Civitatis solius mentio facta est, quia, quòd Civitas & Respublica inter Creditores Chirographarios Prærogativam quandam & Præferentiam habeant, ex Jure communi constat

per l. bonis venditis. 38. §. Respublica. i. ff. de Reb. Auth. Judic. possid.

pias tamen, & alias privilegiatas in Jure Causas, licet de iis in Jure communi nihil inveniat dispositum; quia tamen Causæ istæ pari passu cum Republica ambulant, imò in multis Republica potiores; & favorabiliores sunt,

ut cit. Illustr. Baro Schmid l. cit. n. 10. notat

ex paritate, vel majoritate Rationis, eas Civitatibus annumerare possumus.

Proinde, etsi hypotheca supra dictæ Clericali Communitati super Summa Capitali translata à Sempronio obligata, ob defectum intervenientis Authoritatis Magistratus Ordinarii, per sententiam judicaretur nulla, & ideo ipsa Communitas in Processu Edictali, contra Sempronium instituto, detruderetur ad ordinem Creditorum Chirographariorum,

M

tamen

20.

21.

22.



tamen inter hos Privilegio personali Prælationis juxta dicta Num. 18. & seqq. & allegatam ibi sententiam inter DD. communissimam, cui Statuta Bavarica non resistunt, gaudere deberet, ita, ut præferenda sit omnibus Creditoribus Chirographariis, simili Privilegio non instructis, & præ istis ex eo, quod ex solutione Creditorum magis Privilegiatorum superest, eidem satisfaciendum.

#### QUÆRITUR IV.

*Quid dicendum, si Communitas Clericalis, Capitali Summa cum Consensu Terti Creditoris in Sempronium translata, pro hoc fidejussisset, obstringendo fidem suam ad hujus solutionem in subsidium faciendam?*

23. PRO Resolutione hujus Quæstionis noto, Fidejussores alios esse principales, alios subalternos, seu succedaneos. Fidejussores principales sunt, qui principalis Debitoris Obligationem in fidem suam recipiunt. Succedanei autem, qui Fidejussoris Obligationi accedunt, eamque sub fide sua esse jubent. Qui hujus secundi generis est Fidejussor nomen Fidejussoris subalterni accepit, germanicè *Ruck-Bürg* / quia primi, & principalis Fidejussoris fidem suffulcit, ita, ut si primus ad inopiam redactus fuerit, ad hunc habeatur regressus.

Lauterb. ad ff. tit. de Fidejuss. §. 6.

Ab hoc multum differt Fidejussor indemnitate, vulgò *Schadlos-Bürg*; nam hic,

ut advertit Illustr. D. Schmid ad Jus Statutarium Bavaricæ *Land-Recht tit. 14. art. 1. n. 17.*

non Creditori, sed Fidejussori principali se obligat, quod ipsum velit servare indemnem: contra verò Fidejussor subalternus datur à Fidejussore primario ad majorem Creditoris securitatem.

24. Hinc est, quòd in Casu, quo Debitor principalis invenitur non esse solvendo, Fidejussor subalternus, *der Ruck-Bürg*, si Obligatio ipsius tantum in subsidium concepta est, non possit à Creditore conveniri ante Fidejussorem primarium, sed hic prius conveniendus, & excutiendus sit; cum ante excussionem sciri non possit, quale subsidium superfit, in quod succedaneus, seu subalternus Fidejussor se obligavit,

ut allegatus Illustr. Author *l. cit. n. 18.* observat.

ubi tamen monet, in Casu, in quo movetur Quæstio, an, & quando Creditor convenire Fidejussorem subalternum ante Fidejussorem principalem possit, diligenter inspicienda esse verba subalternæ Fidejussionis; nam si hæc non tantum in subsidium concepta sunt, sed subalternus se obligavit cum ipso Fidejussore principali, tunc utique in pote-

state Creditoris est utrumque simultaneè convenire.

Et in hoc iterum differt Fidejussor subalternus, *der Ruck-Bürg*, à Fidejussore indemnitate, *von dem Schadlos-Bürg*; nam hic,

ut idem D. Schmid *l. cit. n. 19.* notat, à Creditore conveniri non potest; quippe qui indemnitate non Creditori, sed Fidejussori principali promissit. Necesse igitur est, ut Creditor prius conveniat Debitorem principalem; si verò iste solvendo non sit, actioni tum locus est adversus Fidejussorem principalem; cum iste, quod pro Debitore solvit, repetere à Fidejussore indemnitate possit: atque hunc modum procedendi idem Illustr. D. Num. 19. *cit. ait.* esse usitatum in Curia Bavaricæ; ubi tamen iterum monet, attendenda esse verba, quibus concepta est hæc Fidejussio; nam si ista solum respiciant personam Fidejussoris, & hic sine sua culpa, & casu fortuito ad inopiam redactus est, atque ideò factus inidoneus; cum in hoc Casu iste Beneficio Cessionis, & *Novel. 135.* tutus, & ad solutionem obligatus non sit, donec ad meliorem fortunam pervenerit, nec pro eo Fidejussor indemnitate tenebitur solvere, quippe qui, ut dictum est, non Creditoris, sed Fidejussoris personæ se obligavit. Aliud est, si Fidejussor indemnitate in subsidium potius Creditoris, quam Fidejussoris securitatem, & indemnitate promittat; tunc enim,

ut memoratus Illustr. D. n. 20. *l. cit.*

addit, Fidejussor talis magis est Fidejussor subalternus, quam indemnitate; consequenter in Casum, quo Fidejussor primarius non existit solvendo, in subsidium obligabitur.

In Casu præfenti nulla fit mentio de Fidejussore subalterni, aut indemnitate, sed tantum quæritur, an, & quando Communitas, si in translatione Capitalis Summæ, in tertium facta, pro hoc fidejussisset, obstringendo fidem suam ad solutionem in subsidium faciendam (quo Casu foret Fidejussor principalis) conveniri à Creditore, vel ab alio interesse habere possit? ubi Regula generalis observanda esset, juxta quam, si quis sit Fidejussor principalis, hunc Creditor, qui cum Debitore principali illum sibi obligatum habet, non prius convenire debet, antequam conventus ab ipso de solutione facienda, & excussus fuerit Debitor principalis.

idque juxta Authent. *præsent. C. de Fidejuss. & Novel. 4. c. 1.* qua correctum est Jus antiquius *l. in duobus. 3. §. ubi duo 1. ff. de duob. reis. l. non recte 3. & l. jure nostro. §. C. de Fidejussor.* juxta quos textus antiquitus Fidejussor etiam ante Debitorem principalem actioni subjectus erat. Gomez *l. 2. var. Resol. tom. 2. c. 23. n. 14.* Gaill. *lib. 2. obser. 27. n. 1.* D. Baro Schmid ad Statuta Bavarica, *Land-Recht tit. 14. art. 1. num. 2.*

Ratio est: quia actio, & obligatio fidejussoris



foria est accessoria, & competit tantum in subsidium. Potest ergo talis Fidejussor, à Creditore conventus, opponere exceptionem Ordinis, qua petit, ut prius excutiat Debitor principalis. Et hoc verum est, etiamsi Obligatio Fidejussoria cum juramento sit interposita; quia juramentum sequitur naturam actus, seu contractus, cui accedit.

Gomez *loc. cit. c. 13. n. 21.* Zanger *de Except. p. 2. c. 16. n. 17.* cum aliis; juramentum enim est strictæ interpretationis, & extra naturam actus non extenditur. Quod tamen allegatus D. Schmid *l. cit. n. 4.* intelligendum duntaxat monet, si solus actus fidejussorius juramento confirmatus est; aliud enim est, si Fidejussor juravit, se servaturum conventionem suam, & Beneficii à Jure sibi concessis non usurum.

27. Sicut autem Fidejussor, ita nec Constitutor, Sponsor, & Mandator, prius à Creditore conveniri regulariter potest, antequam primarius Debitor excutiat. Neque obest, quod in Statutis Bavaricis

*Land- & Recht tit. 14. art. 1.* de solo Fidejussore disponatur; nam ut Illustr. D. Baro Schmid *ad art. 1. cit. num. 3.* notat, dubitandum non est, quin hic textus etiam de Constitutoribus, Sponsoribus, & Mandatoribus intelligendus sit ob paritatem rationis, quæ æqualem inducit Legis Dispositionem.

*Novell. 4. c. 1. & Novell. 136. princ. & c. 1.*

Dubitari potest de casu, quo quis Sempronio promittit, se soluturum id, quod Titius ei debet. Et Ratio dubitandi est, quia talis videtur se constituere principalem Debitorem, & novationem inducere. Sed respondendum adhuc, tali Promissori competere nihilominus Beneficium Ordinis; quia, cum novatio hodierno jure non inducatur, nisi hoc expressè actum sit, & de novandi animo constet omnino certo,

*L. fin. C. de Novation.* talis promissio solum accessoria, & subsidia-ria est: quam sententiam

*Gaill. lib. 2. observ. 28. n. 4. in fin.* dicit in puncto juris esse veriorum. Habet ergo iste Beneficium excussionis, & Fidejussorum. Aliud est, si quis animo novandi constituat, se soluturum; tunc enim sic promittenti solutionem non competit hoc Beneficium,

ut idem Illustr. Author. *l. cit. n. 22.* cum *Gaill. observ. 28. cit. n. 4.* advertit.

Nam tunc se cum novatione obligans ad solutionem debiti habetur pro principali, & correo debendi, & sic in solidum, sine Beneficio excussionis conveniri potest.

28. Excipitur ergo 1. Et Beneficium excussionis non competit illi, qui non tantum pro altero fidejussit, sed etiam se Debitorem principalem, germanicè *Selbst- Schuldner*, constituit. Neque opus est, ut ex *R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.*

presè Beneficio Ordinis, seu excussionis renuntiaverit; nam ut D. Baro Schmid *n. 22. cit.* advertit, idem est voluntatem suam factis, quam verbis declarare. Hoc autem facit Fidejussor, dum se Debitorem principalem constituit; nam ipso facto fidejussioni renuntiat, Fidejussoris personam exiit, & seipsum in ejus locum constituit. Consentit cum aliis

*Gaill. observ. 28. cit. num. 6.* dicens, ita communiter in foro observari. Et idem tenet

*Befold. Thesaur. pract. V. Selbst- Schuldner.*

Et eandem sententiam approbat Jus Statutarium Bavaricæ,

*Land- & Recht tit. 14. art. 1. cit. ibi: und mag der Borg/weicher Selbst- Schuldner ist / seinen Geweren für sich nicht stellen / noch darauf weigern.*

nam, ut statim in *eod. artic.* additur, & allegatus Illustr. Author ibi notat, sensus horum verborum est, quod Fidejussor talis non possit petere, ut excutiat Debitor principalis; eò quod se ut principalem obligando, Beneficio Ordinis, & excussionis, der Gewerschaft / und Weigerung / prout idem D. Baro Schmid verba hac antiqua sonare ait, incapacem reddiderit. In quo casu tamen, ut dicto *art. 1.* dicitur, in arbitrio Creditoris est, an Debitorem, an verb Fidejussorem, qui se ut principalem, und als *Selbst- Schuldner* obligavit, prius convenire velit. Rationem dat iteratò allegatus D. Schmid *art. 1. cit. num. 22.*

quia ipse Debitor per Fidejussoris, ut correi accessionem à sua obligatione non liberatur, nisi expressè hoc actum fuerit; quia, ut dictum est *num. preced.* novatio hodierno Jure nunquam inducitur, nisi expressè de hoc conventum fuerit.

2. Excipitur, si Fidejussor Exceptionem Ordinis præscripto tempore non opposuerit; quia Fidejussor propter interpositam fidem revera obligatus est; & propterea per condemnationem contra ipsum non excipientem rectè proceditur.

*Gaill. lib. 2. observ. 27. n. 2.* Gomez *tom. 2. c. 13. n. 14. y. tertid.* Gabr. *comm. concl. lib. 3. tit. de Fidejuss. concl. 1. n. 12.* D. Baro Schmid *ad art. 1. cit. num. 11.*

qui rationem dat, quia talis exceptio non inducitur ipso jure contra substantiam actionis, & obligationis, sed tantum respectu ordinis procedendi. Porrò Exceptio hæc, quid sit in aliis Provinciis, in Bavaria,

ut iteratò *cit. Schmid loc. cit. num. 13.* monet,

in ingressu litis opponi debet; nam dilatoria litis est, quæ non perimit actionem, sed tantum differt Judicium: de Jure autem Bavarico



*Process. Summ. tit. 5. art. 3.* nulla profus exceptio dilatoria post litem contestatam admittitur, sed omnes simul in ingressu litis opponi debent, idque favore abbreviandarum litium. Hinc idem D. Schmid *n. 13. cit.* pro cautela Fidejussori suadet, ut, si ipse conveniatur, specialem mentionem faciat, & asserat, se ad litem contestatam nullo modo obligatum esse velle, antequam Debitor principalis prius excutatur; hoc enim si fecerit, super dilatoria exceptione Ordinis, & excussionis interlocutoriam præviā petere ipse poterit.

30.

3. Beneficium Ordinis in Fidejussore cessat, & contra hunc actio statim admittitur, si Debitor bonis cesserit; nam si cessio legitime facta est, tunc constat, eum solvendo non esse: consequenter Beneficium Ordinis, & excussionis inutile est.

Gaill. *observ. 27. cit. n. 16.*

Dixi autem, si cessio legitime facta est; nam si Debitor principalis aliquid in præjudicium Creditorum fraude, vel dolo commiserit, quia aliqua bona sua occultavit, aliò transulit, aut quovis modo subtraxit, talis cessio Beneficium Ordinis Fidejussori non tollit, sed is uti eodem poterit, donec cessio plenè sit facta, ut cum dicto Gaillio notat D. Schmid *ad Art. 1. cit. n. 26.* Quod de Cessione legitime facta dictum est, etiam tenendum, quando per famam, vel aliunde sufficienter constat, quòd Debitor omnibus bonis destitutus sit; nam talis fama facit notoriam paupertatem Debitoris, & per eam ostenditur, eundem non esse solvendo: in notoria autem Debitoris paupertate, & impotentia ad solvendum inutilis est excussio; quippe cujus finis est, ut appareat, an, & in quantum satisfacere Creditori possit.

Mynsing. *cent. 2. obs. 27. n. 2.* Gaill. *lib. 2. observ. 27. n. 15. & seqq.* D. Schmid *l. cit. n. 27.* cum aliis,

apud quos plures adhuc aliæ exceptiones legi possunt.

31.

In Casu substrato non apparet, quòd Communitas Clericalis fidejusserit pro Sempronio, in quem Capitale novum cum onere pendendi inde Censuum annuos pro pauperibus transulit. Sed neque ex Facti Specie liquet, quòd sponsonem pro eo fecerit Titio, qua se obligasset in Casum, ubi ipse non posset solvere, ad solutionem locò illius præstandam. Consequenter ex hoc capite libera erit Communitas à metu, ne solvere te- neatur. Hinc restat

### QUÆSTIO V.

*An non Communitas obligari possit ad solvendum Capitale, & Censuum ex hypotheca generali, qua se primus Titio obstrinxisse dicitur?*

32.

R Espondeo negativè; nam eadem Communitas Capitalet Summam cum onere

solvendi ex ea Censuum annuos pro pauperibus, transulit in Sempronium, & hic obligationem hanc etiam in se suscepit, consentiente etiam Titio, qui liberata ab obligatione sua Communitate, istius locò Sempronium pro Debitori suo acceptavit: consequenter in hoc casu facta est Delegatio, eaque voluntaria, quæ tum fit, quando in Casu, quo Cajo Mævio debet mille, & Cajo totidem Sejus, Cajo autem instante Creditore mandat Sejo, ut Mævio solutionem promittat, Delegato, & Creditore consentientibus; Mævius verò Summam, ipsi à Cajo debitam Sejo stipulatur, eamque Sejus promittit.

Lauterb. *ad ff. tit. de novat. §. 6.*

Est ergo Delegatio species quædam novationis in genere, eamque in se secundum effectum continet: nam delegare nihil aliud est, quam cum Debitor vice sua alium Debitorem dat Creditori, qui hinc solutionem promittat.

Müller *Ad Struv. Exerc. 47. Thef. 61. Lit. a.*

Talis autem Delegatio in Casu præsentè probatur facta; nam qui Delegationem allegat, hæc tria probare debet. 1. Alterius in Debitoris locum substitutionem. 2. Assensum Creditoris, Delegationem approbantis: & 3. Delegati stipulanti Creditori factam promissionem: quæ tria ita necessarîo probanda sunt, ut si illa præstare nequeat, Delegationem allegans non audiatur.

Brunnem. *ad l. 11. ff. de novat. Mævius p. 5. decis. 396.* Müller *Ad Struv. l. cit. Thef. 63. Lit. e. not. 1.*

Hæc autem tria in Casu substrato facile probari possunt; nam ut ex Facti Specie constat, Communitas locò sui substituit Sempronium cum onere solvendi Censuum annuos: deinde Creditor Titius Delegationem hanc approbavit, & eundem Sempronium tanquam Debitorem acceptavit; denique iste Censuum solutionem promissit: ut adeò nihil desideretur ad hoc, ut Delegatio effectum suum sortiatur in isto Casu.

Effectus autem Delegationis ritè factæ, nisi aliter conventum sit, is est, ut prior Debitor delegans ab obligatione, inter ipsum, & Creditorem suum contracta, ipso jure omnino liberetur, & planè novus inter delegatum, & Creditorem, vel eum, cui is solvi vult, Contractus, & Obligatio constituatur, ita, ut prior Debitor, seu delegans à Creditore amplius conveniri non possit.

§. *præterea. 3. Inst. quib. mod. toll. oblig. l. ex contractu. 2. C. de novat.* Brunnem. *in dict. leg. n. 3.* Lauterb. *tit. de novat. §. 19.* Struv. *Exerc. 47. Thef. 64.* & ibi Müller *Lit. a.*

Et hoc verum est non tantum de debito principali, sed etiam de ejus accessionibus; nam per Delegationem etiam obligationis prioris accessiones, privilegia, qualitates, & incommoda tolluntur, uti sunt Fidejussiones, hypotheçæ

33.

34.



thece, pignora, usura, mora, periculum interitus rei debita, dummodo de novo non sit aliter conventum.

*L. in omnibus. 43. ff. de Solut. L. novatione 4. C. de fidejuss. l. si Stichum. 8. princ. L. novatione. 18. l. emptor. 27. & seqq. ff. de novat.*

Quæ omnia non tantum de novatione, sed etiam de Delegatione in specie procedunt.

ut cum aliis notat Lauterb. §. 19. cit.

Nam Delegatio non multum distat à novatione, nisi in eo, quod Delegationi semper insit novatio, non verò vice versa novationi insit Delegatio; cum hæc sine interventione novæ personæ fieri nequeat, id quod secus est in novatione.

Treutl. vol. 2. D. 29. Thes. 6. Lit. A.

35.

Ex quo sequitur, quod Creditor post Delegationem ritè factam, contra delegantem non amplius possit agere; quia hujus obligatio in persona ipsius extincta, & in delegatum translata est. Ethoc verum est, etiam si delegatus ex post facto appareat non esse solvendo.

*L. si delegatio. 3. §. quodsi. C. de novat.*

Qui enim delegat aliquem suo loco, licet ille minus solvendo sit, pecuniam tamen solvere intelligitur.

*L. qui debitorem. 18. ff. de fidejuss. Brunnem. ad l. 2. C. de novat. n. 4. Müller ad Struv. Exerc. 47. Thes. 64. Lit. d.*

Et hinc vulgatum illud, *Anweisung ist Zahlung*, poteritque Debitor prior adversus Creditorem, ab ipso solutionem postulantem, se exceptione defendere; vel potius dicendum, ipso jure eum tutum esse; quod enim semel placuit, amplius displicere non potest.

*Reg. quod semel. 21. de R. J. in 6.*

36.

Proceditque hoc, etiam si extrajudicialiter facta sit Delegatio: nam

ut Müller *ad Struv. Lit. d. cit.* notat, quod judicialiter ea fieri debeat, nuspian legitur. Et extenditur, etiam si delegans Creditori suo usuras ex Capitali sibi credito adpromiserit, vel pignora pro ejus securitate dederit; nam, ut dictum est *Num. 34.* delegatio cursum usurarum sistit, & per eam pignora solvuntur, ac Fidejussores liberantur, modo non aliter conventum sit. Et ratio est; Quia præcisè tali contraria conventionè, nunquam id intendit delegans, ut simul cum delegato Creditori obligatus maneat; cum hoc modo nulla ei utilitas, sed nocumentum grave ex tali delegatione eidem proveniret, ut notat Müller *ad Struv. Exerc. 47. Thes. 64. Lit. a.*

Quare, si Creditor per delegationem, à se acceptatam, in casu, quo delegatus apparet non esse solvendo, creditum suum perdat, vel solutionem illius integram non obtineat, sibi imputare debet, quod non melius inquisierit in facultates delegati.

37.

Dixi autem, si ritè, ac bona fide facta sit De-

legatio, & nisi aliter conventum sit, delegantem ab obligatione sua liberari. Nam 1. Effectum istum non sortitur Delegatio, si ritè facta non sit. Sunt quidem DD. nonnulli, qui ad ritè faciendam delegationem requirunt, ut fiat animo novandi, & iste claris verbis exprimitur. Fundantur; quia Delegationi semper inest novatio; novatio autem animo novandi fieri debet, atque hoc expressè declarari: quam Sententiam.

Müller *ad Struv. Exerc. 47. Thes. 63. Lit. e.*

dicit esse veriore, & propterea ait, priorem Debitorem non liberari per Delegationem alterius, si primam obligationem non verbis expressis sustulerint contrahentes. Pro qua opinione allegat plures DD. Contrariam tamen Sententiam sovent

Gaill. *lib. 2. observ. 30. n. 9. Brunnem. ad l. fin. C. de novat. Zœl. ad ff. tit. eod. n. 16. Eckolt. dict. tit. §. 12. Hahn ad Wesenbec. ibid. n. 3. Lauterb. eod. tit. §. 6. Mev. p. 2. decis. 240. item decis. 396.*

Rationem dat *cit. Lauterbach*, quia novatio Delegationi tantum inest materialiter, & effectivè, non verò formaliter. Et hinc, licet ipsa novatio sine animo novandi fieri non possit, potest tamen Delegatio consensu illorum, quos inter negotium principaliter agitur, perfici.

*L. delegare. 11. princ. ff. de novat. L. delegatio. 1. C. l. nec creditoris. 6. C. eod.*

Sufficit ergo nudus Consensus, quovis modo scripturæ, vel etiam nudo à mutuo expressus.

*L. delegare. 17. ff. de novat.*

Idem dicendum de sententia eorum, qui volunt, Delegationem compleri debere per Stipulationem: & hanc Sententiam approbat

Müller *ad Struv. Exerc. 47. Thes. 63. Lit. d.*

addit tamen, cum hodie omnia, quæ olim Stipulationem requirebant, per Pactum, de liberatum tamen, fieri possint, idem quoque de Delegatione procedere,

citaturque Brunnem. *ad l. 1. n. 5. & 6. C. de novat.*

Poterit ergo Delegatio,

ut notat Lauterb. *ff. de novat. §. 7.*

solo mandato delegantis, quo jubet delegatum Creditori solvere, perfici, si tam Creditor, quam ipse delegatus consentiat.

2. Delegatio vim liberandi delegantem non habet, si hic callide, & falso laudaverit delegatum esse idoneam.

38.

*L. & eleganter. 7. §. fin. & l. quodsi. 8. ff. de dol. mal. Lauterb. ad ff. de novat. §. 19.*

3. Idem dicendum, si delegans periculum in se suscepit, repræmittendo, se soluturum, si delegatus intra certum tempus solvere nolit, aut non possit, quia scilicet facultatis lapsus est,



*L. ff. mandatu. 45. §. quod mihi. 7. ff. mandat. l. inter artifices. 31. princ. ff. de novat.*

Ratio est; quia speciali Pacto periculum in se suscepisse creditur; facta enim hoc modo Delegatio est sub conditione. Actus autem conditionatus non valet, nisi existente, & impleta conditione; & paria sunt nihil fieri, vel sub conditione fieri, quæ non purificatur.

Lauterb. §. 19. cit. Müller ad Struv. Exerc. 47. Thef. 64. Lit. 5.

39.

In præfenti Casu imprimis nihil deest essentialium, ad perfectam Delegationem requisitorum; nam ex una parte Communitas transferendo Capitale à Titio acceptum, in Sempronium, huic imposuit onus solvendi Censuum annuos, ex eo fluentes eosque distribuendos in pauperes; cui oneri ipse consensit, & sub onere isto idem Titius illum, tanquam Debitorem suum acceptavit: ex altera verò parte eadem Delegatio de vitio argui nequit, quòd non facta sit per stipulationem, aut non expressis verbis indicatus animus novandi; quia juxta dicta Num. 37. neutrum moribus hodiernis ad essentiam Delegationis requiritur. Accedit; quia in hoc Contractu animus novandi sufficienter per hoc expressus videtur, quòd Communitas Sempronium locò sui Debitorem substituerit, & Titius eum, ut talem acceptarit. 2. Delegatio hæc à Communitate celebrata est optima fide; nam, ut Num. 12. dictum est, idem delegatus tempore initæ hujus translationis erat optimè habens, & Censuum annuos ritè exsolvit, ita, ut judicaretur eo tempore, inter omnia Capitalia Communitatis nullum isto esse securius; donec delegatus iste post plures annos ad incitatus redactus, & impotens ad solvendum factus fuerit. 3. Eadem Communitas in hoc Contractu

periculum in se non recepit, repromittendo, se soluturam, si Sempronius solvere aut non velit, aut non possit.

Supereft igitur, ut memorata Communitas etiam effectum Delegationis sentire debeat, qui juxta Num. 34. est, ut Debitor delegans ab Obligatione, inter ipsum, & Creditorem suum contracta, ipso jure liberetur, & planè novus inter delegatum, & Creditorem contractus, & Obligatio constituitur, ita, ut prior Debitor, seu delegans à Creditore amplius conveniri non possit. Quòd 2. juxta dicta Num. cit. verum est non tantum de debito principali, sed etiam de accessionibus, uti sunt hypothecæ, usuræ, periculum interitus rei debitæ. Proinde prædictæ Communitati non oberit amplius, quòd pro securitate hujus debiti bona sua hypothecæ generali subjecerit, & usuras, seu Censuum ex Capitali sibi dato promiserit; quippe cum omnis Obligatio in persona ipsius extincta, & in delegatum translata sit. Neque obstat 3. Quòd Delegatus, Sempronius, successu temporis facultatibus lapsus sit, ita, ut jam amplius non sit solvendo; nam, ut dictum est Num. 35. Liberatio delegantis manet, etiamsi delegatus ex post facto appareat non esse solvendo; quippe cum is, qui aliquem delegat, licet ille sit minus solvendo, pecuniam tamen solvisse intelligatur. Proinde ad amplius quid non tenebitur Communitas, nisi ut solvat Censuum ex ea Summa, quam fortè acquireret in Processu Edictali ex facultatibus delegati; penes quem tamen manebit Obligatio solvendi totum in Casu, quo ad pinguiorem fortunam pervenerit. Ita salvo meliore &c.

40.

Ⓜ (X) Ⓜ



CON-