



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

Consilia Seu Responsa Juris

Schmalzgrueber, Franz

Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL

Cons. XLVI. Fidejussionis, vi cujus quamdiu Fidejussor, & an etiam ejus
Hæredes teneantur?

[urn:nbn:de:hbz:466:1-72304](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-72304)

petranda. Neque alia videtur fuisse mens ipsius defuncti; cum enim ipsemet petierit ab Ordinario licentiam ad biennium percipiendi Censui ex capitali, quod ipse pro dote beneficii à se fundati attribuit,

fluente, multò magis censetur eodem Censui legasse nepotibus suis cum onere, ut similem licentiam ipsi ab Ordinario impetrent.

CONSILIUM XLVI.

In Causa Fidejussionis pro debitore ad inopiam redacto.

SUMMARIUM.

1. *Facti species.*
2. *Obligatio Fidejussoris transit ad hæredes.*
3. *Qui solus vult obligari, videtur excludere extraneos, non hæredes.*
4. *Hæredes ab obligatione Fidejussionis eximi possunt expressis verbis, vel consuetudine.*
5. *Hæredes singuli non obligantur in solidum, sed prout rata.*
6. *Seqq. Finita obligatione Fidejussionis, etiam hæredes liberantur.*
9. *Fidejussio extinguitur solutione debiti:*
10. *Novatione:*
11. *Acceptilatione:*
12. *Delegatione:*
13. *Confusione:*
14. *Compensatione, oblatione, pacto de non petendo, impetratis literis moratoriis:*
15. *Lapsu temporis, ultra quod Fidejussor obligatus esse noluit.*
16. *Mora perpetuatur obligatio.*
17. *Si tempus Fidejussioni solutionis duntaxat gratia adjectum est, ejus lapsu Fidejussor non liberatur.*
18. *Prorogatio debitori à creditore facta consentiente Fidejussore, etiam huic noceat.*
19. *Prorogatio infcio Fidejussore facta, onerare hunc non potest.*
20. *Fidejussor liberatur, si creditor intra 30. annos debitum non exigit.*
21. *Quid si intra hoc tempus contingat mora debitoris?*
22. *Seqq. Recensentur casus, in quibus Fidejussor, antequam solvat, agere contra debitorem ad liberationem potest.*
26. *Seqq. Deciditur contra Fidejussorem, ejusque hæredes.*

FACTI SPECIES.



Marcellus pro Herennio fidejuber. Creditor hujus Sergius, cum videret ipsum ad inopiam vergere, interpellat eundem pro solutione crediti, quam etiam pro dimidia

crediti parte ab Herennio accipit; reliqua verò dimidia pars insoluta mansit usque ad mortem Fidejussoris Marcelli. Quamdiu hic vixit, nunquam istum convenit Sergius, licet sciverit, Herennium debitorem suum jam à sex, & ultra annis ad pauperatatem devenisse, & solvendo non esse. Marcello autem mortuo, Sergius alteram medietatem ab hæredibus Marcelli Fidejussoris petit.

QUÆRITUR I.

Utrum, mortuo Fidejussore, de Fidejussione, ab isto facta, conveniri possint ipsius hæredes?

Resp. affirmativè; nam de Fidejussione non tantum obligantur Fidejussores ipsi, sed & hæredes illorum per claros textus

- §. fidejussor 2. inst. de fidejussor. l. potest 4. §. fidejussor 1. & l. generaliter §. ff. l. fidejussoris 24. C. eod. Berlich. p. 2. concl. 26. n. 1. Manz. de fidejussorib. c. 6. n. 21. Lauterbach. ad ff. dict. tit. §. 28. Widmont ibid. n. 36.*

nam Fidejussor rei locum obtinet, ut ait Ulpianus

l. potest, & §. fidejussor cit.

Et

Et hoc verum est, etiamsi hæredum nulla fuerit mentio expressæ facta: idque ex natura omnium contractuum, & in specie stipulationis; nam omnis stipulatio ad hæredes transmittitur per textum

l. veteris juris 13. C. de contrab. & committend. Stipulat. Carpz. p. 3. const. 20. def. 1. Lauterbach §. 28. cit. Philoparch. Kluger Beambte p. 4. tit. 13. ff. 12.

frustra quippe in ordine ad juris effectum exprimitur, quod ex natura actus jam tacite inest.

3.

Imò responsio ista procedit ex recepta DD. sententiâ etiam in casu, quo particula taxativa adjecta fuerit, quia videlicet Fidejussor in instrumento fidejussorio dixit, quod ipse solus, tantum, duntaxat &c. obligari velit; quia hoc modo non personas hæredum, sed potius extraneos exclusisse videtur per

l. si necessarias expensas 8. §. de vendendo pignore 4. ff. de pignorat. action. l. stipulatio 38. princ. ff. de V. O. Tiraquell. de retract. convent. §. 1. gloss. 6. n. 10. in fin. Menoch. conf. 705. n. 6. & seqq. Berlich. concl. 26. cit. n. 19. Barbof. thesaur. locupl. V. taxativa. Hering. de Fidejuss. c. 20. §. 10. n. 54. Brunnem. ad l. 8. ff. de pact. decl. 11. Carpz. const. 20. cit. defin. 2. n. 67. & p. 2. const. 45. def. 5. n. 4. Lauterbach. §. 28. cit. Philoparch. §. 12. cit.

4.

Aliud est, si fidejussoris hæredes expressis verbis excepti, & cautum fuerit, ut ipse solus non etiam ejus hæredes obligentur; tunc enim morte ipsius obligatio extingueretur, quippe cum pactum det legem contractui.

c. contractus 8 §. de R. J. in 6. l. contractus 23. ff. eod. Lauterbach. & Philoparch. l. cit.

Idem est, si hæredes tacite sint ab obligatione liberati, ut, si conventum est, ut loco fidejussoris mortui alius Fidejussor substituat.

arg. l. in conventionibus 219. ff. de V. S. Hering c. 20. cit. §. 11. n. 60. Lauterbach. dict. §. 28. Carpz. const. 20. def. 5. & seqq. ubi num. 2. juxta eundem

limitanda exceptio ista est, si executio in bona viventis adhuc fidejussoris facta sit.

Interdum etiam speciali consuetudine hæredes eximuntur, uti testatur

Berlich. concl. 26. cit. n. 11.

5.

In casu tamen, quo plures hæredes uni fidejussori successerint, non singuli in solidum obligantur, sed quilibet pro rata, scilicet pro parte sua hæreditariâ.

l. Lucius Titius 49. §. ex duobus 1. ff. de fidejussor. l. pecuniam 1. C. de hæredit. ad Lauterbach. §. 28. cit. Philoparch. dict. §. 12.

Neque obstat, quod fidejussoris obligatio

sit individua; nam respectu defuncti omnes simul hæredes in solidum obligantur; respectu vero hæredum obligatio, & actiones tam activæ, quam passivæ ipso jure dividuntur.

l. ea, qua 6. C. famil. herisc.

cum unusquisque defunctum repræsentet pro ea parte, pro qua hæres est.

Gomez tom. 2. var. resol. c. 10. n. 3. Mevius p. 6. decis. 94. junct. p. 5. decis. 66. Lauterbach. §. 28. cit.

Quodsi autem finiatur omnino obligatio, ex fidejussione contracta, etiam hæredes, & quidem non tantum ultra ratam, sed omnino solvantur. Potest autem finiri hæc obligatio variis modis, & præcipue imò extinctâ principali obligatione; nam tunc etiam obligatio fidejussoria, tanquam prior accessoria omnino, & quidem ipso jure tollitur, idque juxta

l. nihil 129. §. cum principalis 1. ff. de Reg. jur.

ubi Paulus Jctus cum principalis, inquit, causa non consistit, ne ea quidem, qua sequuntur (qualis est obligatio fidejussoris) locum habent. Cui consonat

l. cum principalis 178. ff. eod. Lauterbach §. 28. cit.

2. Extinguitur fidejussio lapsu temporis definiti; nam hoc elapso, non quidem ipso jure tollitur obligatio, sed fidejussori datur pacti exceptio.

l. obligationum 44. §. circa diem 1. ff. de O. & A. Hahn. ad Wesenbec. ff. tit. de fidejussor. n. 5. circa fin. Lauterbach. cit. eod. §. 62. Struv. Exerc. 47. thes. 47. Müller. ad eund. l. cit. lit. 2.

3. Præscriptione, si intra 30. annorum spatium creditor neque debitum, neque usuras exegerit; tum enim debitum remissile censetur.

l. cum notissimi 7. §. illud autem 4. C. de Præscript. 30. vel 40. annor. Gomez tom. 2. var. resol. c. 13. n. 20. Hering. de fidejuss. c. 20. §. 18. n. 12. Franc. simul. tract. c. 6. n. 84. Carpz. p. 1. decis. 94. Lauterbach n. 62. cit. Mevius p. 4. decis. 189. Müller. ad Struv. thes. 47. cit. lit. 8. Philoparch. p. 4. tit. 13. §. 30.

Præter hos modos sunt etiam alii casus jure proditi, in quibus fidejussor, etiam antequam solvat, agere adversus debitorem principalem potest, ut ipsum ab obligatione liberet; nam, licet aliàs per

l. si pro ea 10. ff. mandat.

regula universalis sit, quod fidejussor ante debiti solutionem à Creditore liberationem impetrare non valeat, tamen regula hæc non est perpetua, sed suas etiam exceptiones patitur, prout ex dicendis patebit. Proinde, quæ à num. 6. dicta sunt, per sequentes quæstiones latius explicabuntur. Atque adeò

QUÆ

QUÆRITUR II.

Quibus modis jure ipso extinguatur obligatio fidejussoria?

9. **R**esp. hoc fieri posse variis modis. Et imò quidem solutione debiti.

l. solutione 23. & l. in omnibus 43. ff. de solution. Lauterb. ad ff. tit. de fidejuss. §. 61. Struv. Exerc. 47. thes. 47. & ibid. Müller. lit. . . Philoparch. fluger Besambrep. 4. tit. 13. §. 30.

Debet autem totum debitum esse solutum; nam, si pro parte tantum solvatur, fidejussor manebit obligatus pro residuo.

l. etiam 27. l. qui sibi 33. §. qui Stichum 1. ff. de solut. l. obligatione 9. C. eod. Philoparch. §. 30. cit.

nihil autem interest, an ipse debitor principalis solverit, an verò quivis alius illius nomine, licet iste non fuerit fidejussor.

l. siis 50. princ. ff. mandat.

ridiculum enim est, finito negotio, de vadi-
monio disputare.

Weslenbec. ad ff. tit. si quis caution. n. 3. Müller. ad Struv. lit. . . cit.

Nec etiam refert, an propter obligationem fidejussoriam, an verò aliam, in quam trans-
fusa est, solutio facta fuerit.

l. tutor 69. ff. de fidejussor. Duaren. ad dict. tit. c. ult. Müller. lit. . . cit.

Item nihil ad rem facit, an debitor sciverit, solutionem nomine suo factam esse, necne.

l. solutione 23. l. si pro me 40. si ita 59. ff. de solut.

Debet autem à Fidejussore, ut liber pronuntiarì possit ab obligatione, per fidejussionem contractà, probari solutio, e. g. per apocham.

Mascard. de probat. concl. 783. n. 2. & 3. Franc. de Fidejussor. c. 6. n. 10. Hering. simil. tract. c. 20. §. 1.

Si tamen Creditori bonum immobile, vel alia res solutionis loco data, vel assignata, res verò ista evicta postmodum fuisset, adhuc Fidejussor obligatus manet.

Philoparch. §. 30. cit.

10. 2. Cessat fidejussoria obligatio nova-
tione, à principali debitore facta.

l. ubicunque 60. ff. l. novatione 4. C. de fidejussor. Lauterb. §. 61. cit. Struv. Exerc. 47. thes. 47. Philoparch. §. 30. cit.

Non sufficit autem præsumpta, sed necesse est, ut expressa fuerit, adeò, ut præsumpta ne-
quidem vi exceptionis proficit.

l. delegatio 1. & ibi Salycet. n. 3. C. de novat. & l. fin. C. ibid. Jason in l. judicio erepto. ff. de judic. n. 1. Gaill. l. 2. observ. 30. n. 3. & 6. Mascard. de probat. concl. 1111. n. 1.

Excipitur, si accipiat pignus eo fine, ut
R. P. Schmalzgrueber Consilia,

obligatio pignoris subrogetur in locum prioris obligationis fidejussoriæ; tunc enim fidejussor ab obligatione sua dimittitur, utut non reperiat expresse verbum novationis.

Mevius p. 4. decis. 81. Müller. ad Struv. thes. 47. cit. lit. B.

Imò, sic non præsumpta tantum, sed vera novatio committitur; nam, ut dicitur

l. certum est 6. ff. de reb. credit.

ad rei certitudinem nihil interest, an suo nomine, aut eà demonstratione, qua nominis vice fungitur, designetur. Expressa verò novatio obligationem fidejussoriam omnino tollit juxta

l. ubicunque & l. novatione cit.

quia nova obligatio etiam pignus liberat.

l. novatione 18. ff. de novat.

& solutioni similis est, ut proinde omnimodam liberationem in fidejussore inducat.

l. si rem 31. §. si duo 1. ff. dict. tit. Carpz. p. 2. const. 19. def. 14. & 15.

ita, ut ille semel liberatus citra suum consensum, & sine suo facto in priorem obligationem non amplius incidat, quamvis hoc inter debitorem, & creditorem ex post facto placuerit.

Mevius p. 4. decis. 81. Müller. lit. B. cit.

Aliud foret, si Fidejussor in nova obligatione de novo sese obliget.

l. ubicunque & l. novatione cit.

aut si novatio facta fuerit citra præjudicium priorum jurium, & fidejussorum.

Gratus resp. 126. n. 8. Hering de fidejussor. c. 20. §. 3. n. 13. Franc. simil. tract. c. 5. n. 114. & seqq.

Porro novatio nulla, vel delegatio contingit, si debitor novos fidejussores constituat, licet hoc fiat primum post destinatum solutioni tempus: hinc prior fidejussor per hoc non liberatur, sed adhuc obligatus manet.

Gaill. l. 2. obs. 30. n. 6. Salycet. ad l. fin. C. de novat. Coler. de Process. Execut. p. 1. c. 10. n. 307. Hering. c. 20. cit. §. 3. Philoparch. dict. §. 30.

3. Tollitur obligatio principalis, & propterea Fidejussor liberatur acceptilatione, inter creditorem, & debitorem principalem celebratà; nam voces acceptum ferre idem significat, ac confiteri, quòd acceptum sit, quòd debebatur. Hinc instar solutionis est.

l. in diem 5. l. si ex pluribus 16. ff. de acceptil.

quamvis hoc inter solutionem, & acceptilationem intersit, quòd solutio fiat, factò revera interveniente, acceptilatio verò juris fictione, quippe cum solutio revera non intervenerit: unde & vulgo est Schein-Zahlung nuncupatur. Habet tamen
(Ecc)

II.

men acceptilatio eundem effectum, ac si revera fuisset facta solutio. Proinde per illam tam fidejussor, quam ipse reus principalis liberatur.

§. item per acceptilationem 1. ff. quib. mod. tollit. oblig. l. & per iurandum 13. §. si fidejussori 7. ff. de acceptilat. l. solutionis § 4. & l. verborum obligatio 107. ff. de solution. l. si fidejussori 72. ff. de fidejuss. Bachov. ad Treutl. D. 29. vol. 2. thes. 4. lit. A. & B. Müller. lit. B. cir. Philoparch. dict. §. 30. quibus adde Fabr. l. 4. de conject. 8. Zanger. de Except. p. 3. c. 5. n. 25. & 42.

nec interest, an creditor fidejussores, an verò debitorem principalem per acceptilationem liberaverit.

leg. & per iurandum, §. si fidejussori cit. l. exceptiones 7. §. rei autem 1. ff. de Except. Hering. c. 20. cit. §. 5. Philoparch. §. 30. cit.

12. 4. Idem obtinet in delegatione, quando scilicet fidejussor debitorem suum solutionis causâ delegavit creditori; nam tunc pecuniam isti dare intelligitur, quanta ei debetur.

l. qui debitorem 8. ff. de fidejuss. quod saltem procedit, si delegatus solvendo sit; si enim Fidejussor debitorem suum delegaverit, qui solvendo non erat, per huiusmodi delegationem ipse nequitam liberatur.

l. qui debitorem cit.

Quod etiam æquitatis ratio videtur suadere, cum paria sint omnino non fieri, & parum idoneè fieri.

l. quotiens 6. ff. qui satisd. cog.

& obligatio inopis nulla censetur, quippe cum propter adversarii inopiam inanis sit actio

l. nam is 6. ff. de dol. mal. Pinell. l. 1. p. 2. n. 76. C. de Bon. matern. Schurpf. conf. 36. n. 7. Müller lit. B. cir.

Excipitur, si Creditor talem delegationem acceptaverit.

arg. l. qui satisdare 3. ff. de fidejuss.

sumpto à paritate cum fidejussore, acceptato à creditore, cui si debitor non idoneum fidejussorem dederit, ut Ulpianus ibidem ait, magis est, ut satisfactum sit, quia qui admisit eum fidejudentem, idoneum esse comprobavit.

13. 5. Similem effectum liberationis habet confusio: ubi tamen distinguendi sunt casus. 1. quando creditor hæres debitoris existit, aut contra. 2. quando fidejussor creditori hæres existit, aut vicissim. 3. si fidejussor existit debitoris hæres. In imo casu liberatur tam fidejussor, quam ipse reus principalis.

l. cum reus 14. l. hæres 21. §. quod si stipulator 3. ff. de fidejuss. l. sicut acceptilatio 75. & si duo 93. §. sedat si 2. ff. de solut.

cum enim hoc casu nec reus sit, pro quo fidejussor debeat, nec res ulla, quæ de-

beri possit, fidejussor merito liberatur.

l. si Strichum 38. in fin. l. debitori 50. l. Granius 71. princ. ff. de fidejussor. Vaud. lib. 1. q. 36. Müller. ad Struv. thes. 47. lit. 7. Philoparch. §. 30. cit.

In secundo casu solus fidejussor liberatur, principalis autem debitor obligatus manet.

l. hæres 21. §. quod si 3. & §. fin. ff. de fidejuss. l. in omnibus 43. ff. de solut. l. cum is 32. §. fidejussor 1. ff. de condit. indeb. Duaren. ad tit. de fidejuss. c. ult. Brunnem. ad l. 14. ff. eod. Müller lit. 7. cit.

In tertio casu nec fidejussor, nec reus liberatur, adeò, ut & mulier non juvetur exceptione S. C. Vellejani, si ei, pro quo intercessit, hæres fiat.

l. Strichum 95. §. aditio hereditatis 2. §. aliquando ff. de solut. l. quamvis 8. §. planè 13. ff. ad. S. C. Vell. Bachov. ad Treutl. vol. 2. D. 28. thes. ult. lit. C. & D. & D. 29. thes. 1. lit. G. Goedd. de contrah. stipulat. c. 5. concl. 10. n. 195. Hering. c. 20. cit. §. 16. Franc. c. 6. n. 106. Müller. l. cir. Mejer. Colleg. Argentor. lib. 16. tit. 1. thes. 5. n. 10. in fin.

ulterius obligatio fidejussoris cessat 6. compensatione 14.

l. verum est 4. & seqq. ff. de compens.

7. Oblatione, depositione, & consignatione rei debita.

l. qui mutuum § 6. §. fidejussor 1. ff. mand. l. fidejussor 64. ff. de fidejuss. l. obligatione 9. C. de solut. Negulant. de Pignor. 3. p. 3. Memb. 5. post princ. n. 8.

8. Pacto de non petendo reali, & alia reali exceptione.

Zoëf. ad tit. de fidejuss. n. 45.

9. Ob literas dilatorias, à Principe impetratas.

l. universa 4. C. de precib. Imper. offer.

Quorum omnium ratio est, quia fidejussio est accessoria, ita, ut quatenus diminuitur debitum principale, etiam ipsa censetur diminuta. Plures alios modos, quibus finitur obligatio fidejussoria, inter alios refert

Hering. c. 20. cit. Franc. c. 6. Struv. Exerc. 47. thes. 47.

QUÆRITUR III.

Quando obligatio Fidejussoria extinguatur lapsu temporis definiti?

15. Resp. distinguendum esse, an tempus adjectum sit obligationi, ita, ut Fidejussor ad certum duntaxat tempus obligatus esse voluerit, cum pacto, & protestatione

ne expressâ, quod ultra id obligatus esse nolit; an verò tempus simpliciter tantum, & quidem præcisè solutionis gratiâ adjectum sit, ut, cum debitor proponendo creditori suo fidejussorem promissit, se v. g. post triennium soluturum, quod creditori debet, & in cujus debiti securitatem Fidejussorem eidem dedit.

Si Fidejussor ad certum duntaxat tempus se obligavit, cum protestatione, quod ultra hoc tempus obligatus esse non velit, ipse, tempore hoc elapso, absolute liberatur, ejusdemque obligatio omnino extinguitur; quamvis enim tempus non sit modus tollendæ obligationis.

l. qui hoc anno 42. ff. de V. O.

tempus tamen, finiendæ, ac tollendæ obligationis causâ adjectum, obligationem utrinque tollit, non quidem simpliciter ratione temporis, sed potius ob intentionem contrahentium, quæ ad certum tempus restricta fuit. Unde tali casu Fidejussori, lapso tali tempore, dabitur pacti exceptio.

l. obligationum 44. §. circa diem 1. ff. de O. & A. Mynsing. cent. 6. obs. 53. Gaill. l. 2. obs. 30. n. 11. Hartm. lib. 2. tit. de Fidejuss. obs. 5. n. 4. Berlich. p. 2. concl. 25. Harppr. ad §. 6. inst. de Fidejussor. n. 29. Hahn. ad Wesenb. ff. tit. eod. n. 5. circa fin. Lauterb. ibid. §. 62. Widmont diâ. tit. n. 80. Struv. Exerc. 47. thes. 47. & ibi Müller. lit. §. cum pluribus aliis contra Befoldum de lib. jur. ex libr. 46. Digestorum, ubi per rationes ex Heringio desumptas latè defendit contrarium.

16. Excipitur, nisi creditor debitorem, vel Fidejussorem interpellaverit; quia morâ perpetuatur obligatio.

l. si à colono 58. §. cum facto suo 1. ff. de Fidejuss. l. si servum 91. §. nunc videamus 4. ff. de V. O.

vel nisi Fidejussor de novo consenserit; nam sine novo tali consensu obligari non potest.

arg. l. si cum Hermes 7. ff. de Locat. & conduct. Carpz. p. 2. const. 19. defin. 6. & 7. Hahn. in Wesenb. ff. tit. de Fidejuss. n. 5. §. quo casu post laps. temp. Lauterb. ibid. §. 42.

Idque verum est, etiamsi Creditor debitori tempus solutioni destinatum prorogaverit, si hoc inscio Fidejussore fecerit, & hic sub protestatione prædictâ ad certum duntaxat tempus se obligavit: quem casum refert

Franc. de fidejuss. c. 6. n. 72. & seqq. ubi doctrinam suam, quod prorogatio termini Fidejussorem non liberet, variis exceptionibus restringit. Consentient

Mynsing. cent. 6. obs. 57. n. 3. Wurmbs. l. 1. pract. obs. tit. 29. obs. 1. Schurpf. l. 1. conf. 35. n. 8. Hering. de Fidejuss. c. 20. §. 12. & 34.

R. P. Schmalzgrueber Consilia.

Aliud est, si tempus fidejussioni adjectum duntaxat fuerit solutionis gratiâ; nam hoc casu Fidejussor adhuc obligatus manet, sed executio tantum differtur

l. si verò 12. §. si post creditam pecuniam 14. ff. mandat. Gaill. l. 2. obs. 30. n. 12. Coler. de Process. Execut. p. 1. c. 10. n. 347. Carpz. p. 2. const. 19. defin. 1. Hahn. ad Wesenb. tit. de Fidejuss. n. 5. §. quo casu post laps. temp. Struv. Exerc. 47. thes. 47. & ibid. Müller. lit. §. & K.

Excipitur, nisi Fidejussor in instrumento sibi prospexerit, protestatusque fuerit, se post tempus, solutioni præfixum, amplius nolle teneri.

Hering. c. 20. cit. §. 34. Franc. de Fidejuss. c. 6. n. 34. Hahn. §. cit. Lauterb. ad ff. tit. de Fidejuss. §. 62. Carpz. p. 2. const. 19. def. 6.

nam standum est expressâ contrahentium conventionem, nec ultra eorum intentionem actus quidquam operari debet. Et hoc procedit, licet in instrumento scriptum sit, fidejussorem tamdiu obligatum esse debere, donec Creditori de sorte, & usuris satisfactum fuerit; nihilominus enim ille, factâ prorogatione termini, ulterius non obligatur, si prædictam protestationem subscriptioni suæ, ac sigillationi apposuerit.

Gaill. l. 2. obs. 27. n. 24.

Quod tamen eatenus limitandum, nisi Fidejussor intra tres menses à die solutionis faciendæ interpellatus fuerit, aut etiam in prorogationem consenserit; nam consentiens Fidejussor in prorogationem semetipsum denuo obligare videtur ex propria conventionem, & pacto.

Müller. lit. §. cit.

Multum ergo interest, an prorogatio facta sit sciente, & consentiente Fidejussore, an verò ipso inscio, vel in contrarium protestante. Si prorogatio fiat, sciente, & consentiente Fidejussore, considerandum est, an per talem prorogationem statutus sit novus terminus solutionis faciendæ, an verò nullus. Si primum, eò usque Fidejussor tenebitur etiam ad usuras. Si secundum, per hujusmodi prorogationem censetur simpliciter se obligasse: & tunc, nisi culpa debitoris intervenerit, & ad longum nimium tempus differatur solutio, eò usque tenebitur etiam ad usuras. Ratio est, quia quicumque actionis, aut negotii alicujus causâ intercedit, nisi exceptionem certam apposuerit, in omnem causam intercedere intelligitur, nec liberatus esse censetur, nisi quando Creditori plene est satisfactum.

l. quareo 54. ff. locat. l. si quis 56. §. si numeros 2. §. puto l. Fidejussores 68. §. pro Aurelio 1. ff. de Fidejussor. Pruckman. conf. 45. n. 45. Widmont ad ff. tit. de Fidejussor. n. 80. Müller. ad Struv. Exerc. 47. thes. 47. lit. K.

(Eee 2)

Idco:

Ideoque prorogatio, Debitori à Creditore facta, consentiente Fidejussore, intelligitur facta cum omnibus suis qualitatibus, & accessoriiis, ita, ut etiam horum obligationem Fidejussor in se recepisse censeatur, ex ratione, quod cum hoc Creditor in gratiam debitoris faciat, id isti apud Fidejussorem nocere non possit, quippe quod contrarium foret actui prorogationis, & contra mentem prorogantis.

Hahn. *ad Wesenb.* ff. tit. de Fidejuss. n. 5. §. quo casu post laps. temp.

19.

Si verò prorogatio facta sit incio Fidejussore, id, quod à tempore prorogationis in obligationem venit, ipsum citra ejus consensum onerare non potest.

l. si in pigore 54. ff. de Fidejuss. Carpz. p. 2. const. 19. def. 1. 2. & 5. Lauterb. *ad* ff. tit. de Fidejussor. §. 62. Struv. Exerc. 47. thes. 47. & ibi Müller. lit. 9.

Hinc etiam usuras futuri temporis rectè recusat.

l. quaro cit. Berlich. p. 2. concl. 25. Carpz. const. 19. cit. def. 1. & seqq. Sande tit. 10. def. 5. Lauterb. §. 62. cit.

Ratio est, quia iniquum est, prorogationem, factam incio Fidejussore, ei nocere ad augendam obligationem.

Coler. *de Process. Execut.* p. 1. c. 10. n. 351. & 352. Wesenb. ff. tit. de Fidejuss. n. 6. Hering. *de Fidejuss.* c. 24. n. 124. Müller. lit. 9. cit.

Et certè Fidejussio, sicut in genere stipulatio, est stricti juris, moraque pro delicto habetur.

Gloss. in *l. 9. ff. solut. matrim.*

unde ex facto alterius damnum sentire Fidejussor nequit, nec id, quod ex mora præstandum venit, esse in obligatione potest.

Müller. *l. cit.*

Sufficiet ergo, quod à tali Fidejussore accessiones, puta, pœnæ, usuræ, pensiones locationum &c. exigipossint, & præterea ille sit obligatus quoad Fidejussionem in sorte continuandam, & perpetuandam.

arg. l. quaro 54. ff. & *l. si cum Hermes* 7. C. de Locat. & conduct. Coler. c. 10. cit. n. 346. Rauchbar p. 2. concl. 25. Hahn. §. quo casu post laps. temp. cit. Widmont. ff. tit. de Fidejuss. n. 80.

QUÆRITUR IV.

An, & quando mora debitoris principalis noceat fidejussori, vel eius heredibus quoad augendam obligationem?

20.

Si intra 30. annos debitor principalis neque debitum, neque usuras solvit, & Creditor neque has, neque illud intra

hoc tempus vel ab ipso Debitore, vel à Fidejussore exegit, mora ista huic non nocet, sed ipse beneficio præscriptionis plenè liberatur, ut dictum est num. 7. Pro qua tamen præscriptione complenda præter tempus 30. annorum duo requiruntur, 1. ut obligatio debitoris, & Fidejussoris eodem tempore coactæ sint.

Franc. *de fidejussor.* c. 6. n. 84.

& 2dò ut à Creditore interpellatus non sit non tantum debitor principalis, sed neque Fidejussor intra tempus hoc 30. annorum; nam, si interpellatus quidem non sit Fidejussor, interpellatus autem sit principalis, etiam Fidejussor post longissimum tempus Præscriptionem allegare non potest.

arg. l. fin. C. de duobus reis. l. si servum. 91. §. sequitur 3. & §. seq. ff. de V. O. Fran. *l. cit.* Hering. *de fidejuss.* c. 29. §. 18. n. 19. Struv. Exerc. 47. thes. 47. & ibi Müller. lit. e.

Et si debitorem principalem, vel Fidejussorem interpellatum esse sufficit; licet enim utriusque obligationes videantur esse distinctæ, tamen Præscriptio actionis Fidejussoriæ non antè currit, quam ab eo tempore, quo contra Fidejussorem ut quis jure suo, scilicet non solvente principali, debebat, & poterat, nec tamen utitur.

Mevius. p. 4. decis. 189. Lyncker. in *Analect. tit. de fidejussor.* Müller. lit. cit.

Quæstio solum præcedit in casu, quo intra tempus, ad præscriptionem requisitum, contingit mora debitoris. In quo casu

Hahn. *ad Wesenb.* ff. de fidejuss. n. 6. §. non etiam quod mora, cum Bachov. *ad Treutl.* vol. 2. D. 23. thes. §. lit. D. & E. & in not.

interesse ait, an intercesserit Fidejussor in conventionem bonæ fidei, vel stricti juris. Si in conventionem stricti juris, iterum distinguit, an simpliciter intercesserit, an verò in omnem causam. Si simpliciter, citra omnem mentionem certæ quantitatis intercessit, moram neciente debitore, Fidejussor inde non obligatur.

l. centum. 8. ff. de eo, quod cert. loc.

quia in his judiciis nihil venit, nisi quod expressè conventum est.

l. quidquid 99. ff. de V. O.

Si verò in omnem causam accessit, omnino obligatur; quia initio id consensisse, nihilque exclusisse intelligitur.

l. quaro 54. ff. Locat. *l. tempore* 8. C. de Pact. int. Empt. & vendit.

Quodsi Fidejussor intercessit in conventionem bonæ fidei, iterum distinctione opus est, an videlicet intercesserit, nullà expressâ certâ quantitate, simpliciter, an verò in certam, & limitatam summam: si primum, tenetur ex mora principalis; quia bonæ

bonæ fidei judicia augmentum Usurarum admittunt, & accessoria complectuntur.

l. mora 32. §. in bona fidei contractibus 2. ff. de Usur. l. in bona fidei judiciis. C. eod.

Sifecundum, nihil amplius debetur, quàm id, de quo ab initio convenit.

l. fidejussores 68. §. pro Aurelio 1. ff. de fidejussor. l. si à colono 89. ff. de V. O.

quia initium contractus hic maxime spectandum est.

l. depositum 1. §. si servus 3. ff. de pos.

Neque obstat

l. mora 88. ff. de V. O. l. si quis 24. §. cum reus 2. ff. de Usur. & similes.

quod enim ibi dicitur, moram debitoris nocere fidejussori, hoc non ad augendam, sed perpetuandam obligationem dictum esse intelligi debet. Cæterum, ut difficultas ista tollatur, plerumque in instrumento fidejussorio inseri solet clausula, quod fidejussor in omnem causam, atque eventum ad Usuras, accessiones, & interesse adstrictus esse debeat.

QUÆRITUR V.

Quibus casibus ad liberationem agere Fidejussor possit?

22. Regula universalis est, quod fidejussor ante debiti solutionem à creditore liberationem impetrare non valeat.

l. si pro ea 10. ff. mandat.

Hæc tamen regula non est perpetua, sed plures sunt casus, in quibus ille, etiam antequam solvat, agere adversus debitorem principalem potest, ut ipsum ab obligatione liberet.

Tales sunt imò. Si debitor nimis diu (quod tempus, ut notat

Müller. ad Struv. exerc. 47. thes. 47. lit. K.

arbitrio judicis definiendum relictum est) in obligatione stetit, & terminus, solutioni determinatus, culpa debitoris lapsus est, eò quod solutionem, cum eam facere potuisset, ultra terminum illum protraxerit; tunc enim fidejussor contra debitorem tam morosum agere potest, ut iste ipsum ab obligatione, restituta videlicet eidem cautione fidejussoria, eximat.

c. fin. de fidejuss. l. Lucius 38. junct.

Gloss. *ibid. V. condemnatur. ff. mandat.*

Brunnem. ad l. 38. cit. Manz. de fidejuss. c. 7. n. 66. Harppr. in §. 6. inst. de fidejuss. Lauterb. ff. tit. eod. §. 61.

Widmont *ibid. n. 76.*

Et hoc in tantum procedit, ut, si hoc omittat debitor, fidejussor executionem petere in bona illius possit.

Gaill. l. 2. obs. 29. n. 2. Carpz. p. 2.

const. 19. defin. 12. n. 9. Müller. lit. K. cit.

Dixi autem, *Si stetit in obligatione*; si enim solummodo stetit in obligatione fidejussor, principali obligatione nondum commissâ, prout fit, quando de evictione fidejussit, renondum evictâ, diuturnitate temporis non liberatur; quia talis obligatio duntaxat conditionalis est, adeoque prius ille à sua obligatione liberationem non potest petere, quàm contingat evictio.

Gaill. l. cit. n. 7. Manz. de fidejuss. c.

7. à n. 67. Widmont n. 76. cit.

Idem est 2dò. Si creditor, ut diutius percipere commodum Usurarum possit, in exigenda solutione nimis cessavit, & ad hanc debitorem non urfit.

Sande tit. 10. decis. 7. Philoparch. p.

4. tit. 13. §. 30.

Fidejussio enim perpetua esse non debet, nec in infinitum protrahi potest, ne semper ejus petendæ periculum pertimescendum sit, & omnimomento in ancipiti fluctuare quis teneatur.

3. Si debitor principalis paulatim bona sua dilapidare, atque in prodigalitatem prolabi, vel aliunde ad inopiam vergere incipiat, & creditor non antea, quàm iste solvendo non amplius esset, creditum suum petiit, sicque culpa sua effecit, ut ab hoc solutionem sperare amplius nequeat; tunc enim creditor fidejussorem pro solutione convenire non amplius potest.

l. Stichum 95. §. si creditor 11. ff. de solution. Carpz. p. 2. const. 19. def. 10.

Philoparch. §. 30. cit.

Debet ergo tunc fidejussor tempestivè sibi consulere, ne mora in ejus redundet perniciem.

l. pupillus 24. ff. quæ in fraud. credit.

Gaill. obs. 29. cit. n. 8. Manz. c. 7. cit.

n. 70. Harppr. ad §. 6. inst. de fidejussor.

Widmont ff. *ibid. n. 77.*

4. Si fidejussor, ut solvat, à judice sit condemnatus; cum enim adversus fidejussorem condemnatum parata sit executio, perinde est, ac si solvisset. hinc statim mandati actionem adversus debitorem intentare potest fidejussor, ut debitor pro ipso solvere cogatur.

c. fin. & l. Lucius cit. l. fidejussor 45. ff. de fidejussor.

5. Si fidejussor ex urgente, vel necessaria causa peregrè sit profecturus, & diu non rediturus.

arg. *l. filiusfam. 8. §. fin. ff. de Procurat.*

6. Si graves, seu capitales inimicitie ortæ sint inter debitorem, & fidejussorem debitoris culpâ; secus, si culpâ fidejussoris; tunc enim iste ad liberationem agere non posset; quia aliàs in fidejussoris potestate esset se à fidejussione liberare pro libitu.

Olymp. §. fidejussor. n. 40. cum aliis.

7. Si principalis debitor in una instantia fuit absolutus; nam tunc etiam fidejussor

(Ecc 3)

23.

24.

25.

à solutione iudicati liber est, neque in obligationem ita sublatam incidit rursus, etiam si reus postea, mutato genere actionis, in alia instantia condemnatur.

l. cum quæbatur 13. §. si fuero 1. ff. judic. solv. Sande lib. 3. tit. 10. def. 3. Hering. c. 20. §. 19. 20. & 26. Philoparch. §. 30. cit.

8. Si res, pro qua Fidejussor se obligavit, absque debitoris, aut Fidejussoris culpa perierit.

Hering. c. 20. §. 20. Philoparch. §. 30.

QUÆRITUR VI.

Quid in casu præsentis dicendum sit?

26. **R**esp. In præsentis casu ex specie facti, *num. 1.* relatâ, non apparet, quod Marcellus ad certum tempus duntaxat se obligaverit, cum protestatione, quod ultra illud obligatum se esse noluerit: imò neque inter ipsum, & debitorem videtur esse conventum de certo solutionis faciendæ tempore. Unde ad mortem suam usque obligatus mansit, non quidem ad summam debiti integram (nam unam hujus medietatem ipse debitor principalis Herennius creditori Sergio solvit) sed ad residuum; debetenim, ut fidejussoria actio omnino tollatur per solutionem, juxta dicta *num. 9.* totum debitum solutum fuisse.

27. Et hinc mora debitoris Herennii in debito suo solvendo, & intermissa à creditore Sergio interpellatio Fidejussoris Marcelli huic nihil omnino adjumenti attulit; cer-

tum enim est, quod per hanc moram obligatio ipsius viâ Præscriptionis extincta non sit, quippe cum tempus, & alia ad ei præscribendum per *num. 7.* & 20. requisita in hoc casu deficiant. Liberationem quidem, cum videret, debitorem principalem Herennium, pro quo fidejussit, ad inopiam vergere, potuisset juxta dicta *num. 23.* petere. Sed quia istam etiam, postquam scivit, cum à lex, & amplius annis non amplius esse solvendo, toto tamen hoc tempore sollicitare neglexit, ipse sibi nocuit. Sibi ergo imputare debebat, quod ab obligatione sua hoc modo non fuerit liberatus, & potius præsumatur consensisse in retinendam obligationem hanc suam, etiam stante, quod principalis debitor lapsus sit facultatibus, factusque impotens ad solvendum.

Cum ergo juxta dicta ad *questionem 28.* mortuo Fidejussore, obligatio hujus ad hæredes, quippe qui Fidejussoris defuncti locum obtinent, licet eorum mentio expressa nullatenus facta sit, transmittatur ideo, nec ipsi excutere à se onus solvendi in debitoris principalis defectum residuum debiti ullatenus poterunt: imò, cum Marcellus juxta dicta *num. 26.* videatur in omnem causam accessisse, sicut ille, si viveret, ita etiam hæredes ejusdem ad Usuras creditori solvendas poterunt conveniri. Debuisse ergo cautius mercari Marcellus, & tempestive, cum Herennius labi facultatibus coepit, liberationem petere, si non voluisset sibi, & hæredibus nocumentum afferre. Nunc autem, postquam inopiam Herennii scivit, & tamen in obligatione, erga illum contractâ, perstitit, sicque illam tacito consensu suo confirmavit, neque hæredes ab illa possunt recedere.

CONSILIUM XLVII.

De Privilegio habendi Clericum pro obsequiis spiritualibus.

SUMMARIUM.

1. Facti species.

2. 3. In usu Privilegii attendenda est intentio concedentis.

4. Aliud est extendere, aliud interpretari Pri-

vilégium.

5. Regula pro interpretatione Privilegii.

6. seqq. Applicatur ad præsentem casum.

9. Deciditur questio.

FACTI