



## **Forum Ecclesiasticum**

In Quo Jus Canonicum Universum, Librorum Ac Titulorum Ordine Per Quæstiones Et Responsa, Tam Canonistarum Veterum & Recentiorum, quàm Legistarum, in iis, quæ Utrique Juri, Canonico Et Civili Communia Sunt, Authoritate stabilita, Methodo clara & facili explanantur

**Leuren, Peter**

**Moguntiae, 1719**

Quæst. 499. An & quando fidejussor conveniri possit, priusquam conveniatur principalis debitor.

---

[urn:nbn:de:hbz:466:1-73957](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-73957)

vel si dubitet solam; quo casu cautioni committitur, & creditoris interim est probare illum fideiussisse. Neque ei, qui cum muliere fideiussit, utpote qui sciens aut scire potens & debens, mulierem per privilegium S. C. Vellejan. fideiussione sua non obligari, solus conveniri potest, *L. si Titius. ff. h. t.* Wiestn. *loc. cit.* citans Perez. *in C. h. t. n. 31.* Muller. *loc. cit. lit. o.* citans Zoëf. *h. t. num. 31.* Bachov. *ad Trentl. vol. 2. d. 28. thes. 5. lit. g.* quod tamen fallere dicit, si mulier fideiussit in rem suam vel communem, & in aliis casibus (quos fusc enumeret Carpz. *loc. cit. c. 16. def. 1. § (seq.)* in quibus valida est mulieris fideiussio & obligatio. Quid verò sit, dum fideiubens est minor, an major tunc valide obligetur in solidum, in eo non conveniunt AA. affirmat Cujac. negat Conan. apud eundem Muller. quem vide. Neque gaudet hoc beneficio adversus pupillum fideiussor tutoris, ut conveniat alios fideiussores, licet tutor cogere possit pupillum, ut conveniat alios contutores seu socios in tutela, *l. ult. ff. rem. pupill. salv. fore.* de Lugo, Wiestn. *LL. cit.* Neque competit fideiussoribus succedaneis respectu fideiussoris principalis; cum inter eum, utpote qui habet se instar rei seu debitoris, non detur illa divisio. Competit tamen fideiussori respectu aliorum confideiussorum principalis fideiussoris, pro quo spondit ille fideiussor succedaneus, *l. 27. §. 4. h. t.* Brunnem. *ibid. num. 3. § 4.* Muller. *cit. th. 44. lit. v.* De cetero competit hoc beneficium non solum fideiussoribus, sed etiam hæredibus illorum, *cit. l. 27.* Muller. *loc. cit.* cum Duaren. *ad h. t. c. 6.* quod tamen ita intelligendum, ut procedat, dum singuli fideiussores unicuique habeant hæredem; si enim plures hæredes uni confideiussori successerint, singuli ipso jure & citra dictum beneficium non tenentur in solidum, sed quilibet pro sua rata, nimirum pro parte hereditatis, in qua succedunt, *l. 24. § 49. ff. h. t. l. 7. C. de hæreditar. act.* Lauterb. *h. t. §. 27.* non obstante, quod obligatio fideiussoris sit individua; cum respectu defuncti omnes hæredes illius simul sumpti in solidum teneantur respectu hæredum alterius confideiussoris, respectu verò cohæredum ejusdem defuncti obligatio & actiones tam activè quàm passivè ipso jure dividantur, *l. 6. C. famil. erciscund.* quia unusquisque defunctum repræsentat. Pro ea tantum parte, pro qua est hæres. Lauterb. *loc. cit.* cum Gomel. *Tom. 2. var. resol. c. 10. num. 3.* Hoc tamen exceptionis beneficio non obstante, si tempore, quo à creditore conveniuntur fideiussores, aliqui eorum solvendo non sunt, ceteri (imò etiam unus, si solus sit solvendo) onerantur, & ad totum debitum compelli possunt, *cit. §. si plures. vers. ideoque.* Wiestn. *h. t. num. 26.* Struv. *in ff. h. t. th. 44. & ibid.* Muller. *lit. n.* inopis enim portionem tunc reliqui sustinent, *l. 28. § 39. ff. h. t.* & pro non idoneis idonei conveniuntur. Arg. *L. auferitur. in fin. ff. de jure fisc.* Aliud est, si post conventionem seu judicium de dividendo unus eorum labatur bonis, ut non sit solvendo, hoc ceteris fideiussoribus non nocet, sed soli creditori, qui sibi imputare debet, quòd illos tempestivè & cum solvendo essent, non convenerit, *l. 16. C. h. t.* Wiestn. *l. c.* Muller. *l. c. lit. §.* uno autem convento simpliciter, dum judicium de illa divisione necdum factum, nihil obest, quòd minùs, eo reperto non sufficiente, eo omissò, alterum in solidum seu ad totum solvendum convenire queat, *l. fin. C. h. t.* Muller. *loc. cit.* Unde etiam, ut notat de Lugo *loc. cit.* cum Molin. *loc. cit. d. 543. §. illud observa;* si fideiussor, qui

convenitur tempore opportuno, excipiat, quando alii solvendo erant, & petat, ut ab aliis quoque suæ partes petantur, licet hi postea fiant impotentes, prodellè exceptionem fideiussori illi, qui debito tempore excepit & monuit, damnique futurum creditoris. Arg. *L. inter eos. ff. h. t.* adeoque si dies solvendi advenerit, & periculum sit, ne alter fideiussor, qui tunc est solvendo, impotens fiat, sufficere, si alius fideiussor creditorem tempestivè moneat & requirat, ut actionem dividat, & intenet adversus socium, alioquin sibi imputet illius impotentiam, ut ex *L. si contendat. ff. h. t. junctà Gl. & summar. dist. a leg.* Molin. Dum verò creditor dubitat, num alter ille fideiussor sit solvendo, nec ne, & sic num sit locus divisioni, adeoque timeat, ne litem inutilem intenet contra alios, debet ille conventus fideiussor, petens ab aliis exigi suas portiones cautionem præstare de solvendis expensis, ut suo periculo actio contra alios intenteur. De Lugo, *loc. cit.* Arg. *L. si dubitatur. ff. h. t.* Idem ferè habet Muller. *loc. cit. lit. §.* ubi etiam, quod intendens & petens hoc beneficium debeat probare, ceteros esse solvendo suam partem. Plura de his infra, ubi de beneficio divisionis competente fideiussori.

*Quæst. 499. An & quando fideiussor conveniri possit, priusquam conveniatur principalis debitor?*

**R**EIP. Quamvis antiquitus liberum erat creditori convenire vel ipsum principalem debitorem, vel eo omissò, fideiussorem, dum beneficium illud ordinis, de quo mox, incognitum erat jure *ff. & Cod.* nisi fortè aliud conventum inter creditorem & debitorem, aut fideiussisset apud Rempublicam pro Magistratu; de quo vide Muller. *in Struv. ad ff. h. t. th. 43. lit. a.* Idque ex ea ratione, tum ut creditores faciliùs invenirentur & incitarentur ad mutuandum & succurrendum indigentibus spe facilioris recuperationis, dum pro libitu pro ea recurrere possent tam ad debitorem quàm ad fideiussorem: tum ad commerciorum celerem expeditionem, quam aliàs impediret necessitas priùs pro debito exigendo accedendi debitorem, & eo non sufficiente, ad fideiussorem. Quin & hodie adhuc dicta electio ex locorum quorundam, puta Austriae, Italiae consuetudine (quà non minus, quàm quòd factò effici potest,) obtineat teste Hering. *de fideiuss. c. 27. num. 253.* apud Muller. *loc. cit.* Nihilominus à Justiniano abrogante jus illud vetus, puta, *l. 13. C. h. t.* ex summa æquitate, quâ æquum est, priùs debitorem principalem, qui solus ex contractu hoc utilitatem sensit, accipiendoque priùs pecuniam debitum contraxit, quàm fideiussorem ex humanitate & commiseratione ei subvenientem pro debito exigendo adiri, concessum hoc beneficium (quòd ordinis vel excussionis, & ab auctore suo Justinianeum dicitur,) fideiussoribus, ut creditor necesse habeat priùs adire debitorem principalem, possitque fideiussor ab eo conventus ante contestationem litis, (cum exceptio, cuius ope repellitur creditor, sit tantum dilatoria iudicii. Lauterb. §. 38.) imò etiam secundum aliquos post illam usque ad conclusionem in causa, excipere, quòd non teneatur, nisi prius excusso (hoc est, explorata, num sit sufficiens) debitore, constiterit sibi, illum non esse solvendo; pro ut hæc habentur, *Novell. 4. c. 1. §. auhent. presente. C. de fideiussor.* Competit verò hoc beneficium regulariter fideiussoribus omnibus, tam simpli-

simplicibus, quàm succedaneis, ut constat ex cit. textibus. Lauterb. *h. t.* §. 35. Competit etiam fidejussore mortuo ejus hæredibus. Muller. *loc. cit. lit. v.* juxta *l. Moyses. C. de jur. fisci.* Competit quoque, saltem de jure, fidejussori, qui juramento interposito se obligavit. Molin. *loc. cit. d. 845. n. 20.* Wiestn. *h. t. n. 25.* Stru. *h. t. th. 43. lit. n.* Gomes. 2. *var. resol. resol. 13. n. 14.* Covar. *ad c. quoniam. p. 1. §. 4. n. 8. de jurejur.* Fachin. *l. 3. controv. 15.* Franzk. *de fidejuss. c. 5. n. 386.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. d. 28. th. 5. lit. c.* Perez. *in Cod. h. t. n. 27.* & alii, quos citat Muller. *cit. th. 43. lit. n.* item Lauterb. §. 35. eò quòd juramentum sequatur naturam actus, cui adjectum, ut Jason. Decius *in l. ut ff. de reb. cred.* Thesaur. *decis. 47.* Harpr. Muller. Lauterb. cum communi; firmetque solum, quod promissum est; nequam verò faciat actum degenerare in alium; natura autem promissionis fidejussoria est, accedere ad obligationem debitoris, quàm fidejussor plus non promittit, quàm se soluturum loco debitoris, quod is debet, casu quo ille deficiat, quæ per juramentum, quo jurat, se fideliter hanc suam promissionem impleturum, non mutatur, ita ut vi illius teneatur eam implere, etiam antequam constet, debitorem non velle vel non posse solvere; hoc ipsum enim est extra objectum dictæ promissionis, ita etiam est extra objectum juramenti, quo ea solum firmatur; adeoque per illud non excluditur voluntas utendi remediis sibi à jure concessis, nimirum exceptione non prius conventi debitoris, quàm creditorem sese convenientem repellere potest illæso illo suo juramento. Quam sententiam etiam de jure veriorum fateantur Lauterb. *loc. cit.* Muller. *loc. cit. th. 8.* oppositam tamen, nimirum quòd accedente juramento dicta exceptio & repulsa creditoris locum non habeat, in foro & praxi receptiorem (quin & ut Roland. à Valle *vol. 2. conf. 6. n. 45.* in conscientia tutiorem; cum juramentum illud sine salutis aternæ dispendio servari possit, & hinc ab ea in judicando non recedendum) fatentur Bald. *in c. ex rescripto. de jurejur. num. 2.* Coler. *de process. executor. p. 1. c. 10.* Franc. *de fidejuss. c. 5. n. 362.* Hering. *de fidejuss. p. 1. c. 17. n. 21.* Gail. *l. 2. obs. 27.* Gutt. *de juram. p. 1. c. 23. à n. 7.* Carpz. *p. 2. c. 17. def. 5.* Berlich. *p. 2. concl. 22. n. 3.* ex ea ratione, quòd, ut Hering. *l. c. num. 45.* Boer. *decis. 223. n. 13.* Angel. *in l. senium. C. qui testam. fac. poss.* & alii apud Muller. *loc. cit.* quòd dictum juramentum vim habeat præcisæ & enixissimæ voluntatis & renunciationis nimirum beneficii illius exceptionis. Verùm non video, unde vim illam habeat, aut unde ad vim illam argui possit, uti nec, cur exinde sententia opposita sit tutior in conscientia; cum juramentum illud nullatenus nec expressè nec tacitè cadat super illo exceptionis beneficio non admittendo, ut patet ex rationibus pro priori sententia adductis; unde etiam videtur mihi esse propositio de subiecto non supponente, dum dicitur, posse servari sine dispendio aternæ salutis, nimirum quòd ad non admittendam illam exceptionem.

3. E contra non competit illud beneficium primò fidejussoribus juxta sententiam (quam sectantur Hyppol. *de Marsil. in rubr. de fidejuss.* à n. 26. Welenb. *conf. 10. n. 19.* Bocer. *class. 2. disp. 16. th. 14.*) qui se tanquam debitores principales constituunt; cum, qui obligari vult tanquam principalis, non velit obligari tanquam fidejussor, & hinc etiam ejus jure uti nequeat, ut Muller. *cit.*

*th. 43. lit. 1.* contrarium nihilominus apud eundem tenentibus Stru. *loc. cit.* Lynck. *in analect. b. 1.* Sichard. *ad authen. presente. C. h. t. n. 4.* Thesaur. *decis. 266. n. 2.* & aliis. Distinguentibus hoc ipsum aliis, ut nimirum negativa procedat, dum fidejussor se constituit debitorem simpliciter, & non in eventum dilatae vel non factæ solutionis per primum debitorem; eò quòd tunc dubitari nequeat eum renunciasse dicto beneficio, ut Perez. *loc. cit. n. 23.* Harpr. *ad cit. §. si plures. num. 23.* Muller. *l. c.* secus verò, si se constituit principalem debitorem in dictum eventum. Secundò, si illi beneficio expressè specialiter, aut saltem æquivalenter renunciaverit, uti potest; cum quilibet favori pro se inducto renunciare possit, & pacta conventa, quæ neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, sint observanda, *l. penult. de pactis.* & ita Molin. *d. 545. n. 12.* Lauterb. §. 39. Stru. *cit. th. 43. lit. 4.* Muller. *ibid.* Gail. *l. 2. obs. 27.* Vafq. *l. 1. controv. illust. c. 33. n. 12.* sic etiam Muller. cum Carpz. *p. 2. c. 17. def. 1.* ait, generalem renunciationem nullius esse momenti; quod tamen qualiter limitandum, vide apud eundem; & quòd in dubio hæc renunciatio non præsumatur, ut Franc. *de fidejuss. c. 8. n. 312.* Treutl. *loc. cit. d. 28. th. 5. lit. d.* Ubi autem facta, perutile esse, ut à Notario in instrumento exprimat, ut Gail. *l. c. n. 24.* Menoch. *de presump. l. 2. presump. 79. n. 2.* quòd si tamen omiserit id Notarius, ei adhuc de hoc attestanti fidem adhiberi posse, ut Gail. Treutl. *LL. cit.* Mynf. *cent. 2. obs. 24.* cum Gl. *in l. 40. §. fin. ff. de pactis.* Nocet quoque hæc renunciatio hæredibus renunciantis. Heringius *de fidejuss. c. 27. à num. 192.* Muller. *l. c.* apud quem vide plura de hac renunciazione. Tertiò, si principalis debitor procul absit, ut sine magno negotio conveniri nequeat; in quo tamen casu absentia petere poterit à Judice, præfiniri tempus ad sistendum debitorem; uti hæc habentur *cit. authen. presente. C. h. t.* Gail. *loc. cit. n. 8.* Mynf. *loc. cit. n. 12.* Lauterb. *loc. c.* cum communi. Quòd si verò propter principalis absentiam conventus fidejussor, & lite cum eo mota principalis reus seu debitor revertatur, etiam pendente judicio competere fidejussori adhuc dictum beneficium seu exceptionem. Arg. *l. 52. §. 14. ff. de condict. indebiti.* cum Sichard. *ad cit. authen. presente. n. 9.* tradunt Muller. *loc. cit.* Lauterb. §. 38. quin &, ut Idem, in multis locis hæc exceptio locum habet post litem contestatam usque ad conclusionem in causa ex æquitate, ut probant Gail. Franc. Berlich. Coler. & alii ab eo citati. Idem est, si debitor ex alio capite est difficilis conventionis, ut cum Hering. Carpz. & communi Lauterb. *cit. §. 39.* qualis etiam censetur, si est homo rixosus, non solvens sine litigio; quin & Princeps, Comites, Nobiles valde potentes. Muller. *loc. cit. lit. n.* cum Sichard. *ad §. 3. Inst. h. t.* ubi etiam monet propterea pro talibus non facile fidejubendum. Quartò, si debitor notoriè non est solvendo; frustra enim convenitur, & instituitur excussio ejus, quem constat non habere in bonis, unde solvat Arg. *c. cum olim. de rest. spol.* Mynf. Muller. *LL. cit.* cum communi. Notoretas autem hæc, ut Idem Muller. inducitur per famam vicinorum exploratum ordinariè habentium, num adhuc aliquid sit in bonis illius; item ex juramento proprio debitoris; ex sententia aliqua priore, quàm declaratus est non esse solvendo; ex inquisitione facta; ex eo, quòd bonis cedat. Ubi verò non est solvendo totum, est tamen solvendo

quò ad partem, fidejussor gaudet beneficio, ut prius conveniatur, & excutatur quò ad illas facultates pro dicta parte sufficientes, Muller. *l. c.* dicens esse veriorum; contrarium sentiente Scharid. *ad l. 2. C. h. t. n. 6.* eò quòd minus comparetur nihilo, Quòd si etiam excussus principalis, & inventus non esse solvendo, postmodum, capto & pendente iudicio cum fidejussore, fiat solvendo, regressus, omisso fidejussore, fieri potest & debet ad principalem, isque prius conveniri à creditore & excuti. Scharid. *ad cit. auben. presente. num. 9.* Fachin. *l. 8. contror. c. 56.* Hipp. de Marfil. *loc. cit. num. 24.* quos citat & sequitur Muller. *loc. cit. lit. v.* Quinto, si fidejussor inficiatus se fidejussisse, & mendacii convictus fuerit. *L. si dubitet, §. 1. ff. h. t.* Jafon. *in §. si quis. Inst. de act.* Molin. *d. 595. vers. item fidejuss.* Mynf. *l. c.* Hering. *l. c. n. 210.* Muller. *l. c.* Reifensht. *h. t. n. 55.* Sexto, si pro filio pater fidejussit. *L. 3. §. sed utrum. ff. de minor.* Vasq. *illust. contror. c. 33. n. 17.* Franc. de fidejuss. *c. 5. n. 419.* Carpz. *p. 2. c. 18. d. 8.* Muller. Lauterb. *LL. cit.* Septimo, qui fidejussit pro debitore tantum naturaliter obligato; cum contra talem non detur actio, & conveniri nequeat, adeoque nec excuti. *L. 25. ff. h. t.* Gail. *l. 2. obs. 27. n. 36.* Carpz. Mynf. Lauterb. Muller. *LL. cit.* Wielt. *h. t. n. 24.* citato Haunold. Idem est, dum principalis habet privilegium, ut conveniri nequeat Mull. *l. c.* aut ordinario quodam remedio exemptus est, ut Lauterb. Octavo de consuetudine inter mercatores, camplores, bancheiros, ut Lauterb. *l. c.* citatis Mynf. *cent. 2. obs. 15. n. 4.* Mevio *ad Jus Lubec. l. 3. tit. 5. a. 1.* Marquard. *de jur. Mercat. l. 3. tit. 8. n. 5.* idque, etiam si fidejussor non sit mercator. Eò quòd in tali foro ob liberiores commerciorum usum summarie ex aequitate procedendum. Nonò, si fidejussor dolose impedivit institui executionem contra debitorem. *L. 3. C. de exalt. trib.* Lauterb. Muller. *LL. cit.* Decimo, si pro Ecclesia fidejussit. Undecimo qui fidejussit pro Principe (idem est filio aliave communitate, ut Lauterb.) quia talis semper esse solvendo presumitur, ut Idem. Duodecimo, si bona debitoris sint apud fidejussorem. Muller. ubi enim nulla est bonorum possessio, ibi frustra petitur illorum excussio, ut Lauterb. Idem est, si plures sint fidejussores, dum ad unum devenit pecunia, is ante alios excutiendus. Sru. *cit. ib. 43. lit. x.* Muller. *ibidem* cum Gabriel. *l. 3. concl. 2. n. 2.* Hering. *de fidejuss. c. 27. n. 161.* Ac denique hoc beneficium excussionis locum non habet, dum fidejussor succedens debitori hereditatem adivit sine inventario; cum obligatio fidejussoria confusione sit extincta. *L. 13. ff. de duob. reis* si cum inventario, prius bona hereditaria excutienda, & si hæc non sufficiant, ad bona illius propria deveniendum; cum tunc conveniatur ex propria obligatione; ita Lauterb. *cit. §. 39. in fine.* cum Carpz. Plures istiusmodi casus, in quibus fidejussor prius conveniri potest aut debet, vel in quibus dictum beneficium locum non habet, vide apud Hering. *cit. tr. n. 186. & seq.* Carpz. *l. c. des. 6. & seq.* Berlich. *p. 1. concl. 24.* & alios, ad quos remittit Lauterb. uti & plura circa excussionem dicenda à nobis infra.

*Quæst. 500. Qualiter competat creditori actio contra fidejussorem?*

**R**Esp. Competere ei actionem contra fidejussorem hodieum non nisi prius convento & excusso debitore principali, dictum jam est *g. pre-*

*ced.* & quidem ratione rerum certarum in stipulationem adductarum competit conditio certi. Muller. *ad Sru. h. t. ib. 42. lit. v.* Cessat verò in totum, si quis fidejussit pro aliquo, qui obligari nequit, *v. g.* pro furioso. *L. 6. ff. de P. O.* Muller. *loc. cit.* Competit quoque ea contra hæredes fidejussoris & confidejussorum. *§. 2. Inst. h. t.* Reifensht. *h. t. n. 76.* plura de his infra, ubi de beneficio cedendarum actionum.

*Quæst. 501. Fidejussor qualiter agere possit contra debitorem, pro quo solvit?*

**R**Esp. Potest agere contra debitorem non solventem, etiam non cessa sibi actione à creditore, nimirum actione mandati vel negotii, petendo ab eò debitum ejus loco creditori solutum, & totum interesse & damnum, quod ea de causa incurrit. De Lugo. *de 7. & 7. d. 31. n. 18.* si verò non fidejussisset consensu debitoris nec in ejus utilitatem solvisset, possit contra eum agere mandato fidejussi, ut Idem remittens ad Molin. *d. 544.* Agere verò non potest contra debitorem, pro quo solvit, in variis casibus, puta primò, si potens causam defendere exceptione preemptoria, quæ debitori competeat contra creditorem, eam non opposuit; aut si potens appellare, non appellavit. Secundo, si solvit Procuratori ficto creditoris. Tertiò, si potens monere debitorem de solutione à se facta, eum non monuit, & ideo debitor iterum solvit. Quarrò, si solvit ante diem vel impletam conditionem, quo vel sub qua debitor solvere debebat, etiam si exceptionem solum dilatoriam vel declinatoriam opponere omisit, vel etiam preemptoriam, quæ soli fidejussori, non debitori competeat; ita de Lugo *l. c. n. 19.* quem vide.

*Quæst. 502. An fidejussor petere possit usuras tanquam debitas sibi ratione pecunie solute pro debitore?*

**R**Esp. Deberi illas illi, & de jure ab eo peti posse in hoc casu, si debitore existente in mora statuta die solvendi debitum, fidejussor pulsatus à creditore, carens pro tunc pecunia propria, ut liberet se illa pulsatione & aliis molestiis ab alio accipit pecuniam sub interesse. C. de Luca *de usuris & interesse disc. 34. n. 8.* citatis ab eo variis Juris textibus, quibus facultas tribuitur fidejussori molestato à creditore accipiendi pecunias sub usuris, solvendas creditori pulsanti in damnum debitoris; ex ea etiam ratione, quòd, si fidejussori per debitorem morosum rescinda sint omnia damna, quæ quomodocunque ex fidejussione ei acciderunt, etiam expensarum, litium & impeditioe exercitii & officii sui, ut Idem Cardinal. juxta clarum textum *c. 2. h. t.* nulla sit ratio, cur damnificari ex hujusmodi usuris per solutis ex proprio ob culpam debitoris, debeat, ne ob officium amico præstitum gratitudinis loco injuriam patiat; modò tamen constet, fidejussorem verè & immediatè ob dictam causam & non ob aliam propriæ utilitatis & lucri eas pecunias ad interesse accepisse; & ob hanc dubietatem omnino tollendam, etsi laudabile sit interponi interpellationem debitoris cum protestatione, non tamen id absolute est necessarium. Alius est casus, dum quæratur an fidejussor ex proprio solvit creditori (intelligi debitore de cætero non moroso, dum nimirum fidejussor prius convenitur quam debitor, vel etiam sponte sua prius solvit)

nec