

vel per pignus, vel fidejussorem cavetur. Quotiescunque in jure cautio idonea, vel sufficiens requiritur, per pignora, vel fidejussores caveri debet, l. Ergo. 4. § 8. ff. de Fideicommiss. libert. ibi: « Cavendum est idonee: quid est idonee? satisdato utique, aut pignoribus datis. » Fagnanus, loc. cit. et communis aliorum, dictumque est supra cit. lib. II. tit. XIV. n. 97. Si datur cautio per pignus, vocatur cautio pignoratitia: si vero per fidejussorem, dicitur cautio satisdatoria, seu satisdatio.

94. Quando in jure satisdatio expresse requiritur, non sufficit cautio pignoratitia. — Porro quando in jure satisdatio expresse requiritur, ordinarie non sufficit cautio pignoratitia, sed dari debet fidejussor, l. Prætorie. 7. ff. de Prætor. stipulat. ibi: « Prætorie satisdationes, personas desiderant pro se intervenientium: et neque pignoribus quis etc., in vicem satisdationis fungitur. » Concordat, l. I. ff. « Qui satisfacere cogantur. »

95. Cautio juratoria, quid, et quando fiat? — Cautio juratoria est, securitas data præstito juramento: quæ vel ad partis instantiam, vel tunc adhibetur, et sufficit, quando jura quidem idoneam exigunt, sed tamen aliquis ob paupertatem, vel aliam causam hic et nunc idoneam præstare nequit, et cæteroquin persona probatæ fidei, et bonæ opinionis dignoscitur. Fagnanus, in c. Odoardus. n. 69. de Solut.; Layman, lib. I. tract. V. part. II. cap. II. n. 8; Sylvester, §. Absolutio. 3. n. 3; Navarrus, cap. xxvi. Man. n. 7; Abbas, in c. Questioni in fine, et c. Qua fronte. 24. de Appellat. cum communi; et dictum est supra lib. II. tit. XIV. de Dolo, et contum. n. 97. arg. c. Per vestras. 7. de Donat. inter virum et uxorem. Ratio est, quia « nemo potest ad impossibile obligari, » reg. 6. jur. in 6.

### TITULUS XXII.

#### De Fidejussoribus.

1. Ratio continuationis rubricarum. — Præcedentem titulum de Pignoribus, et aliis cautionibus præsens recto ordine sequitur; quia fidejussio, quam fidejussor præstat, est species cautionis idoneæ, l. Ergo. 4. § 8. c. de Fideicommiss. libert. Et quamvis rubrica ti-

tuli de solis fidejussoribus sonet, tamen etiam de ipsa fidejussione principaliter hic agetur.

#### I.

##### DE NATURA ET DIVISIONE FIDEJUSSORIS, ET FIDEJUSSIONIS

2. Fidejussor, quid? — Quæritur I. Quid sit fidejussor, et fidejussio? Resp. I. Fidejussor (dictus a fide, et jubeo, quasi fide sua jubens, ut alteri credatur, l. Creditor. 60. § 1. ff. Mandati, et l. Ubi. 75. § Qui vero. ff. de V. O.) est, qui interpositione propriæ fidei, pro majori securitate creditoris, alienam obligationem in se suscipit, principali debitorum nihilominus manente obligato. Ita in re communis. arg. Instit. prin. de Fidejuss. Patetque definitio ex terminis. Ex quibus etiam constat finis, ob quem dantur, vel petuntur fidejussores, videlicet major securitas creditorum; cum enim sæpe contingat aliquos debitores, vel certo modo obligatos, ob defectum mediorem, vel aliam ob causam vix esse solvendo, vel non fore satisfacturos etc. petuntur, et dantur fidejussores, obligantes se, quod principali non solvete, ipsi solvere et satisfacere, sicque interea creditorem de satisfactione debiti, vel obligationis assecurare velint.

3. Fidejussio, quid? — Resp. II. Fidejussio est contractus, quo quis promittit se solvendum id, seu satisfacturum in eo, quod alius debet, casu quo principalis non solveret, vel satisfaceret; ipso principali debitor nihilominus manente obligato. Rursus communis in re. arg. cit. prin. Instit. h. t. et l. Sicut. 65. ff. eod. Sola notanda sunt verba, quæ tam in hac, quam præcedenti definitione ponuntur, videlicet, « ipso principali debitor manente nihilominus obligato: » quia per fidejussorem principalis debitor non cessat esse, sed manet obligatus creditori, ita quidem, ut creditor pro solutione, vel satisfactione debiti etiam stante fidejussione prius principalem convenire, et excutere, id est, videre et experiri debeat, an adhuc sit solvendo necne, quo facto, principali nempe excusso, seu cognito, quod solvendo non sit, fidejussorem primum convenire poterit, novell. 4. c. 1. et magis dicitur infra.

4. Fidejussio quotuplex? Alia libera, alia necessaria. — Quæritur II. Quotuplex sit fidejussio? Resp. eam varie dividi. Primo qui-

dem in voluntariam, et necessariam. Voluntaria est, quam quis libere ac voluntarie, nemine mandante, præstat: qualis est, dum unus ab alio rogatus, pro eo libere fidejubeat. Necessaria est, quæ a lege, magistratu vel iudice exigitur: cujus exemplum extat in l. XIII. ff. de Usufruct. et quemadmodum.

5. Alia judicialis, alia extrajudicialis. Judicialis etiam satisdatio dicitur. — Secundo dividitur in judicialem, et extrajudicialem. Illa est, quæ in iudicio præbetur, l. Græce. 8. § 3. ff. h. t. et contingit, quando quis de reo sistendo, et de iudicatum solvi, vel alterutro fidejubeat; Molina, disp. 539. n. 7. Layman, Clarus, et alii. Extrajudicialis vero est, quæ extra iudicium inter privatos constituitur. Judicialis fidejussio, præsertim necessaria, alias etiam satisdatio vocatur, l. Prætorie. 7. ff. de Prætor. stipulat. et exigi solet, quando creditor vel actor de fide debitoris vel rei dubitat, aut minus securum se rationabiliter iudicat, et per pignora commode cavere nequit.

6. Alia principalis, alia subalterna seu succedanea. — Tertio dividitur in principalem, et succedaneam. Principalis est, qua quis pro aliquo debitorum principali se obligat, l. Si plures. 27. § 4. ff. de Fidejuss. et mandat. ibi: « Si fidejussor fuerit principalis, etc. fidejussio succedanea est, qua aliquis pro ipso fidejussore principali in favorem et majorem securitatem debitoris fidejubeat; » nam pro fidejussore fidejussorem accipi, nequam dubium est, » dicit Ulpianus, l. Græce. § 8. fin. ff. de Fidejuss. et mandat. Hujusmodi fidejussor apud Germanos dicitur Ruckborg.

7. Alia simplex, alia indemnitas. — Quarto dividitur in fidejussorem simplicem et indemnitas. Illa est, qua quis absolute fidejubeat, quod debitor non solvete ipse solvere velit. Hæc vero, qua quis promittit ipsum fidejussorem servare indemnem. Unde ut bene observat Schmidt tit. XIV. art. 1. n. 17. et 18. differt fidejussor indemnitas ein Schadlossborg a fidejussore subalterno von dem Ruckborg; quia hic æque ac principalis datur pro majori securitate debitoris; iste vero, indemnitas nempe datur pro securitate ipsius fidejussoris simplicis, qui proin in casu, quo solvere debet, contra fidejussorem indemnitas actionem habet, non item debitor principalis.

8. Alia idonea seu sufficiens, alia idonea seu insufficientis. — Quinto dividitur in fidejussio-

nem idoneam, seu sufficientem, « anstandige, oder genugsame Borgschaft: » et insufficientem, seu non idoneam. Idonea est, qua creditor de recipiendo debito satis securus, eique sufficienter cautum est; quod tunc fit, quando talis datur fidejussor, qui duas sequentes habet qualitates: Videlicet, sufficientia ad solvendum media, et facile potest conveniri; seu qui non est difficilis conventionis, l. II. pr. ff. Qui satisfacere cogantur. ibi: « Fidejussor in iudicio sistendi causa locuples videtur dari, non tantum ex facultatibus, sed etiam ex conveniendi facultate. »

9. Media sufficientia quis dicatur habere. Conventionis difficilis esse quis dicatur? — Media debitores debent tanta esse, ut inde creditor probabiliter ex integro solvi possit: « Nam solvendo esse nemo intelligitur, nisi qui solidum potest solvere. » l. Solvendo. 114. ff. de Verb. signif. Facilitate autem conveniendi carere, et difficilis esse conventionis dicitur, qui est diversi a creditore fori: item, qui est rixosus, vel litigiosus: insuper, qui est potentior, aut vir magnæ qualitatis: ac denique, qui est talis, cui de jure competit exceptio contra fidejussoriam obligationem; aut læsione probata restituito. Gaius, lib. II., observ. 25. arg. de Die ponenda. 8. § 1. ff. Qui satisfacere cog.

10. Contra fidejussorem caventem sufficientibus mediis, vel qui est difficilis conventionis debitor excipere potest. — Hinc, qui unam ex recensitis creditoris odiosis qualitatibus habet: aut sufficientibus ad solvendum caret mediis, idoneus censetur fidejussor, ejusque fidejussio idonea, seu insufficientis, « ein unanstandige Borgschaft: » contra quam proin debitor vel actor in iudicio excipere, et idoneam petere potest, casu quo jura ipsam satisdationem idoneam imponunt, vel eam de jure petere valet. Id quod in praxi passim fieri videmus.

11. Fidejussio quavis verborum forma sive oretenus, et in scriptis: imo inter absentes, et per epistolam fieri potest. — Quæritur III. Quomodo, et in qua causa fieri possit ac debeat fidejussio? Resp. I. Quamvis olim fidejussio non nisi solemnibus stipulatione per interrogationem unius, et responsionem alterius celebrata fieri potuerit; hodie tamen consuetudine universali præsertim Germaniæ fidejussio quovis nudo pacto, et quavis verborum forma, sive in scriptis, sive oretenus prolata, mo etiam inter absentes, et per epistolam,



dummodo mens sufficienter exprimatur, fieri potest. Engel, h. t. n. 2; Carpz, in *Jurisp. foren.* p. 2, constit. 19, def. 17; Widman, *de Contract.* tit. XVII. n. 11. et communis aliorum, arg. c. fin. *de Consuetud.*

12. *Fidejussor dari potest super quovis debito, obligatione quomodocunque etiam per delictum contracta.* — Resp. II. Super quovis debito vel obligatione quomodocunque contracta constitui potest fidejussio. Communis ac certa, claris juribus l. I. ff. *de Fidejuss. et mandat.* ibi: «Omni obligationi fidejussor accedere potest.» l. *Græce.* 8. § 1. ff. eod. «Præterea sciendum est fidejussorem adhiberi omni obligationi posse, sive re, sive verbis, sive consensu.» § 1. Instit. h. t. «Omnibus autem obligationibus adsumi potest; id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contrahantur. Ac nec illud quidem interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor.» Nec refert, an ex contractu, vel delicto oriatur obligatio; dicitur namque l. *Græce.* 8. ff. h. t. «Sed etsi ex debito oriatur actio, magis putamus teneri fidejussorem.» Unde in specie habetur l. *Si quis pro eo.* 56. § fin. ff. eod. «Pro furti actione fidejussor accipi potest.»

13. *Si agitur civiliter, vel etiam criminaliter, sed non nisi ad pœnam pecuniariam vel similem. Membrorum suorum nemo est dominus.* — Intellige, si ex delicto agitur civiliter, vel etiam criminaliter, sed non nisi ad pœnam pecuniariam, vel similem. Nam si criminaliter agitur ad pœnam mortis, vel corporis afflictivam, nullus admittitur fidejussor, Abbas, h. t. in *Rub.*; Pirhing, h. t. n. 3. Ratio est, tum quia hæc pœnæ suos debent tenere auctores l. VI. § *Super his.* 3. c. *de Appellat.*; tum quia nemo est dominus vitæ et membrorum; «quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur,» l. *Liber homo.* 13. ff. ad l. *Aquil.*

14. *Potest quis de sistenda persona incarcerationa fidejungere, quam si non sistit, ipse fidejussor non incarceratur, sed punitur pœna pecuniaria.* — Hinc quamvis ad evitandam incarcerationem etiam in criminalibus (dummodo nimis gratia non sint) criminaliter ad pœnam corporis propositis de sistenda persona, vel securitate ejusdem fidejussionem præstare quis possit, l. I. II. et III. ff. *de Custod. et exhibit. reorum.* Nihilominus si reus aufugiat, vel a fidejussore non sistatur, pœna corporali, quam reus meruit, non plectitur

fidejussor, sed pœna pecuniaria, vel taxata a jure, decreto, consuetudine, vel arbitraria judicis: et quidem extraordinaria, si ex dolo fidejussoris exhibitus non est, vel aufugit, l. *Si quis.* 4. ff. eod. ubi hoc totum sequentibus recensetur verbis: «Si quis reum criminis pro quo satisdedit, non exhibuerit, pœna pecuniaria plectitur: puto tamen, si dolo non exhibeat, etiam extra ordinem esse dammandum. Sed si neque in cautione, neque in decreto præsidis certa quantitas comprehensa est, ac nec consuetudo ostenditur, quæ certam formam habet, præses de modo pecuniæ, quæ inferre oporteat, statuet.» Sequitur Abbas, loc. cit.

15. *Non tantum pro præsentibus, sed etiam futura obligatione dari potest fidejussor: et quomodo?* — Porro, non tantum pro præsentibus, sed etiam pro futura obligatione fieri potest fidejussio, l. *Stipulatus.* 6. § 2. ff. h. t. ibi: «Adhiberi autem fidejussor tam futura quam præcedenti obligationi potest.» Verum si pro futura datur, censetur esse conditionata, suspenditurque et pendet, donec ponatur obligatio principalis, l. *Non quemadmodum.* 35. ff. *de Judiciis,* quia «Fidejussor antequam reus debeat, non potest conveniri.» l. *Fidejussor.* 57. ff. h. t. Ea vero posita evadit absoluta, et statim obligat: ea autem non posita, nec aliquando eveniente, evanescit.

16. *Fidejungere omnes possunt, qui liberam rerum suarum administrationem habent, et a lege non prohibentur.* — Quæritur IV. Quinam fidejungere possint? Resp. I. Omnes, qui se et sua obligare valent, liberamque rerum suarum administrationem habent, et a lege non prohibentur. Ita pro regula generali tradunt communiter doctores, ut videre est apud Valensem, h. t. § 3. n. 1; Engel, eod. n. 2; Sannig, eod. cap. II. n. 1; Sylvester, *ŷ. Fidejussor.* n. 2. et alios, arg. l. III. ff. h. t. Quinam autem fidejungere a jure specialiter prohibeantur, dabunt responsiones sequentes.

17. *Milites (exceptis veteranis honeste dimissis) fidejungere non possunt.* — Resp. II. Milites de jure non possunt fidejungere, l. VIII. § 1. ff. *Qui satisdare cogantur,* et l. *Milites.* 31. c. *de Locato.* ibi: «Milites, fidejussores fieri, prohibemus.» Ratio additur illis verbis: «Armis autem, non privatis negotiis occupentur, ut numeris et signis suis jugiter inhærentes, rempublicam, a qua aluntur, ab omni necessitate bellorum defendant.» Hinc fidejussiones ab ei factæ nullæ sunt, nisi in

rem propriam fidejubeant, ut pro suo procuratore, cit. l. VIII. § 1. ff. *Qui satisdare cogantur.* Limitatur tamen conclusio in veteranis, arg. l. I. c. *de Veteranis,* ubi eisdem permittitur negotia tractare et commercia. Ratio est, quia ex militia honeste dimissi veterani sacramento sunt soluti: cessatque in illis ratio prohibitionis.

18. *Nec mulieres, etiam pro conjunctissimis personis fidejungere possunt.* — Resp. III. Fidejungere etiam prohibentur mulieres, tot. tit. ff. et c. ad S. C. *Vellejan.* ubi statim l. I. ff. eod. universaliter sic habetur: «Vellejano Senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo fœminæ intercederent.» Quod adeo verum est, ut nec pro conjunctissimis personis intercedere, multo minus fidejungere valeant (nam intercedere, latius patet, quam fidejungere) v. g. mater pro filiis, l. *Si cum.* 3. c. ad S. C. *Vellejan.* nec filia pro parentibus l. *Si paternam.* 8. c. eod. nec uxor pro marito, l. I. c. *Ne uxor pro marito.* Ratio est, quia legislatores considerantes imbecillitatem, et imprudentiam mulierum, ob quam pericula ex fidejussionibus imminuta non providentes, commiseratione facile motæ passim inducerentur cum periculo rei familiaris, statuere, omnes earum fidejussiones vel esse nullas, vel ope exceptionis ex S. C. *Vellejan.* elidendas, ita ut penitus nullam obligationem parerent.

19. *Mulier si confecto publico instrumento tribus testibus subsignato fidejubeat, valet quidem fidejussio, sed exceptione, S. C. Vellejan. elidi potest; si sine prædicta solemnitate fidejubeat, irrita est fidejussio etiam absque exceptione.* — Et quidem si mulier absque instrumento publice confecto, et tribus testibus subsignato fidejubeat, ipso jure statim irrita est fidejussio, ipsaque mulier libera et soluta est ab omni obligatione tam naturali quam civili, etiam absque exceptione, l. *Antiquæ.* 23. § fin. c. ad S. C. *Vellejan.* Si verò cum dictis solemnitatibus fidejussionem præstat, valet quidem, sed tamen exceptione S. C. *Vellejan.* elidi potest, cit. l. *Antiquæ.* c. ad S. C. *Vellejan.* Hinc minime subsistit doctrina Molinæ, disp. 540. n. 2. citantis communem, Layman, lib. III. tr. IV. cap. XXIX. n. 5. et aliorum universaliter docentium, quascunque mulierum fidejussiones etiam absque ulla solemnitate interposita validas esse, et tandiu obligari, donec mulier exceptione et privilegio S. C. *Vellejan.* utatur. Nam contra est, quod jure codicis (quidquid

sit de jure ff.) expresse aliter declaratum sit, et statutum; videlicet, quod si mulier sine instrumento publice confecto, et tribus testibus subsignato fidejubeat, «pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura, vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta, nec penitus scripta, ut nec S. C. *Vellejan.* auxilium impleretur, sed sit libera, et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto,» sunt verba formalia l. *Antiquæ.* 32. § fin. c. ad S. C. *Vellejan.* Haunold., tom. III. tract. IX. cap. VII. n. 116.

20. *Mulier nec in conscientia aliquid præstare tenetur ratione fidejussionis.* — Porro favent mulieri leges in tit. ff. et c. ad S. C. *Vellejan.* non tantum in foro externo, sed etiam interno, adeo ut si uti velit suo privilegio, nec in conscientia obligationem habeat præstandi aliquid ratione fidejussionis a se factæ, Molina, loc. cit. n. 2; Engel, h. t. n. 7. et communis aliorum. Ratio est, tum quia lex justa in foro externo est etiam justa in foro interno, ibique obligat, prout magis dictum est, lib. I. tit. II. *de Constit.* § 7; tum quia alias mulieres nullam ex hoc privilegio utilitatem haberent, si eo utentes in conscientia tutæ non essent.

21. *Et si ignorans privilegium suum, aliquid ratione fidejussionis dedit, iterum repetere potest: imo non repetenti tenetur creditor restituere, quod ab ea accepit.* — Hinc citati doctores, et alii bene inferunt, quod si mulier errore, vel ignorantia sui privilegii, aliquid intuitu fidejussionis a se factæ solveret, illud in foro tam interno quam externo condicere, ac repetere posset, l. *Quamvis.* 9. c. ad S. C. *Vellejan.* Ratio est, quia, «qui exceptionem perpetuam habet (qualis est, quæ competit ex S. C. *Vellejan.*) solutum per errorem repetere potest, l. *Qui exceptionem.* 40. prin. ff. *de Condict. indebiti.*» Imo creditor accipiens aliquid a muliere privilegium suum ignorante, tenetur restituere, etsi mulier non repetat, casu quo fidejussio ab ea facta est sine publico instrumento tribus testibus consignato, eo quod, ut dictum, talis fidejussio etiam absque ulla exceptione nulla sit, et irrita, ac si facta non fuisset, l. *Antiquæ.* 23. § fin. c. ad S. C. *Vellejan.*

22. *Ponuntur limitationes et casus, in quibus etiam mulieres tenentur stare fidejussioni a se factæ.* — Verum dictis non obstantibus, dantur casus, in quibus mulier in utroque foro stare tenetur fidejussioni a se præstitæ, veluti: Primo, si in propriam suam utilitatem fide-