

Tract. jur. civ.

790



San Jacinto?

St. j. u. s. 1753. e.

QVAESTIO
IVRIS CONTROVERSI
DE
RETENTIONE ILLICITA
IN DEPOSITO

QVAM
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS GRATIA
PRAESIDE

D. CHRISTIANO HENR. BREVNING

PROFESS. PVBLIC. ORDINAR. IVR. NAT. ET GENT.

ET SOCIETAT. LITERAR. DVISBVRGENS.

SOCIO

DIE II. APRILIS ANNO MDCCCLXXVIII.

IN AVDITORIO IVRIDICO

DEFENDET

CHRISTIANVS GVILIELMVS BARWASSER

FRAVENST.

LIPSIAE

EX OFFICINA LANGENHEMIL.


IV,

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is mirrored and difficult to decipher but appears to contain several lines of script.



DE
RETENTIONE ILLICITA
IN DEPOSITO.

§. I.

 Inter eos contractus, qui re contrahuntur, *depositi* a reliquis grauiter discrepat. Neque mutuum, nec commodatum, nec pignus singularem fidem atque fiduciam requirunt in persona debitoris, commodatarii ac creditoris, qualis in persona depositarii ponenda. Coniicitur ex Rescripto DIOCLETIANI et MAXIMIANI AA. in *L. 10. C. depos. vel contra.* cuius verba sunt: *Qui depositum non restituit, suo nomine conuentus et condemnatus, ad eius restitutionem cum INFAMIAE periculo vrgetur.* Nunquam enim debitor mutuum haud soluens, vel commodatarius commodatam rem haud restituens, vel creditor soluto pignoris nexu rem pignori acceptam haud reddens ad restitutionem cum INFAMIAE periculo

culo vrgetur. Exactissima itaque fides praestanda est a depositario in reddenda deposita re, qualis qualis illa sit, neque sua, quae contra deponentem persequenda habet iura, amittit, vt potius ipsa iura depositario peculiarem actionem concedant, qua indemnitatem consequatur, quae ideo *contraria* audit.

§. II.

Cum itaque depositarius ex summa fide, quam praestare debet, tenetur ad rem depositam, quando a depositario exigitur, reddendam, si res vel pecunia apud creditorem deposita est, ipseque creditor custodiendam reddendamque accepit, dubitandum non est, quin depositum reddere teneatur. Quapropter, si contra legem detrectet restitutionem, praetextu *compensationis*, simpliciter ad restitutionem condemnandus est, reiecta exceptione compensationis. Probat hanc sententiam constitutio IVSTINIANI in *L. II. C. deposit.* Ait Imperator: *Si quis vel pecunias, vel res quasdam per depositionis acceperit titulum: eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur: nullamque COMPENSATIONEM, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam praetendens: cum non sub hoc modo depositum acceperit, vt non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam trahatur.* Refert itaque Imperator, perfidiam committi, si depositarius detrectet restitutionem praetextu iuris sibi competentis in re deposita vel compensationis.

§. III.

At alia quaestio est, an depositae rei *retentionem* exercere possit depositarius, non quod adferat sibi competere ius in re deposita, sed vt illa retentione tantum cogat, quo depositario

rio

rio satisfaciat de iure competente. Distinguunt plerumque, *utrum* retentio fiat ex diuersa causa, *an* propter impensas in rem depositam factas. Priori specie plerumque negant allegantes IUSTINIANI in *L. II. C. deposit.* verba: *ut non concessa ei retentio generetur.* In altera vero specie retentionem, tanquam licitum remedium ad consequendas impensas in rem depositam necessarias factas, admittunt, cui opinioni quoque adstipulatur BACHOVIVS ad *Treutler. Vol. I. Disp. XXVI. th. V. lit. C.*

§. IV.

Argumenta quibus defendunt hanc sententiam, sunt quod prouocant ad GAII in *L. 18. §. ult. π. commodat.* auctoritatem, qui scripserat: *Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest saluum habere iure pensationis.* Dein putant Iustinianum tantum retentionem prohibuisse ob metum perfidiae, quae prohibitionis ratio haud adesset, si ob impensas retineret rem depositam. Addunt: quam Baldus somniauit rationem, quod tacita conventio sit cum deponente de impensis faciendis et postea restituendis. Tandem videtur *Bachouius* eam inuenisse rationem, quod impensae rei quasi partem constituent, ut iis ius in re consecutus depositarius, ex quo retentionem dein habere omnino posset.

§. V.

Sed quae etiam sint argumenta, tamen his probari quidquam posse, quod licitam efficiat retentionem, ego non arbitrarer. *Caius* enim nunquam huic opinioni auxilium ferre potest. Neque enim lex de omni contraria actione in genere agit, neque de retentione, sed de *pensatione* vel compensatione seu deductione. Quare concludo, cum grauis sit differen-

tia inter commodatum interque depositum, in commodatario singularis fides atque fiducia non requiratur, quae tamen fiducia atque fides exigitur in depositarii persona, non posse a commodato ad depositum illiusque iura argumentum duci. Et omnino obstat lex *Iustiniana*. Prohibet enim Imperator in genere omnem depositae rei restituendae exceptionem compensationis atque retentionis, ut omnino omni perfidiae praescindatur, quae non in eo quaerenda, quod excipiens omni destituatur iure, sed quod id, quod pure restituere promiserat, non restituit, sicque contra datam in accipiendo deposito fidem egerat.

§. VI.

Nil dicam de tacita vel forsan praesumpta conuentione. Est enim haec interpretatio analogiae de deposito constituti iuris contraria. Constat enim, ad consequendas impensas dari depositario *actionem contrariam*. At vero nulla contraria actio ex conuentione prouenit, imo potius ideo contraria appellatur, quod naturae contractus sit plane aduersa, quae unilateralem tantum obligationem statuit, alteramque personam obligatam haud ponit. Necessè itaque est, ut si contrariae actioni locus dandus sit, factum aliquod occasione contractus superueniat, quod ex regulis aequitatis contrariam inducat obligationem. Non egerimus ergo tacita illa conuentione, quia illa non egerimus in contraria actione, in cuius locum succedit retentio.

§. VII.

Multo minus Bachouii autoritas in contrariam me ducit opinionem. Cum enim neque ex praetextu dominii compensatio-

fatio-

fationem vel retentionem potius concedat Iustinianus, neque ex causa hypothecae, velim Bachouius nouam probaret iuris in re speciem, quae fortior esset dominio ac hypotheca, vt in illa permissum, quod in vtraque hac iuris in re specie prohibitum. Non vrgeo ius in re, quod per impensas in rem factas origines habet apud Bachouium. Mihi enim contraria, quae ad eas persequendas datur actio, non in rem est, qualis tamen esse deberet, si ius in rem haberet is, qui impensas fecit, sed est in personam. Qualis vero actio, tale semper quoque solet esse ius.

§. VIII.

Quapropter malim eam defendere opinionem, qua negant propter impensas admittendam esse retentionem. Sicuti enim argumenta, quibus contrariam probare student sententiam nihil probant; ita maxime respiciendum, quod omnis retentio sit species vindictae priuatae, quae legibus prohibita et interdicta, nisi in vna alteraque specie peculiari lege expresse concedatur, quale exemplum in commodato, in re dotali, in inaedificato ex mea materia in solo alieno et in paucis aliis speciebus. Cum vero, quoties peculiari lege retentio conceditur, non constituit vniuersale remedium, sed singulare tantum introducit ius. Iam vero ea est iuris singularis seu privilegiorum in corpore iuris clausorum, vt vocant, natura, vt non admittat interpretationem extensiuam, quae tamen applicaretur, si a specie diuersa ad aliam speciem, in qua concessa lege non est, traheretur. Vbi ergo et legis expressa prohibitio nulla distinctione facta, obstat retentioni eaque ob singulare ius extensiuam non admittit interpretationem, verior sententia, nunquam probari posse retentionem etiam ob impensas in deposito esse admittendam.

§. VIII.

§. VIII.

Quanquam in regula hae rationes verae sint, tamen nolim depositum, quod vocant irregulare, huc referri. Fac enim depositum abire in mutuum fungibili re deposita, cuius depositario usus concessus, quo casu non ipsam depositam rem, sed tantundem restituere compellitur, quis neget amplius depositario irregulari, vel potius debitori compensationem. Aut si depositum rei non fungibilis concessio usu abire in commodatum, sicque reiecta depositi natura alium sistit contractum, quis est, qui neget, retentionem admittendam esse. Non enim retinet depositum, sed retinet commodatarius rem commodatam, quod omnino prohibitum non est.



Trakt zur no. 790

