

Peter Heinrich Carstens

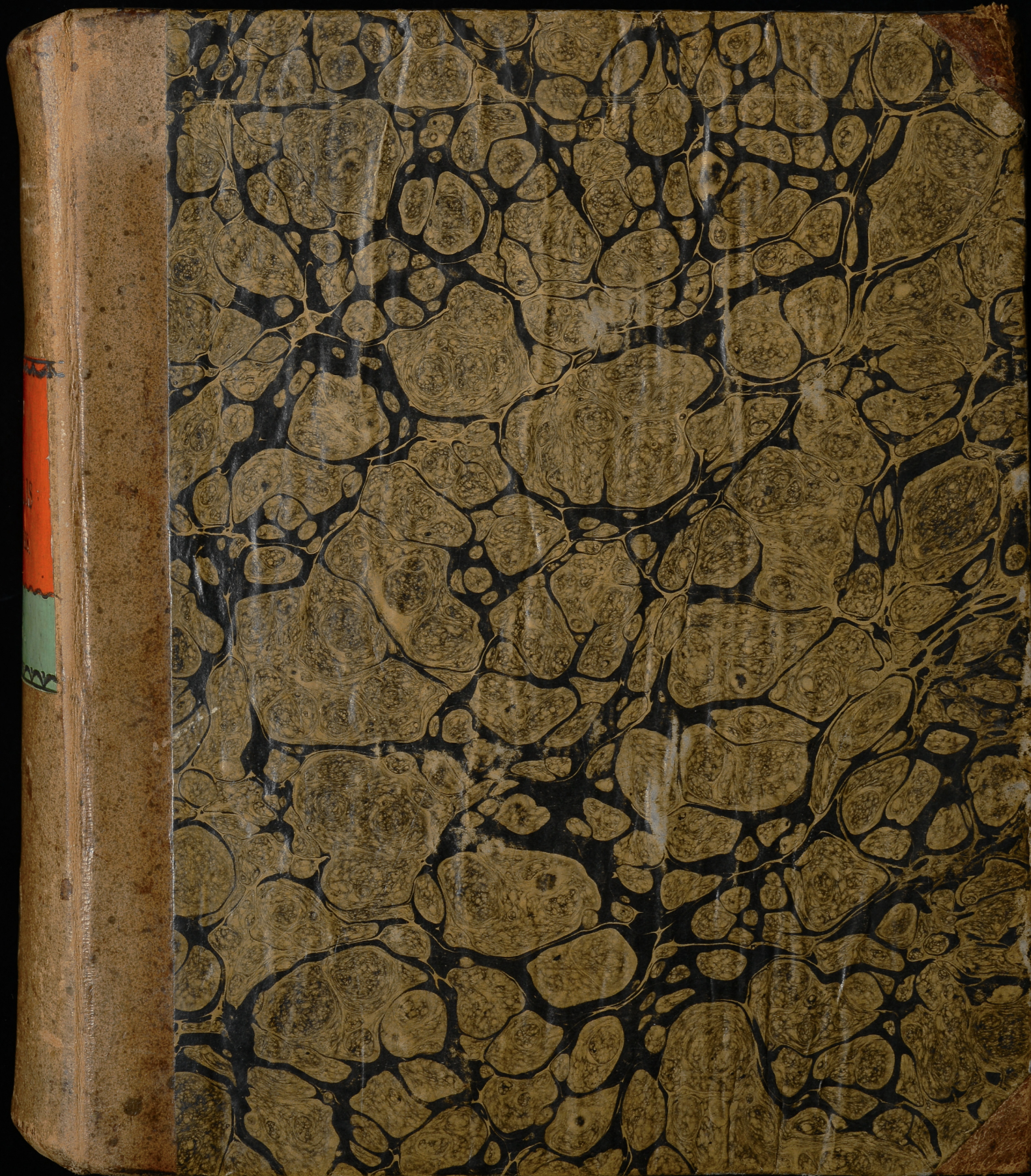
**De Jvre Compensationis Et Retentionis In Concursu Creditorum Secundum Jus
Lybicense Et Hambvrgense : Commentatio Dissertationis Inavgvralis Loco
Elaborata**

Hambvrgi: Typis Jeremiae Conradi Piscatoris, MDCCLXVIII

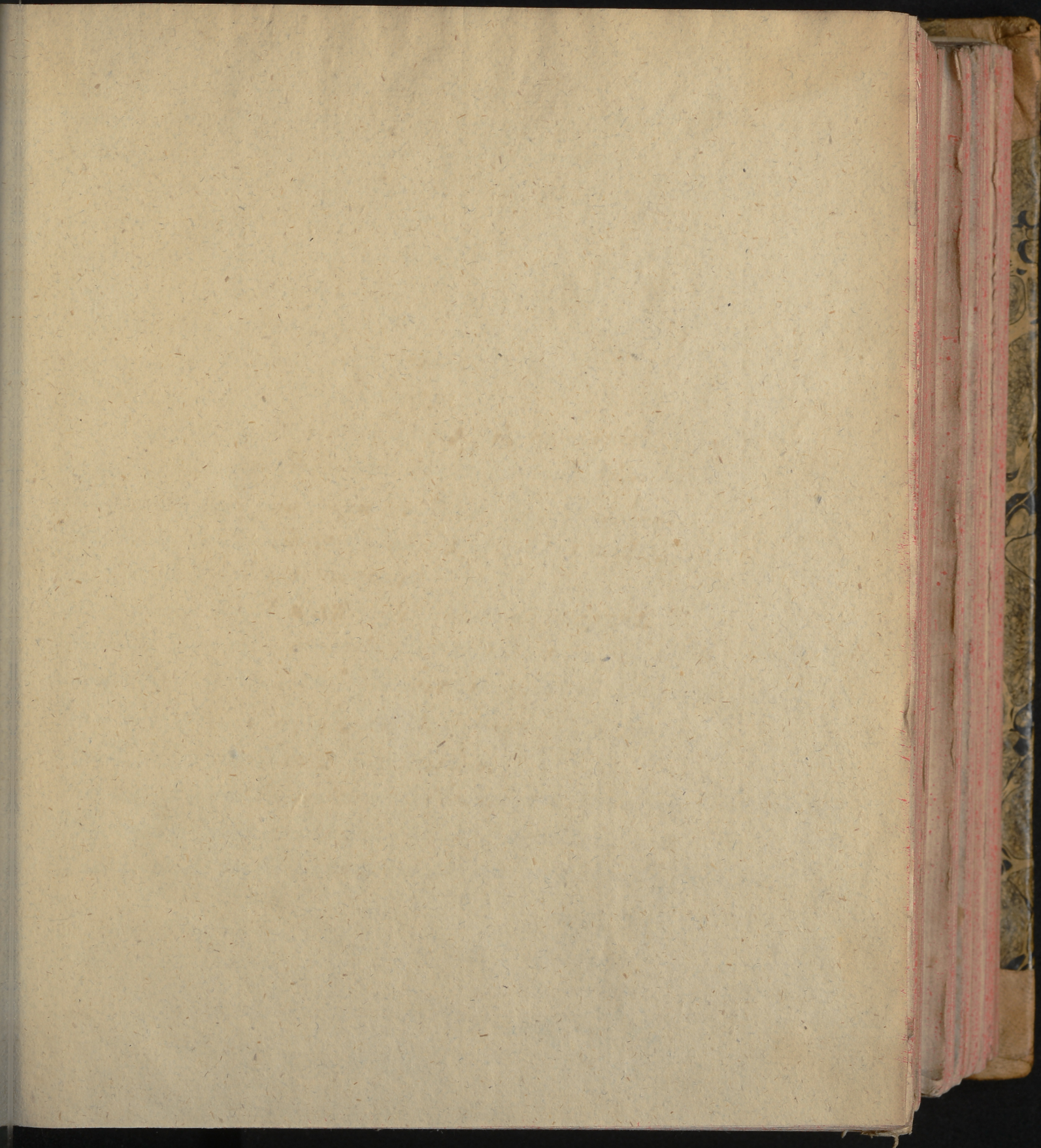
<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn100232646X>

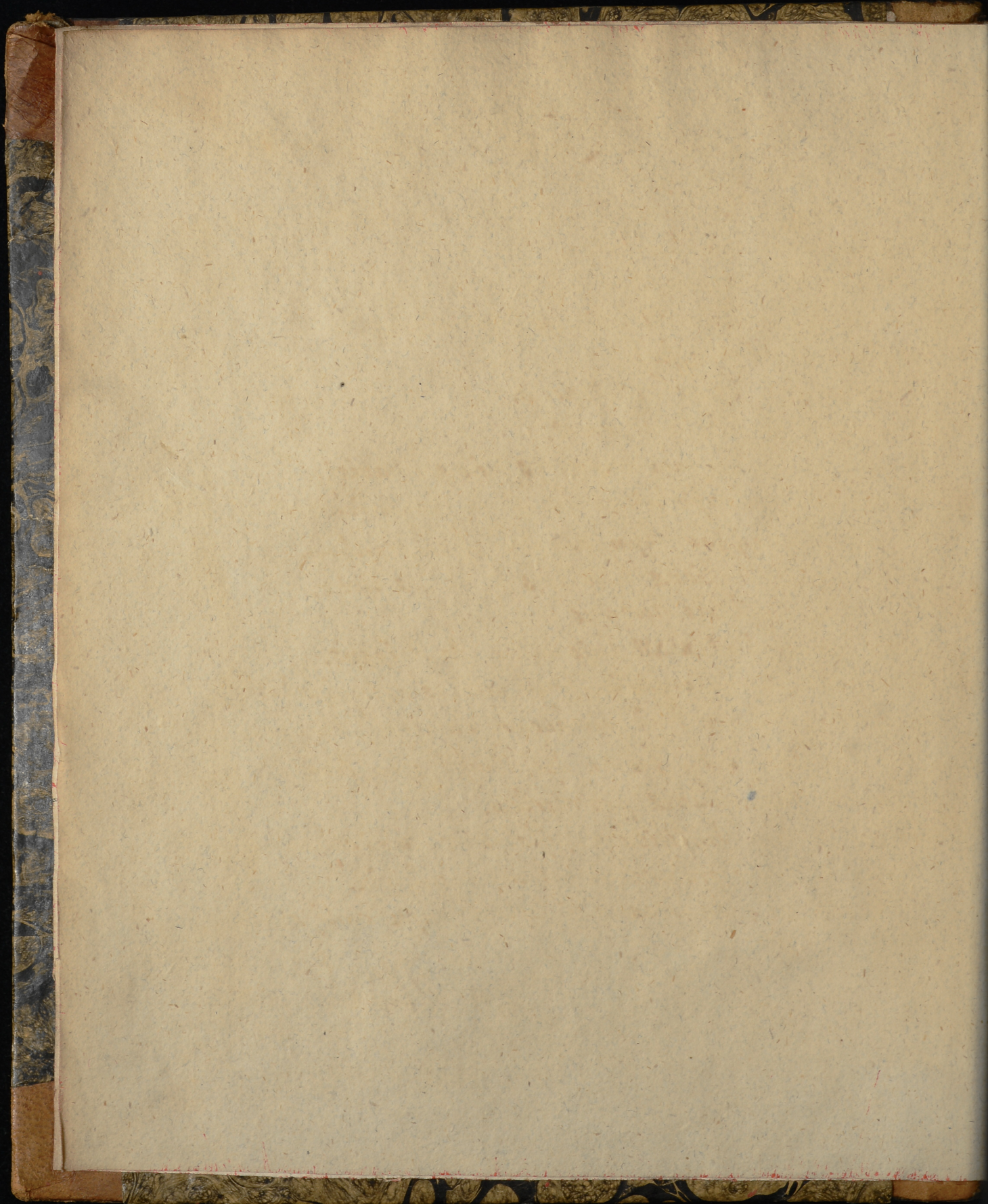
Druck Freier  Zugang





H. K. — 1 (54.)





LIV.

Carstens de jure compensationis et retentionis.

Cramer Suppl. ad Brissonii Opus de Verborum Significatione.

Stumpfb. oben in Ex. Salica.

Günther de Assignmentibus. Spec. i. 2.

Heuster de prohibita rei litigiosae alienatione.

Hoepfner de Crimine falsi.

Hoffmann de Diebus arbitrariis.

Huschnre de Ufafructa pecuniae.

Kraut de Codicibus Luneburgensibus juris germanici.

Kriegel antiqua versio latina Tit. D. de Excusationibus.

Muzus Enghag zur Eins von der Zircification.

Megsenbug de Christiana Religionis et in jus civile.

Mahlert de Equitibus Romanis.

Peters Comm. ad Tit. XLVII. Legis Salicæ, de Reippus.

Sehreiter Sacramentorum in Roma judiciis antiquitates Spec. II.

Spangenberg Antiqua Doni Germanorum matutini (Morgnugabn.)

Nein Verkauf für 3 der Provin des Reichs zu Franck.
Hübel de Redactione

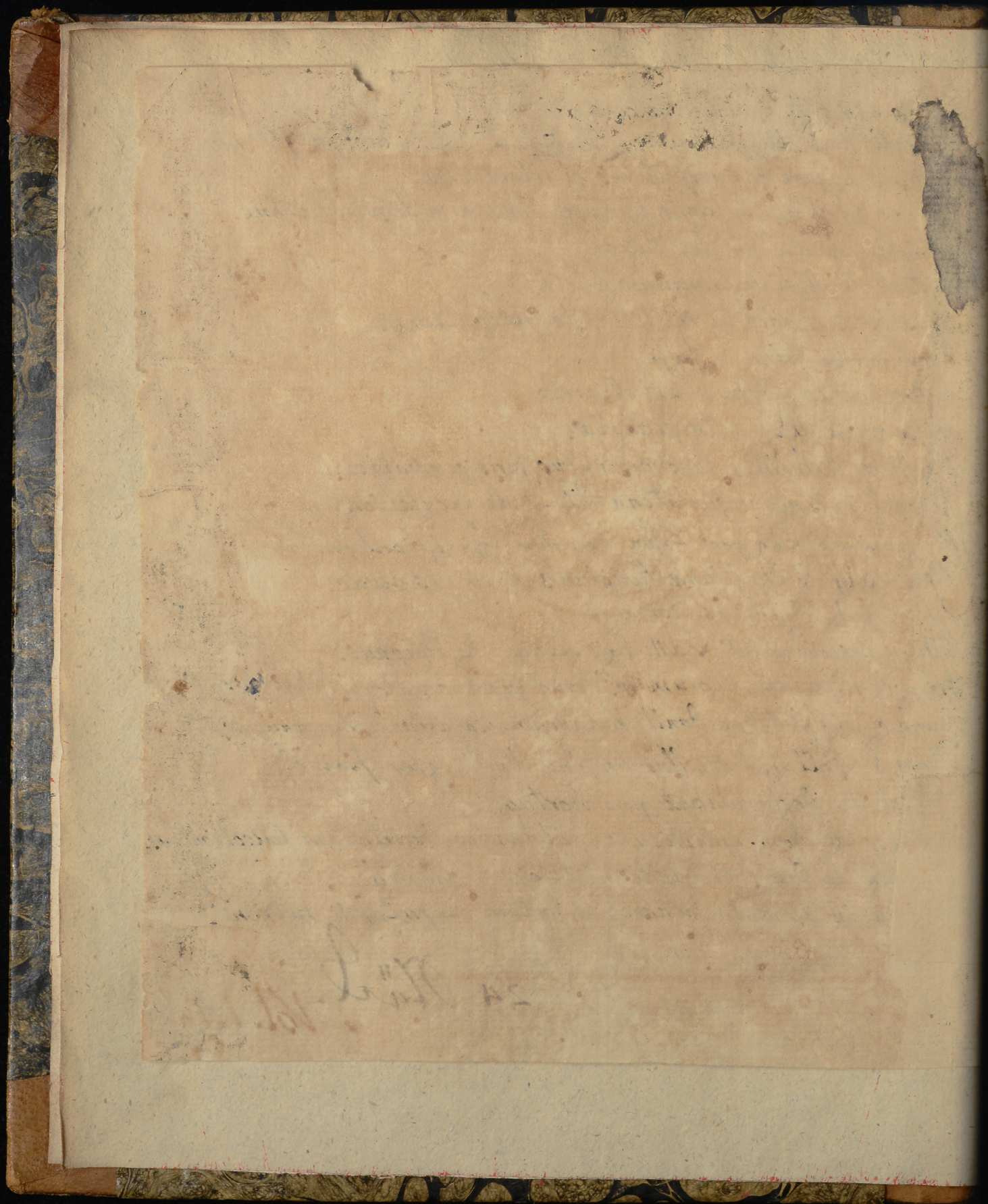
Stübel de Declaratione pro mortuo.

Theines de Rom. Pontificum Epistolarum Secretalium Collectionibus.

Vollack de Onere probandi in actione negatoria.

Zachariae de recta foeneris in sortem imputandi ratione.

24 N^o 1.



DE
JVRE COMPENSATIONIS
ET RETENTIONIS

IN
CONCVRSV CREDITORVM
SECVNDVM

JVS LVBECENSE ET HAMBVRGENSE
COMMENTATIO

DISSERTATIONIS INAVGVRALIS LOCO

ELABORATA

A

PETRO HENRICO CARSTENS,

LVBECENSI,

J. V. L. ET PRAEFECTVRAE BERGEDORFIENSIS

ACTVARIO.

HAMBVRGI,

TYPIS JEREMIAE CONRADI PISCATORIS, AMPLISSIMI
SENATVS TYPOGRAPHI.

MDCCLXVIII.

DE
JURE COMPENSATIONIS
ET RETENTIONIS

IN
CONCURSU CREDITORYM

SECUNDVM
JVS LVBECENSE ET HAMBVRGENSE
COMMENTATIO

DISSERTATIONIS IN AVGVRALES LOCO

ELABORATA

PETRO HENRICO CARSTENS

LVBECENSIS

J. V. L. ET PRÆFECTORIS BERGENDORFENSIS

ACTVANO

HAMBVRGI

TYPIIS JEREMIAE CONRADII FISCALTORIS, AMPLISSIMI

SENAVS TYPOGRAPHI

MDCCLXXIII

Inclytarum
et Sacri Romani Imperii liberarum Rerumpublicarum

SENATVS PLENISSIMVS
LVBECENSIS ET HAMVBERGENSIS
Viris

Perillustribus Magnificis
Generosissimis Consultissimis Prudentissimis
Amplissimis

DOMINIS

DOCT. CONSVLISVS

DOCT. SYNDICIS

DOCT. SENATORISVS

DOCT. PROTONOTARIIS

DOCT. SECRETARIIS

ET

DOCT. ARCHIVARIO

Civitates celeberrimas

&

Dignitates Amplissimas
meritis suis maximis illustrantibus

PATRIAE PATRIBVS

MACESENSENSES INDVLGENTISSIMIS

DOMINIS VS SVIS GRATISSIMIS

11 N

Hæc Commemorationem

inter Ardentissima

pro

TANTORVM VIRORVM

Longæva Incolumitate

et felici Regimine

Vota

venerabundus

offert

Cultor obsequiosissimus

Petrus Henricus Carstens.

PRAE.



PRAEFATIO.

Circa materiam retentionis et compensationis in concursu creditorum Doctores quam maxime inter se discrepare, neminem fugit, et mihi quidem haec opinionum differentia in eo praecipue latere videtur, vt, de ipso jure retentionis et compensationis si in concursu creditorum sermo est, haec doctrina ex diversis plane principiis applicetur. Operae igitur pretium duxi, vt, quantum vires permittunt, in

controverſa hac materia principia quaedam ſtabilirem, quae de-
ciſioni in obviis caſibus poſſent forſan inſervire.

Quod autem qualiscunque haec commentatio nunc demum
in lucem prodeat, ejus rei haec eſt ratio, quoniam tum, quum
conſtituiſſem materiam, quam continet illa, ſtatim integram in
Academia Kilonienſi publicae diſquiſitioni ſubjicere, tempus,
quod ad imponendos ſcripturae typos requirebatur, anguſtum
illud ſpatium, quo mihi abeſſe licebat, nimis excedere videbatur,
ideoque coaſtus eram, ſolummodo theſes quasdam ſingulares ad
objectum, quod titulus indicat, pertinentes, publico examini
ſubmittere, et editionem integrae hujus commentationis huc
uſque differre.



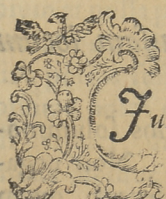
DE



DE
JURE COMPENSATIONIS ET RETENTIONIS
IN CONCURSU CREDITORVM
IN SPECIE SECVNDVM
JVS LVBECENSE ET HAMBVRGENSE.

§. I.

Quid sit jus compensationis et jus retentionis?

 *Jus Compensationis* est facultas mutuū debitum et creditum inter se in vim solutionis contribuendi; *jus retentionis* vero est facultas qua ille, cui alter aliquid praestare debet, hujus res apud se existentes tam diu detinere potest, donec fit satisfactio.

§. II.

Horum jurium inter se differentia et similitudo.

Negari non potest, compensationem et retentionem inter se differre. Discrimen vero hoc adeo notum est, ut pro meo scopo superfluum judicem ea, quae hic pertinent, indicare. Dicam potius de convenientia earum et affinitate. Conveniunt autem haec jura in eo, ut 1) adsit debitum reciprocae alicujus praestationis, et 2) ut ipsa haec reciproca praestatio serviat in finem reciprocae satisfactionis. Porro haec jura in eo quoque sunt affinia, ut, statui possit haec fere universalis regula, ubi non datur compensatio, ibi permessa saltem est retentio, et prohibita compensatione, non prohibita censetur retentio; imo quidquid contrario judicio peti et obtineri potest, id etiam per retentionem servare potest, qui directo judicio convenitur.

§ III.

§. III.

Ad jus retentionis, ut locum habeat, requiritur possessio rei non vitiosa.

Omnis rei possessio, quae fit sine justo titulo dicitur in jure vitiosa. Vitia autem possessionis imprimis sunt violentia, clandestinitas et precarium. Ejusmodi possessionem non dare jus retentionis, sed possidentem ad simpliciter restituendum esse obligatum eoque nomine domino competere actionem, ex eo apparet, quia fieri nequit, ut possessio, quae sine jure est acquisita cum jure possit continuari. Accedit quod qui clandestine aut violenter rem alterius apprehendit, in facto aperte illicito versatur; talia vero facta omne juris beneficium et commodum plane excludunt. L. 14. §. 1. C. de compens.

§. IV.

Jus retentionis ob quamvis justam et probabilem causam locum habet.

Placuit multis Doctoribus exercitium juris retentionis ad illos solummodo casus restringere, qui expresse in Legibus sunt denominati. Non negamus quidem, jus retentionis in quibusdam casibus se fortius exferere, quam in aliis. Rem enim alterius vel simpliciter tam diu retineo, donec mihi satisfactum est, vel retentionem hanc ad id solummodo tempus exerceo, quo alter idoneam de satisfaciendo cautionem praestiterit. Prima illa, et in sensu strictissimo sumpta, retentio in paucis omnino casibus solummodo locum habet, quale exemplum reperimus in Advocato acta clientis intuitu honorarii sui retinente, et aliud occurrit occasione ejus, quod solvitur pro vectura mercium et vulgo dicitur *Gracht*, ubi magister vehiculi recte utitur jure merces tam diu retinendi, donec illi intuitu vecturae satisfactum est. Plus enim juris est in re, quam in fidejussore et pignore habetur, arg. L. 4. §. 3. de Re judic. Alteram vero et in sensu latiori sumptam retentionem cur tam angustis restringamus terminis nulla nos movet ratio; videtur nobis potius haec doctrina a vera juris retinendi natura quam maxime aberrare. Si enim inquiritur, ex quonam capite Leges in casibus determinatis jus retentionis permiserint, semper inveniemus, ultimam rationem esse aequitatem. Nam quid aequitati magis est conveniens, quam ut tunc, cum habeo jus debitorem cogendi ut solvat,

vat, ad hunc finem prius utar medio non solum leniori, sed et tali, quod minus habet incommodi et plus affert securitatis? Imo aequissimum est, ut rem suam ante quis non consequatur, quam creditori suo intuitu rei debitae satisfecerit. Accedit, quod retentio considerari possit ut exceptio, haec vero multo maiorem in iure habeat favorem, quam ipsa actio.

Causa, ob quam retentione quis vult uti, quod sit iusta per se patet, quoniam ut adsit generatim jus petendi aliquid necessario praesupponitur. Cessante ergo hoc iure, (et hoc cessat omnino in causa iniusta) omnis quoque cessat retentio.

Non autem necesse est, ut haec iusta causa statim sit liquida, h. e. non requiritur, ut, si alterum mihi quid iuste debere allego, debitum hoc in continenti quoad quantitatem et qualitatem ita appareat, ut nullum amplius dubium et nulla plane exceptio contra illud moveri queat. Nam 1) non video, jus retentionis sua natura ejusmodi liquiditatem requirere, cum per notionem illius potius sufficiat, adesse iustam reciprocam petitionem. 2) Creditor saepissime omni culpa caret, quod creditum suum non statim ad liquidum possit perducere, dum debitores tanto favore in iure sunt muniti, totque exceptionibus ubique via patet, ut nihil fere facilius, quam iustissimae petitionis effectum saltem per aliquod tempus differre, et 3) quoque non affirmare cupimus, jus retinendi in petitionibus illiquidis eo effectum locum habere, ut res, de quo sermo est, simpliciter possit retineri, sed potius in tali casu, qui retentionem vult exercere, contentus esse debet, si ab altero illi idonea praestetur cautio, quae fieri potest per ipsam rem, quam alter retinere cupit vel per similem, ad praestandam idoneam securitatem intuitu rei possessae possessori competentem. Hoc quoque analogiae juris maxime consentaneum est, quum ille, qui ob ejusmodi rem a domino conveniretur, huic recte opponere posset exceptionem cautionis pro reconventionem, quae reo iustam reconventionem alleganti nunquam denegari potest. Manifestum ergo est, jus retentionis de essentia sua non requirere causam liquidam, sed potius quamvis probabilem, modo sit iusta, hic sufficere. Conf. *Illustris Brokesius* Vir de republica Jureconsultorum non minus ac de Lubecensi longe meritissimus in *Select. Observat. Forens. Observat.* 262. Vid. quoque *Hommelius Rhapsod. quaest. Collect.* 8. n. 200. nec non *Berger. Libr. 3. Tit. 15. §. 4. n. 9. Oeconom. Jur.*

§. V.

Cessat jus compensationis et retentionis in re deposita.

Negare quidem non audeo, per ea, quae diximus in §. antecedenti, facile posse induci, depositum sua natura non excludere jus retinendi. Nam si jus hoc nititur, ut diximus aequitate, et is, qui possidet rem ex deposito, in iusta omnino versatur possessione, iniquum videtur depositario, qui iustam erga deponentem habet petitionem, jus retinendi intuitu rei hujus denegare. Sed simulac perpenditur 1) depositum supponere in deponente singularem fiduciam erga depositarium, 2) depositum frequentissime oriri ex calamitate deponentis; e. g. cogente periculo ex tumultu, incendio, ruina et quae sunt alia, et 3) rem depositam non raro ita esse comparatam ut deponentis multum intersit, rem depositam promptissime restitui, probabilem quandam praetensionem autem facile posse formari, quae hoc modo restitutioni rei depositae moram inferret, apertum est, hic unam aequitatem cum altera collidere, indeque motos esse Legislatores, ut depositum cum hoc singulari privilegio muniverint, ne jus retentionis et compensationis sub ullo praetextu locum habeat, nisi petitio ex ipsa re deposita oriatur, quorum spectant e. g. impensae in rem depositam factae. L. 11. C. depos. L. 14. §. 1. Cod. de compens. et Nov. 88. Cap. 1.

§. VI.

Exercitium juris compensationis et retentionis in concursu creditorum ad promovendum commercium quam maxime utile et necessarium est.

Omnes in eo consentiunt, quod fides et commercium tam arcto vinculo inter se sint connexa, ut unius incrementum et decrementum ab incremento et decremento alterius necessario dependeat. Quidquid ergo promovet fidem, quam unus alteri in societate civili habet, id etiam promovere commercium, per se patet. Quid autem ad promovendam hanc fidem magis potest conferre quam certa persuasio, mihi omne id, quod ab altero iusto titulo possideo, intuitu ejus, quod alter mihi vicissim debet, praestare securitatem, meque non necesse habere, existente concursu id aliis cedere, ex quo ipse satisfactionem meam speravi? Ejusmodi autem persuasio adest, simulac compensatio et retentio

extra

extra concursum valida etiam in concursu subsistit. Sunt ergo haec jura ad sublevanda et promovenda commercia tam utilia quam necessaria. Attamen quum ab utilitate ad jus non valeat consequentia, haec, quae diximus, parum efficerent, si exercitium horum jurium in concursu nihilominus justitiae repugnaret. Hinc praecipuum erit, ut ostendamus ejusmodi repugnantiam non adesse, quod quidem in sequentibus, quantum vires permittunt, ostendere conabimur.

§. VII.

Existente creditorum concursu omnes obligationes, quae cum bonis falliti sunt conjunctae, transeunt in creditores.

Est indubitati juris, et ex ipsa rerum natura manifestum, quod orto concursu creditores omnia debitoris acquirant jura, si ea solum excipiantur, quae sunt personalissima, et solam respiciunt debitoris personam. Nam cum omnes debitoris proprietates hoc casu transeant in creditores per se patet, omnia quoque illis competere jura, quae intuitu harum proprietatum competunt debitori. Qui vero res acquirit cum juribus suis, ille quoque quod adstrictus sit ad obligationes, quae rebus ejusmodi cohaerent, nemo negabit. Liceat rem istam duobus ex ipso jure defunctis exemplis illustrare. Primum sit illud, quod exhibet relatio inter defunctum et ejus heredem, et alterum, quod praebet cedens cum suo cessionario. De herede nota est regula, quod succedat in omnia jura omnesque defuncti obligationes, exceptis solummodo iis, quae ad personam defuncti, qua talem spectarunt. Ex quonam vero alio capite haec regula obtinet, nisi fiat ex eo, quoniam omnia defuncti bona, sive totum ejus patrimonium transit ad heredem. Eadem ratio est cum cessionario. Cui enim rem suam alter cedit, is acquirit rem istam cum omni causa, h. e. exercet intuitu ejus omnia jura, et praestat circa illam omnes quoque obligationes. Recte igitur affirmatur, hereditatem aequae ac cessionem heredi et cessionario tot tribuere jura totque imponere obligationes, quot defunctus aut cedens ipse habuit; ex quo simul sequitur, tam heredem, quam cessionarium omnia praestare debere, quae defunctus aut cedens praestare debuisset. Quod si nunc respiciamus originem concursus creditorum, hic oritur modo antecedente voluntaria debitoris cessione, modo absque tali cessione, dum debitor necessario bona sua creditoribus debet relinquere. Priori casu creditores eandem ad debitorem habent relationem, quam cessionarius ad cedentem. Dici

ergo non sine ratione potest, orto concursu creditores succedere in locum debitoris L. 4. *Cod. de Cess. bonor.* atque hujus personam plane repraesentare. Cessio enim bonorum referri debet ad modos acquirendi rerum dominii universales. Et hanc ob rem non solum jura debitoris, sed etiam omnes obligationes in se suscipiunt, aut potius suscipere debent creditores, quia, quae exceptiones cedenti obstant, eas cessionarius declinare nequit. Sunt enim creditores, quoniam bonis omnibus debitor se abdicaverit, ejus cessionarii bonorum universales. Vid. *Hommeliu l. c. Collect. 8. n. 193. nec non Leyser Med. 4. Spec. 173. ad Pand.* Posteriori vero casu creditores eodem modo succedunt in obligationes debitoris, quo defuncti obligationes transeunt in heredem. Creditores in concursu obligationes debitoris continuare, ex eo etiam exemplo manifestum est, quoniam moto concursu non sistitur cursus usurarum. Concedo quidem, secundum Praxin Lubecensem ultra usuras unius et currentis anni, tanquam accessorium sortis in concursu non solvi. Ex hoc vero non sequitur, ut reliquae usurae, tam concreditaee quam futurae plane non locum habeant. Nam si massa sufficit, creditores ad solvendas illas omnino sunt obligati: sed quia in sententia prioritatis inter chirographaria credita collocantur, per se patet, perinde esse, ac si revera locum non haberent.

Fluunt igitur ex his, quae hactenus diximus, hae duae regulae universales:

- I. In quocunque casu debitori ante motum concursum jus compensationis et retentionis jure ab altero potuit opponi, in eodem quoque creditoribus moto concursu idem jus recte opponitur.
- II. In quocunque casu debitor ante motum concursum jus compensationis et retentionis jure potuit declinare, in eodem quoque moto concursu creditores idem jus recte declinant.

Placuit multis, compensationis in concursu creditorum oppositae valorem ex diversis rationibus, et inter illas praecipue ex eo derivare, quod compensatio sit solutio, ipso jure competat, et in momento existentiae mutui debiti et crediti locum habeat, ideoque affirmare, si de illa in concursu quaestio moveatur, debita jam vere extincta esse. Conf. *Joach. Ludolph Majohl de Compensat. ejusque valida opposit. in Concursu Creditor.* Sed licet haec omnia certo modo concedamus, nemo tamen negabit, ea, quae in hoc §. a nobis sunt

sunt stabilita, in decidenda illa quaestione maiorem praebere utilitatem. Sit omnis compensatio solutio, fiat quoque ipso jure, et nihilominus inde non statim sequitur, ut debitum, de cujus extinctione in concursu quaeritur, per mutuum creditum jam sit extinctum, sed in fine semper recurrendum erit ad quaestionem, num debitor communis ante concursum ad solvendum fuerit obligatus, hoc est, num debita creditaque ejus sint qualitatis, ut per compensationem possint tolli. Accedit, quod principia a nobis allata ad retentionem quoque possint applicari, quod cessat in illis, cum tamen utraque tam retentio quam compensatio, si locum in concursu habent, unum eundemque effectum producit, qui in eo consistit, ut id, quod a debitore obaerato possideo, ad satisfactionem meam retinere liceat.

§. VIII.

Quicumque rem debitoris communis cum vitio possidet, is quoad petitionem suam, ex justissimo licet titulo descendat, jure retentionis aut compensationis non potest uti.

Probavimus in §. III. res vitiosas nullo modo fieri posse legitima juris retentionis objecta, sed potius ejusmodi res dominum simpliciter et absque omni contradictione vindicare. Quum igitur moto concursu vitium hoc possessionis in possidente maneat idem, et persona solum domini, ad quem res pertinent, mutetur, fieri quoque in concursu creditorum non potest, ut ob justissimam licet petitionem, retineri queant, dum quod juris in res illas habuit debitor, idem quoque habent creditores. Ad vitiosam ejusmodi possessionem referri quoque potest illa, qua creditor rem quandam possidet, quae a debitore obaerato in fraudem concursorum vel ante aut post motum concursum, est alienata: hanc enim alienationem non posse subsistere, sed actione Paulliana revocari notum est.

§. IX.

Non est contra analogiam Juris civilis Romani, statuere, quod in concursu creditorum quoque intuitu rei depositae locum habeat retentio.

Jus civile Romanum nullum quidem admittit praetextum, per quem restitutio rei depositae adversus deponentem possit declinari, (§. V.) si eum uni-

ce casum excipias, quo depositarius in rem depositam fecit impensas. Attamen affirmare non audeo, idem jus quoque deponentis creditoribus competere. Primo enim depositum sua natura retentionem non excludit, (§. V.) sed pro speciali potius depositi privilegio est reputandum, quod retineri nequeat. Privilegia autem sunt strictae interpretationis et de uno casu ad alterum trahi non possunt. Secundo quoque cessat in concursu ipsa hujus privilegii ratio. Deponens enim ipse egit ex singulari fiducia erga depositarium, ergo negari non potest, hic occurrere relationem inter deponentem et depositarium quae solam illorum respicit personam. Porro si in bona deponentis oritur concursus, cessat quoque favor ipsius deponentis, quum illi non amplius fieri possit restitutio, sed haec fieri deberet creditoribus, in quos nimirum omnia debitoris bona reliqua moto concursu transeunt. Cessante autem ratione privilegii, ut ipsum cesser privilegium, necesse est.

§. X.

Jure Hamburgensi in concursu creditorum jus retentionis quoque in re deposita locum habet.

Legimus in Constitutione illa Hamburgensi, quae prodiit Ao. 1753. d. 31 Aug. sub titulo: der Stadt Hamburg neue Falliten-Ordnung, Art. 34. n. 3. expressa haec verba:

Gleichergestalt haben die, welche des Falliti Güter in ihrer Gewalt haben, in so ferne sie justo titulo zum Besitz derselben gekommen, dieses Rechts (scilicet juris retentionis) zu genießen.

Dispositio haec quum loquatur generaliter de bonis, quae creditores habent in potestate sua, in ihrer Gewalt, nullum est dubium, quin etiam res depositas simul comprehendat. Justus autem possessionis titulus in depositario plane non deficit. Praxis etiam Hamburgensis cum hoc convenit, dum in concursu quodam, ubi unus creditorum ex bonis debitoris obaerati aliquid solo depositi titulo ad nullumque alium finem, quam ad custodiendum possidebat, creditum suum recuperare sollicitus in jure retentionis refugium quaesivit, quod etiam ab Amplissimo Senatu per Decretum d. 1 Jun. 1763. pro competente et valido fuit pronuntiatum.

§. XI.

§. XI.

Omne debitum & creditum reciprocum, cujus ratione in concursu compensatio aut retentio locum habeat, ut jam ante motum concursum extiterit, necesse est.

Ponamus casum ita: Sempronius Mevio aliquid debeat. Mevius ante hujus debiti exsolutionem cedat bonis, et durante hoc concursu Sempronius vicissim fiat Mevii Creditor, quaeritur, num hic compensatio locum habeat? et nobis videtur quod non. Moto enim concursu omnia debitoris bona pleno jure domini ad creditores sunt devoluta, ideoque omnis obligatio quam intuitu illorum contrahit, est dispositio de re aliena, et per consequens ipso jure nulla. Si ergo in allegato casu Mevius sit debitor Sempronii, haec quidem obligatio inter Mevium et Sempronium omnino valida est, ita nimirum ut Mevius illi satisfacere sit obligatus, at valere non potest eo effectum, ut Sempronius cum hoc credito id quod massae concursus debet, compensare possit. Nam id quod debet massae concursus, moto concursu non amplius debitori communi, sed ejus creditoribus debet. His autem quum nihil credidit, nullam quoque opponere potest compensationem. Ex persona vero debitoris communis itidem in creditores non cadit obligatio ad compensationem admittendam, quoniam existente concursu debitum et creditum nondum extabat reciprocum, ideoque contra debitorem communem, cujus jura a creditoribus continuantur, nulla adhuc valebat compensatio. Fingamus porro hunc casum: Titius sit Caji debitor. Caju, antequam suum a Titio consequitur, bonis cedat. Moto hoc concursu nomen alicujus e Caji creditoribus redimat Titius: hic conveniatur a curatoribus bonorum, ut solvat ad massam concursus, quod debitori communi debuit. Quaeritur, num hoc casu Titius jure compensationis tutus sit? et mihi itidem videtur quod non. Ubi enim reciprocum deficit debitum, ibi omnis cessat compensatio. Caju autem Titio nihil debebat ante motum concursum. Ergo quoque creditores Caji ex hujus persona illi quicquam debere nequeunt. Debitum autem, cujus ratione Titius Cajo erat obligatus, a momento existentis concursus in bonis Caji ad totum corpus creditorum, sive ad massam concursus est devolutum. Ergo de illo valide quidem omnes creditores, non vero unus inter illos in reliquorum praejudicium disponere potest. Conf. *Leyser Med. ad Pand. Spec. 174. Med. 5.*
Ex

Ex eadem ratione manifestum est, eum qui debitoris communis est creditor, et ex massa concursus rem quandam titulo emtionis venditionis acquirit, non posse compensare, quoniam hoc quoque casu tempore moti concursus ob deficientem adhuc reciprocam petitionem deficiebat ipsa compensationis ratio. Conf. *Mevius ad Libr. 3. Tit. 7. Art. 1. Jur. Lubec.* Ita etiam fuit iudicatum Ao. 1758. d. 18 Nov. in Iudicio Lubecensi inferiori in Causa J. S., Curat. Bonor. et Concreditorum c. A. C. S. in puncto diversarum ex massa concursus emtarum rerum, quam sententiam Amplissimus Senatus confirmavit per Decret. d. 12 Jan. 1765. Et in eodem Iudicio in simili causa Eorundem c. Eundem sic fuit pronuntiatum, quam sententiam Amplissimus Senatus itidem confirmavit d. 17 Mart. 1764. cum expensis.

§. XII.

Qui jus retentionis vult exercere, ut rem ab altero possideat necesse est. Hanc ergo possessionem vel eo modo nactus est, ut res ista in securitatem crediti, ideoque pignori illi a debitore sit tradita, vel acquisivit illam absque omni nexu pignoris. Res, quae priori casu ad creditorem pervenit, dicitur in *Statutis Lubecensibus Libr. III. Tit. IV. Art. V. ein handhabend Pfand.*

§. XIII.

Secundum Jus Lubecense circa rem, quae dicitur ibidem ein handhabendes Pfand, in concursu creditorum competit jus retinendi.

Quod ejusmodi res extra concursum, si alia ad retinendum requisita, necessaria adsunt, juste retineri possit, manifestum est, ex ipsis Statuti verbis, quae ita se habent:

Ist also derjenige, welcher ein handhabend Pfand hat, näher dabey zu bleiben, dann von andern davon zu treiben.

Supereft igitur solummodo quaestio, num valeat haec retentio etiam in concursu. Si respicimus ad ea, quae diximus §. VII. decisio pro affirmativa in promptu

promtu est, quoniam omnis exceptio, quae obstabat ante concursum debitori, obstat moro concursu creditoribus. Et nos quoque non dubitamus, quin ipsa allata legis verba hanc veritatem corroborarent. Dum enim lex loquitur generaliter tam intuitu ipsius retentionis, per verba: näher dabey zu bleiben, quam intuitu creditorum, per verba: von andern, quae quoscunque plane creditores, etiamsi alias potius jus habeant, simul comprehendunt, nullo modo video, quo jure ad casum non existentis concursus fieri debeat restrictio, quam lex absolute ignorat. Accedit, quod in dicto Articulo sermo sit de praefertentia creditorum inter se ratione satisfactionis suae. Ubi autem aliter haec quaestio praecipue movetur, nisi fiat in Concursu?

§. XIV.

Circa rem mobilem quoque Jure Hamburgensi possidenti creditori in concursu competit jus retentionis, etiamsi alius creditor in illa pignus jam antea habuerit.

Dispositio, ex qua hanc thesin probamus, reperitur in *Statut. Hamburgens. Part. II. Tit. IV. Art. 2.* verbis sequentibus:

Wann ein Gläubiger in seines Schuldners beweglichem Gute Verpfändung hat, und ihm doch dasselbe in seinen Gewehren gelassen, der Schuldner aber immittelst, ehe dann der Zahlungs-Termin kommen, solche verpfändete fahrende Haab verhandelt, oder in andere Hände gebracht, so wollen Wir, daß auf den Fall zu Beförderung gemeiner Handthierung und Vermeidung beschwerlicher Disputation der Gläubiger die verpfändete bewegliche Güter von denen Personen, die sie mit gutem Glauben und richtiger Ankunst erlanget, wiederumb abzufordern nicht befugt seyn soll. Articulus quidem hic non praecise loquitur de concursu creditorum, sed nulum patitur dubium, quin ad illum quoque sit extendendus. Possem me referre ad ea, quae in §. praecedenti, praesertim in fine, sunt dicta, nisi quoque clara intuitu rei hujus extaret dispositio. Occurrit haec in allegata novissima illa *Constitutione circa Fallitos de Ao. 1753. Art. 60.* ubi cum jure retentionis, haec quoque praerogativa connectitur, ut retinens nec concursui se proprie immiscere, nec ad conventionem cum debitore ineundam, vulgo *Accord* dictam, accedere habeat necesse. *Conf. Collectio illa Legum Hamburgensium*, quae prodiit sub inscriptione: *Sammlung der Hamburgischen Gesetze und Verfassungen P. IV. §. 262.* cujus Auctori Illustri non minus in salutem utilitatemque publicam, quam ad continuationem operis hujus praestantissimi Nestoreos apprecamur annos. Denique autem Praxis idem quoque confirmat.

C

Ut

Ut enim alia taceam exempla, in Judicio inferiori Hamburgensi d. 23. Jan. d. 9. Sept. et 11. Dec. 1733. item d. 5. et 29. Mart. 1734. in diversis Concur-
sibus semper pro jure retentionis pronuntiatum est.

§. XV.

*Jus retinendi obtinet moto concursu quoque in re, quam absque
nexu pignoris creditor possidet.*

Diximus § XII. quod creditor ante motum concursum possessionem rei alicujus ad debitorem communem pertinentis etiam absque nexu pignoris possit acquirere. Oritur ergo quaestio num ejusmodi quoque res possint jure retineri? Jus retentionis quum de essentia sua non requirat oppignorationem, sed potius sufficiat, ut possidens justam habeat petitionem, et rem ex justo titulo possideat, concedi debet, illud positis hisce requisitis simpliciter valere, creditor possideat rem vel titulo oppignorationis, vel quocunque alio. Quod ad Jus Hamburgense attinet ex Constitut. circa Fallitos Art. 34. n. 3. de quo diximus §. X. manifestum est, ad exercendam retentionem quemlibet justum possessionis titulum in possidente sufficere. Hinc reperimus quoque in eadem Constitutione Art. 70. n. 4. regulae hujus generalis applicationem ad casus quosdam speciales, qui his verbis comprehenduntur:

Uebrigens exerciren zwar alle Handwerker, imgleichen Färber, Bleicher und andere dergleichen Leute, denen etwas zu verarbeiten anvertrauet ist, an den Gütern, die ihnen der Debitor zum verarbeiten gegeben hat, so lange sie dieselben in ihrer Gewahrsam haben, das jus retentionis. Sind aber die ihnen vorgedachtermassen eingelieferte Güter nicht des Debitoris eigen, sondern gehören einem andern, so geht das jus retentionis nicht weiter, als auf die an der Waare selbst verwandte Arbeit und Kosten, und müssen sie sich wegen ihrer übrigen Forderung den Platz unter den Buchschulden anweisen lassen.

Retinentes, quorum hic articulus meminit, possessionem non ex titulo oppignorationis, nec ex titulo depositi acquisiverunt, sed data illis sunt bona a debitore ad alium finem, eumque maxime diversum.

Quod autem Jure Lubecensi valeat jus retentionis in concursu etiam tum, cum possidens ex alio quam oppignorationis titulo possideat, per Legem scriptam quidem probari non potest. Eo facilius autem est probare hoc per usum fori. Occurrunt enim quotidie exempla, ubi Curatores bonorum juri retentionis a creditoribus sibi opposito plane non contradicunt. Contradixerant quidem ante aliquod tempus in concursu H. A. H. F. R., attamen factum est sine effectu. Nam

creditor

creditor, qui securitatem suam in retentione quaerebat, acceperat a debitore communi merces quasdam, eum in finem, ut colorem illis addere deberet. Fecerat hoc creditor, et maxima pars illarum ad debitorem jam fuerat translata. Creditor autem, quum debitor illi de mercede sua quoad omnes merces nihil adhuc solvisset retinebat in satisfactionem suam quoad totam mercedem, id, quod adhuc erat in sua potestate, et retentio illius pro omnino iusta fuit iudicata per sententiam Nobilissimorum Dominorum Praesidium Iudicii d. 21. Januar. 1766. contra quam sententiam Curatores bonorum et Concreditores nullum interposuerunt remedium suspensivum.

§. XVI.

Num conductor, cui debitor obaeratus rem quandam ad certum aliquod tempus locaverit, sed ante quam id elapsum est, bonis cedat, utatur in re locata jure retentionis intuitu damni, quod inde patitur.

Ponamus locatorem extra concursum conductorem velle expellere, hic ad cedendum non poterit cogi, antequam locator illi omne damnum praestiterit, aut per sufficientem de eo praestando cautionem illum reddiderit securum. Idem ergo jus quoque in concursu contra creditores conductorem exercere posse non dubitamus; (§. VII.) et hinc creditores sunt obligati vel ad contractum implendum vel alio modo conductori satisfaciendum et huic denegari non poterit jus rem locatam eousque retinendi, donec hoc factum est. Conf. illustris Dornius in dissert. de jure retent. in concursu creditorum §. VIII. item Quistorpius in dissert. an et quatenus successor locatoris ex locatione ab ipso celebrata teneantur.

Invenimus tamen hocce jus conductoris in saepius allegata Constitutione Hamburgensi circa Fallitos Art. 22. §. 3. n. 3. sequenti modo restrictum:

Mieth-Contracte aber, die noch nach der Zeit des Fallissements laufen, hören nach demselben, auf geschehene Stadtsliche Loskündigung, auf, ohne auf die dieserhalben von dem Debitore vorhin errichtete Contracte zu sehen.

§. XVII.

Jus compensationis in concursu creditorum tam per praxin Lubecensem quam Hamburgensem firmatum. est.

Compensationem in concursu contra creditores toties locum habere, quoties illa debitori potuit opponi, jam in antedictis, praesertim in §. VII. abunde demonstratum est; et secundum hanc regulam quoque quotidie in praxi tam Lubecensi quam Hamburgensi proceditur. In posteriori usum compensatio-

nis admitti, eo magis dubio caret, quo clarior est norma hujus rei causa in jure Hamburgensi praescripta. Videatur modo allegata Constitutio, circa Fallitos, ubi Art. 34. n. 4. sequentia leguntur:

Und da auch vielfältig gestritten worden, ob in Concurſibus Creditorum die Compensatio liquidi cum illiquido statt finde, wenn z. E. der Fallitus von seinem Creditore eine Obligation, dieser aber an jenem eine Buchschuld zu fordern habe, ob alsdann der Creditor Massae mit seiner Buchschuld inter chirographarios zu setzen und seine Obligationen-Schuld der Massae zum vollen zu bezahlen pflichtig; so soll die Compensatio allemahl zugelassen seyn, und wenn ja das illiquidum oder die Buchschuld vorhero justificiret werden müſte, die Compensatio bis nach geendigter Justification außgesetzt werden.

§. XVIII.

Num in concursu Creditorum debiti puri cum debito conditionato nulla valeat compensatio, si conditio moto demum concursu existit?

Negat hunc compensationis usum Illustris Dornius in allegata Dissertat. de Compensat. in concursu Creditorum §. 45. ex eo fundamento, quod, quae debitor post motum concursum debitori suo debere incipit, compensationem non producant, sed ad compensandum in concursu requirantur mutua debita et credita tempore moti concursus jam existentia, haec vero moto concursu adesse dici non possit, si unus debeat pure et alter sub conditione, quae post motum concursum demum existit. Sed licet haec decisio magnam veritatis speciem prae se ferat, non tamen, ut assentiar illi, persuadere mihi possum. Videtur mihi potius, ex erronea suppositione hanc consequentiam esse deductam. Supponitur nimirum, eum, qui conditionate debet, existente demum conditione debere incipere, quod tamen non est, dum is, qui sub Conditione alteri ad solvendum est obligatus, a momento, quo existit haec obligatio, factus est ejus debitor. Ponamus igitur debitorem debitoris communis ad implendam conditionem esse obligatum, et tempus huic implemento destinatum ante motum concursum nondum fuisse elapsum. Tunc si impleverit, creditores declinare non poterunt, obligationi debitoris communis satisfacere: quod locum quoque habebit, si implementum conditionis dependeat a casu, qui ante motum concursum nondum existere debuit. Nam licet obligationis conditionalis effectus usque ad existentiam conditionis pendeat, tamen, qui eo modo se obligavit, saltem obligationem aliquam in se suscepit. Existente igitur conditione nova obligatio non oritur, sed prior tantum purificatur.

ficatur. Jam vero, quum moto concursu creditores succedant in locum debitoris, hujusque obligationes continent, (§. VII.) nullum apparet dubium quin obligatio quoque conditionata in creditores transferatur. Ponamus e contrario casum, quod tempus implendae conditionis moto concursu jam sit elapsum, tunc ratio obligationis jam ante motum concursum fuit extincta, ideoque ipsa obligatio ad creditores transire non potuit.

Sed dum affirmamus, in debitis quorum unum est purum, alterum vero conditionatum, compensationem non plane cessare, nobis ob stare videtur, quod compensatio requirat debita ejusdem qualitatis, quae hic deficiunt. Inficiari quidem nemo poterit, debita reciproca, quamdiu diversitatem qualitatis suae non amittant, compensationi non subesse: Sed nonne cessat haec diversitas, si debitum conditionatum fit purum? Fit vero purum, simulac conditio existit, quoniam ab eo momento pure debetur.

§. XIX.

In concursu creditorum locum quoque habet compensatio intuitu debitorum in diem et ex die etiamsi post motum jam concursus dies existat.

Dissentit quidem et hic laudatus ille Dornius loc. cit. §. 47. et quidem ex hoc capite, quoniam ut Ipsius verbis utamur, quae mutua debita ante motum concursum compensatione nondum sunt extincta, nec moto concursu producant compensationem. Sed iterum fateri debeo, me de veritate hujus principii non esse convictum. Habemus in spho antecedenti exemplum debitorum, quae ante motum concursum non, recte vero post illum motum possunt compensari. Si enim concurrat debitum purum cum conditionato, et hujus conditio post motum demum concursum existit, ratio compensationis ante concursum deficit, et nihilominus tamen utraque debita in concursu compensari possunt. Lubenter ergo concedimus, inter debitorem communem et eum, qui illi vel in diem vel ex die debet si moto jam concursu dies existit, ante concursum compensationem non valuisse, sed negamus, inde sequi, compensationem quoque post motum concursum cessare. Nam qui alteri vel in diem vel ex die debet, ejus est debitor, et solvere debet, quando dies existit. Si ergo debitor communis debitori suo aliquid vel in diem vel ex die debet, obligatus est illi ad solvendum existente certo quodam die. Ponamus nunc illum ante hujus diei existentiam bonis cedere, tunc dicta ejus obligatio omnino transit in creditores, ita, ut existente die solutionis compensationi locus sit.

Et hoc est fundamentum, ex quo justificari potest sequens in Jure Rostochiensis novissimo P. 3. Tit. I. Art. 45. obvia dispositio:

Die Compensation soll in Concurſu Statt haben, es mag einerley Schuld vorhanden, und der *Terminus solutionis* zur Zeit des ergangenen Concurſes schon fällig seyn oder nicht.

§. XX.

In concursu creditorum locum habet compensatio debiti puri cum debito alternativo, etiamsi electio ante motum concursum nondum facta sit.

Quicumque alternative alteri est obligatus, illi aliquid ita debet, ut habeat electionem vel unum, vel alterum praestandi, et facta hac electione praestatio ipsa sequi debet. Si itaque debitor communis debitori suo alternative est obligatus, et ante electionem bonis cedat, in hanc obligationem succedunt creditores per §phum VIIum et eodem modo, quo debitori communi incumberebat eligere, quodnam debitum praestare vellet, illi ad eligendum sunt obligati, et cum hoc electo debito licite compensari posse, nobis saltem est persuasum. Opponitur nobis quidem iterum ab Illustri Dornio in saepius allegata diss. §. 54. quod debitum certum cum incerto compensari nequeat. Ex hoc autem argumento nihil aliud sequitur, quam quod debitum alternativum ante factam electionem non subsit compensationi: hoc vero nos quoque ne-tiquam negamus, sed nostra solum assertio haec est, quod debitum alternativum facta electione incertum esse desinat, et, quoniam debitor communis ad removendam hanc incertitudinem fuit obligatus, moto concursu ad idem quoque obligati sint ejus creditores. Videri quidem posset, quoad per ea, quae a §. 18. huc usque dicta sunt, regula in praecedentibus formata patiatur exceptionem: sed patitur illam minime. Etsi enim creditum purum cum conditionato etc. tempore moti concursus, ideoque *ante* concursum, si verba strictissime sumantur, nondum possit compensari; adest tamen jam ante concursum perfectissima obligatio ad compensandum sub certis iisdemque non evitandis circumstantiis.

§. XXI.

Si debitor communis creditori eidemque debitori suo ex diversis causis debeat, compensatio fit in debitum, ordine juris posterius, nisi jam ante motum concursum inter reciprocum debitorem et creditorem aliud fuerit conventum.

Ponamus casum ita: Creditor quidam ex diversis causis in concursu aliquid exigit, et massae concursus iterum aliquid debet: per hoc autem debi-

tum

rum credita illa non absorbentur, interim quoad aliquam partem creditorum suorum ratione satisfactionis securus est, quoad reliquam vero non est. Quaeritur ergo nunc, in quamnam partem fiat compensatio, utrum in illam, quae ordine juris in concursu salyatur, an in illam, quae perditur? et nobis videtur, in illam fieri, quae perditur, modo nihil inter debitorem et creditorem ante motum concursum huius rei causa sit conventum. Si enim quaestio haec consideratur extra concursum, non facile dubitari poterit, quin, extante causa compensationis inter debitorem et creditorem et deficiente solventis declaratione, in quodnam debitum fiat compensatio, accipiens semper id eligere possit debitum, cuius ratione in casu insolventiae minimam habet securitatem. Est quoque haec electio nostro quidem iudicio analogiae Legum non, contraria. Conf. L. I. ff. de solutionibus, in cuius principio sequentia occurrunt:

Quoties quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum. Possumus enim certam Legem dicere ei, quod solvimus: *quoties vero non dicimus id, quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat.*

Quocum consentit L. I. Cod. de solut. ubi dicitur:

In potestate ejus est, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in quam causam reddat. *Quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum qui accepit.*

Posset quidem nobis objici ex his Legibus, facultatem eligendi primo concessam esse solventi, et hoc non eligente demum competere accipienti, ideoque, cum in Concursu debitor obaeratus, aut potius, qui in ejus locum succedunt, creditores collective sumti sint solventes, creditor autem particularis sit accipiens, non huic, sed illis patere electionem. At vero haec objectio vires suas amittit, simulac perpenditur, moto concursu nec a debitore obaerato, nec a creditoribus amplius dependere, quaenam debita solvantur, sed solvenda esse omnia, in quantum massa concursus sufficit, idque servato juris ordine. In solvente ergo cessat hoc casu omne jus eligendi, accipienti vero ut simul eripiat nulla adest ratio, sed huic potius quavis data occasione salvum manet, et haec occasio toties datur, quoties debita ad producendam compensationem apta concurrunt.

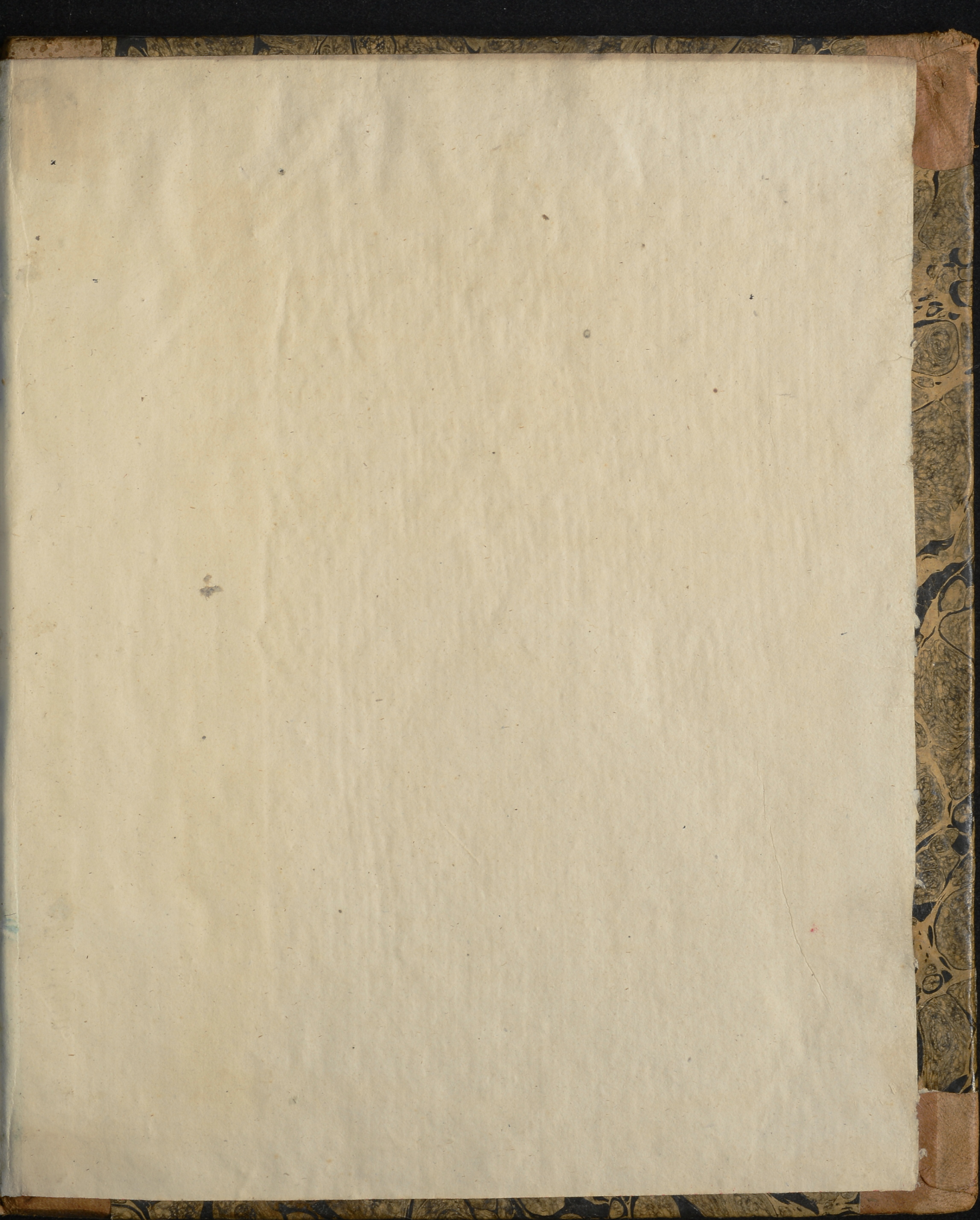
In decisione quaestionis, utrum in concursu valeat jus compensationis et retentionis, non recte recurritur ad quaestionem, an praesudicium inde oriatur creditoribus, qui juris ordine in concursu sunt anteriores.

Quando Doctores quaestionem de compensatione et retentione decidunt, non raro legimus, quod unam vel alteram ex eo fundamento rejiciant, quoniam, si locum haberet, creditoribus anterioribus praesudicium inferret. Sed meo quidem iudicio hoc nunquam poni potest pro fundamento, dum alias in concursu nulla compensatio, nullaque valeret retentio. Semper enim is, qui per oppositam compensationem aut retentionem suam in concursu servat, id efficit, ut alter, qui secundum juris ordinem in concursu, prae altero suum repeteret, exercitio hujus juris destituatur: inde vero plane non sequitur, ipsam compensationem et retentionem in concursu esse rejiciendam. Nota est regula, quod qui jure suo utitur, neminem laedat, neminique inferat praesudicium. Si ergo jura compensationis et retentionis extra concursum positae requisitis sunt admissa, ut quoque positae iisdem requisitis admitti debeant in concursu, necesse est. Nam qui existente concursu vel in compensatione vel in retentione refugium suum quaerit, et res ita est comparata, ut extra concursum tale jus illi denegari non potuerit, nihil aliud agit, quam ut jure suo utatur. Affirmari igitur non potest, in illum cadere culpam, quod alter suum non possit obtinere. Licet enim alteri hoc casu per accidens damnum omnino causetur, ille tamen non est ejus causa moralis: sed quod suum quis in concursu ob insufficientiam bonorum amittit, culpa est debitoris, qui omnibus ad satisfaciendum est obligatus.

Impono jam finem huic commentationi, simulque persuasum mihi habeo, quod Lector benevolus, si forte unum vel alterum non satis determinatum sit, aequo iudicio haec ferre non recusaverit, praesertim cum temporis penuria jam ea, quae forsitan deficiunt, futuro tempore reservare praecipiat.

TANTVM.







dem Leyserus ⁶⁴⁾ in hoc nostro casu, si scilicet, soluta jam principali, ille, qui antea debitor fuerit, actoris partes suscipiat, nus supra legitimum modum solutum reposcat, eam adhibendam imputandi rationem existimat, quam equidem in imputandis sorti usuris obtinere debere supra exposui, ita videlicet, ut, quod-
usurarum nomine plus justo solutum sit, simul quidem, sed sine repetatur.

b hac autem sententia discedit Kochius, qui in repetendo quo-
enore illicito eam, quam in imputatione vult adhiberi, rationem e observandam; reddendas igitur esse affirmat non solum ipsas supra legitimum modum solutas, sed ejus quoque usuras simplices. trumque denique modum reprehendit Weberus, eam regulam, Leyserus in imputando sorti foenore illicito proposuerit, et de
pra ⁶⁵⁾ multa a me sunt disputata, ad repetitionem quoque illi-
n usurarum applicandam esse affirmans.

§. 18.

Leyseri sententiam veram esse, ex supra dictis
concluditur.

Et profecto, si omnino Leyseri in imputandis sorti usuris ratio
is nostris congrueret, Weberum recte eam in repetendo quoque
re illicito defendere negandum non esset. Quia enim ipso jure
minueretur, postea debitor, tota sorte reddita, non tam usuras supra
num modum datas, quam ipsius sortis partem indebite solutam re-
et. Sed quum supra, hunc calculum in imputando etiam sorti
re illicito plane esse perversum satis ostenderim, in repetitione
e usurarum illicitarum eum non posse defendi apertissimum

Leyser spec. 245 med. 10. Consentit cum Leysero sicut in imputatione,
ita quoque in repetitione usurarum Bauer: de usuris sorti imputandis vel
repetendis.

Vid. §. 4. §. 6 et §. 8 — 13.